

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASI VE
BU BAĞLAMDA KISA ÇALIŞMA

Yeliz AKTAŞ

Danışman
Doç. Dr. Mustafa ALP

İZMİR-2011

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2007800485

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Yeliz AKTAŞ
Tez Başlığı : İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma

Savunma Tarihi : 27.10.2011
Danışmanı : Doç.Dr.Mustafa ALP

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Doç.Dr.Mustafa ALP	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ayşe Melda SUR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Muhlis ÖĞÜTÇÜ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (X)

Oy Çokluğu ()

Yeliz AKTAŞ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma" başlıklı Tezi () / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

__/__/__

Adı SOYADI

YELİZ AKTAŞ

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

İş Akdinin Askıya Alınması ve Bu Bağlamda Kısa Çalışma

Yeliz AKTAŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Kısa çalışma, genel ekonomik, sektörel ve bölgesel krizler ile zorlayıcı sebeplerin işyerine yapacağı olumsuz etkiler sonucunda, işyerinde iş gücüne duyulan ihtiyacın geçici olarak azaldığı veya kısmen ya da tamamen geçici bir süre için ortadan kalktığı durumlarda, işçilere belli bir gelir güvencesi sağlanması suretiyle, işçi aleyhine olacak ücretsiz izin vb. uygulamaların ve işten çıkarılmaların engellenmesi, işyerinin ve iş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması ve korunması amacıyla getirilmiştir. Askı da, işyeri veya taraflardan birinin şahsı ile ilgili yahut toplu iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan nedenlerden dolayı, edim borçlarını geçici olarak yerine getiremeyen tarafların iş sözleşmelerinin sona ermesinin önüne geçmek, sözleşmelerin devamlılığını ve bu anlamda devamlılığa bağlanan hakların korunması sağlamak suretiyle iş güvencesinin etkin bir şekilde muhafazası amacıyla getirilmiştir.

Nedenleri farklı olmakla birlikte, işçiler ve işverenler, istisnai haller dışında iş ilişkisinin devam etmesini istemektedirler. Zira tarafların sözleşme yapmaktaki amaçları, onu ilk karşılaştıkları sorunda sona erdirmek değil, sözleşmeyi olabildiğince ayakta tutmaya çalışmaktır. Bu anlamda, 4857 sayılı kanun uyarınca, iş güvencesinin kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle, iş güvencesinin kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin ise herhangi bir neden gösterilmeksizin feshedilebilmesi karşısında, kısa çalışmanın genel ekonomik, sektörel ve bölgesel krizler ile zorlayıcı sebeplerden kaynaklanan

diğer sorunların giderilmesi ve bundan da ziyade iş ilişkisinin devamı bakımından önemli bir yere sahip olduğu görölmektedir. İşçinin kendi şahsından veya işletmeden kaynaklanan nedenler sonucu içine girdiği durumlarda iş sözleşmelerini ayakta tutan askı ile işletmesel nedenlerden kaynaklanan takım olgular karşısında gidilebilen ve bu anlamda sözleşmenin askıya alınmasını sağlayarak feshin önüne geçen kısa çalışmanın kader birliği yaptığı görölecektir.

Anahtar Kelimeler: Kısa Çalışma, Ekonomik Kriz, İşçi, Askı.

ABSTRACT

Master's Thesis

Suspending Of Employment Contract and In This Context Short Working

Yeliz AKTAŞ

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

In the consequence of obligatory reasons stemming from general financial, sectorial and regional crisis, on the circumstances like the need of work force's temporarily decline or partial or totally temporarily demolish, by holding an income assurance for employees, applications such; unpaid vacations that is against employee etc. and hindering the dismisses, with the aim of protecting and keeping permanence of the work place and labour contract is to “short working” applied. When it comes to suspension, stemming from the reasons like; work place or pesonal problems dealing with one of the sides, reasons sourcing collective labour clash and such kind incidents raising from similar theories, hindering the ending of the labour contract that sides didn't fullfil their act debts temporarily, permanence of the collective bargaining and by protecting the rights that is cling to those permanence, suspension, effectively conserve the work assurance.

By the reason being changable, employer and employee, except aberrant conditions, might be eager to finish work affair. For as much the aim of the sides is not to end the contract at the first opportunity, its to keep it permanent as much as possible. According to 4857 numbered legislation; the employees in the scope of work assurance, against the nullification of the labour contract with the raeasons; facility, work place and the obligation of the work's must, and the employees being dismissed who are not with in the scope of work assurance, it is seen that short period working is crucial on the role that it it holds the work

affairs safety and permanence and solving the problems causing from the regional. Sektorial and general financial crisis. The person or entity arising from the workers own operational reasons, the conclusions from the facts in the face of the resulting suspension can be reached with a short working will be seen that unity of faith.

Key Words: Short Working, Economic Crises, Worker, Suspension

İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASI VE BU BAĞLAMDA KISA ÇALIŞMA

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xvii
GİRİŞ	1

ASKI ve İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASI BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK ASKI

1.1. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ DAYANDIĞI TEMEL DÜŞÜNCE ...	5
1.1.1. İş Akdinin Dayanıksızlığı	5
1.1.2. Askıya Alınma ve İş Güvencesi.....	6
1.2. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ GENEL TEORİSİ.....	7
1.2.1. Askıya Alınma Teorisinin Tabi Olacağı Hukuk Kuralları.....	7
1.2.2. Genel Hükümlere Göre Sözleşmelerin Askıya Alınması.....	10
1.2.3. İş Akdinin Askıya Alınmasının Teorik Temeli.....	13
1.2.3.1. Geçici İfa İmkânsızlığının Hukuki Sonucu.....	13
1.2.3.1.1. Geçici İfa İmkânsızlığına Temerrüt Sonucunu Bağlayan Görüş	13
1.2.3.1.2. Karşılıklı Sözleşmelerde Temerrüdün Hukuki Sonuçları	15
1.2.3.2. Soruna İş Akitleri Açısından Yaklaşılması.....	17
1.2.3.2.1. Sürekli Borç İlişkileri Yaratın Sözleşmelerin (İş Akdinin) Özellikleri.....	17
1.2.3.2.2. Askıya Alınma Sorununun Belirli-Belirsiz Süreli İş Akitleri Bakımından Tartışılması	18
1.2.3.2.2.1. Belirli Süreli İş Akitlerinde.....	18
1.2.3.2.2.2. Belirsiz Süreli İş Akitlerinde.....	20

1.2.3.2.2.3. Mevsimlik İş Sözleşmelerinde	21
1.2.3.2.3.Haklı Nedenle Feshin Dönmenin Yerini Alması	23
1.2.3.2.4.Haklı Nedenle Feshin Dayanağı.....	25
1.2.3.2.5.İş Akdinin Askıya Alınmasının Hukuki Temeli	26
1.2.4. Askıya Alınma Teorisinin Uygulama Alanına Geçirilmesi	28
1.3.İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ KOŞULLARI.....	33
1.3.1.İfanın İmkânsız Olması	33
1.3.1.1.Maddi İfa İmkânsızlığı.....	33
1.3.1.2.Genel Hükümlerin İş Hukukunda Rehabilitasyonu ve Beklenilmezlik Ölçütü.....	36
1.3.1.3. Manevi İfa İmkânsızlığı	40
1.3.1.4. İşverenin İfayı Kabul İmkânsızlığı.....	43
1.3.2. İfa Etmemenin Geçici Olması	45
1.3.2.1.Genel Olarak	45
1.3.2.2.Geçicilik Kavramı	46
1.3.2.3.Profesyonel Sendika Temsilciliğinde Askının Geçiciliği	51
1.3.2.4.Mevsimlik İş Sözleşmesinde Geçicilik	55
1.3.3. İfa Etmemenin Yüklenemez (İsnat Edilemez) Olması.....	59
1.3.4. İfa Zamanının Esaslı Olmaması.....	60

İKİNCİ BÖLÜM

ASKI NEDENLERİ

2.1.GENEL OLARAK ASKI NEDENİ KABUL EDİLEN HALLER.....	62
2.1.1. İş Kanunda Düzenlenen Askı Halleri.....	62
2.1.1.1. Geçici Süreli Askerlik veya Diğer Bir Kanuni Ödev	62
2.1.1.1.1. Muvazzaf Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılmanın İş Sözleşmesine Etkisi	63
2.1.1.1.1.1. Fesih Etkisi.....	64
2.1.1.1.1.2. Askı Etkisi.....	65
2.1.1.2. Sağlık Nedenleriyle İş Akdinin Askıya Alınması.....	69
2.1.1.3. Gebelik ve Doğum	73
2.1.1.4. Zorlayıcı Nedenler	75

2.1.1.5. İşçinin Gözaltına Alınması ve Tutuklanması.....	78
2.1.1.6. Grev ve Lokavt.....	78
2.1.1.6.1.Genel Olarak	78
2.1.1.6.2.Kanuni Dayanak.....	79
2.1.1.6.2.1. İmkânsızlık Kavramı ve Grev	80
2.1.1.6.2.2. İfa Edememenin Geçici Olması ve Grev	80
2.1.1.6.2.3. İfa Edememenin Yüklenemez Olması ve Grev.....	81
2.1.1.6.3.Askı ve Grev	86
2.1.1.7. Ailevi Nedenler	88
2.1.1.8. İşletme Riski Niteliğinde Bir Takım Nedenler Halinde Tarafların Anlaşması.....	88
2.1.2. Deniz İş Hukukunda Askıya Alınma Halleri	89
2.1.3. Basın İş Kanununda Askıya Alınma Halleri.....	90
2.1.3.1.Gazetecinin Hastalanması	90
2.3.1.2.Askerlik	92
2.1.3.2.Gebelik	93
2.1.3.4.Mahkûmiyet ve Yayın Tatili	94
2.1.3.5. Olağanüstü İzin	95
2.2. İŞ AKDİNİN SÖZLEŞMEYLE ASKIYA ALINMASI ve ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMASI.....	95
2.2.1.Ücretsiz İzin	95
2.2.2.Ücretsiz İznin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Oluşturması.....	97
2.2.3. Ücretsiz İzne Çıkarılma Önerisinin Kabul Edilmesi ve Anlaşma Suretiyle Ücretsiz İzin	99
2.2.3.1.Genel Olarak	99
2.2.3.2.Ücretsiz İzin Sebebinin Belirtilme Zorunluluğu	100
2.2.3.3. Ücretsiz İzin Süresinin Belirtilmesi Zorunluluğu	101
2.2.3.3.1. Genel Olarak	101
2.2.3.3.2.Sürenin Sona Erdiğinin Kabulü ve Anlaşmanın Taraflarca Feshi	110
2.2.3.3.3. Sözleşmenin Feshi Karşısında Geçerli Nedenlerin Var Olup Olmadığı Sorunu	115

2.2.4. Ücretsiz İzne Çıkarılma Önerisinin Kabul Edilmemesi ve Değişiklik Feshi	119
--	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASKININ SONUÇLARI

3.1. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	121
3.1.1. Askıda Kalmanın Fesih Hakkına Etkisi	121
3.1.1.1. Haklı Nedenle Fesih Hakkına Etkisi	121
3.1.1.2. Süreli Fesih Bildirimi Hakkına Etkisi	123
3.1.1.2.1.Hakkın Doğumuna Etkisi	123
3.1.1.2.2. Bildirim Önellerine Etkisi	129
3.1.2. Askıda Kalmanın Ücrete Etkisi.....	132
3.1.2.1.İşverenin Ücret Ödemekle Yükümlü Olmaması	132
3.1.2.2. Ücret Ödenmemesinin Hukuki Dayanağı	133
3.1.2.2.1.Ödemezlilik Def'i.....	133
3.1.2.2.2.İş Akdinin Sinallagmatik (İki Taraflı) Niteliği	135
3.1.2.3. Ücretin Sosyal Niteliği ve Kurala Getirilen İstisnalar	136
3.1.2.3.1.Ücretin Ödenmesi Gerekliliği	136
3.1.2.3.2.Türk Hukuku Bakımından Kurala Getirilen İstisnalar.....	137
3.1.2.3.3.Türk Hukuku Bakımından Ücretin Ödenmeyeceğinin Öngörüldüğü Haller	140
3.1.3.İşçinin İş Görme Borcuna Etkisi	142
3.1.4. İşverenin Yönetim Hakkına Etkisi	143
3.1.5. İşverenin Gözetme ve İşçinin Sadakat Borcuna Etkisi	146
3.1.6. İşçinin Kıdemine Etkisi.....	148
3.1.6.1. Genel Olarak	148
3.1.6.2. Kıdem Tazminatı Bakımından	152
3.1.6.2.1. Askı Süresini Kıdem Tazminatına Esas Almayan Görüş	152
3.1.6.2.2. Askı Süresini Kıdem Tazminatına Esas Alan Görüş	155
3.1.6.3. Yıllık Ücretli İzin Hakkı Bakımından.....	161
3.2. ASKININ SONA ERMESİ.....	162

KISA ÇALIŞMA
BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK

1.1. KISA ÇALIŞMA KAVRAMI, ORTAYA ÇIKIŞI, YASAL DÜZENLEMELER ve AMACI.....	164
1.1.2. Genel Olarak Kısa Çalışma Kavramı.....	164
1.1.2.1. Kavram.....	164
1.1.2.1.1.Genel Giriş	164
1.1.2.1.2. Kavramın Yasadaki Yansıması	167
1.1.2.1.3. Her İki Kısa Çalışma Şekli Bakımından	170
1.1.2.2. Kısa Çalışma Kurumunun Ortaya Çıkışı.....	172
1.1.2.3. Kısa Çalışmanın Kanuni Dayanağı ve Kapsamı	176
1.1.2.3.1. Kanuni Dayanak.....	176
1.1.2.3.1.1. Genel Olarak	176
1.1.2.3.1.2. Yasal Süreç.....	178
1.1.2.3.1.2.1. İş Kanununda Yapılan Düzenleme.....	178
1.1.2.3.1.2.2. İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Düzenleme.....	180
1.1.2.3.1.2.2.1. 5763 Sayılı Kanun Düzenlemesi.....	180
1.1.2.3.1.2.2.2. 5838 Sayılı Kanun Düzenlemesi.....	182
1.1.2.3.1.2.2.3. 6111 Sayılı Kanun Düzenlemesi.....	185
1.1.2.3.1.2.2.3.1. Kısa Çalışma Bakımından Getirilen Yenilikler.....	187
1.1.2.3.1.2.2.3.2. Kısa Çalışma Ödeneği Bakımından Getirilen Yenilikler.....	188
1.1.2.3.2. Düzenlemelerin Değerlendirilmesi	189
1.1.3. Kısa Çalışmanın Amacı.....	193
1.1.3.1. Feshin Son Çare Olması İlkesine Hizmet Etmesi Açısından	193
1.1.3.1.1. Genel Olarak	193
1.1.3.1.2.Fesihle Hedeflenen Amacı Karşılması Gerekliği	194
1.1.3.1.3. Doktrin ve Yargıtay Görüşü.....	198

1.1.3.1.4. Feshin Son Çare Olması Açısından Kısa Çalışmanın Denenmek Zorunda Olmasının İşverenin Yönetim Hakkına Müdahale Niteliğinde Olup Olmadığı.....	201
1.1.3.2. İstihdamın Sağlanması ve İşsizliğin Önlenmesi ile İş Sözleşmelerinin Devamlılığını Sağlama Açısından.....	204
1.1.3.3. Sosyal Açıdan Amacı: Kısa Çalışma Ödeneği.....	208
1.1.4. Sözleşmesel Kısa Çalışma	210
1.1.4.1.Genel Olarak	210
1.1.4.2. Toplu İş Sözleşmesi	215
1.1.4.3. İş Sözleşmesi.....	216
1.1.4.4. Tarafların Anlaşması ve Değişiklik Feshi.....	219
1.1.4.5. İşverenin Yönetim Yetkisi	221
1.1.5. Kısa Çalışma ve Kısmi Çalışma Kavramları	222
1.1.5.1.Genel Olarak Kısa Çalışma ve Kısmi Çalışma Arasındaki Farklar	222
1.1.5.2. Kısa Çalışma ve Kısmi Çalışmanın Bir Arada Uygulanabilmesi Sorunu	224
1.1.5.2.1. 6111 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Dönem.....	224
1.1.5.2.2. 6111 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilik.....	226
1.2. YASAL DÜZENLEME.....	229
1.2.1.Yasal Kısa Çalışmanın Koşulları	229
1.2.1.1.İş Yeri Koşulu	229
1.2.1.2.Kısa Çalışmayı Gerektiren Bir Olgu Olmalıdır	230
1.2.1.2.1.6111 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi.....	230
1.2.1.2.1.1.Genel Ekonomik Kriz	230
1.2.1.2.1.2. Zorlayıcı Sebepler	239
1.2.1.2.1.3. Zorlayıcı Sebeplerle Bağdaşmayan Haller.....	244
1.2.1.2.2. 6111 Sayılı Kanun Değişikliği.....	245
1.2.1.2.2.1. Genel Ekonomik Kriz, Sektörel ve Bölgesel Kriz	245
1.2.1.2.2.2.Zorlayıcı Sebepler	246
1.2.1.2.2.3. Zorlayıcı Sebeplerle Bağdaşmayan Haller.....	248
1.2.1.3. Durum İlgili Yerlere Bildirilmeli ve Kurum Yönetim Kurulunca Karar Bağlanmalıdır.....	249

1.2.1.3.1. Kurum Yönetim Kurulunun Kararı.....	249
1.2.1.3.2. İşverenin İş-Kur'a Başvurusu ve Sendikaya Bildirimi	250
1.2.1.3.2.1. Kurumun Ön İncelemesi	254
1.2.1.3.2.2. Kurum Yetkililerince Uygunluk Tespiti Yapılması.....	256
1.2.1.3.2.3. Uygunluk Tespitinin Bildirimi ve İşverence Nihai Liste Düzenlenmesi	258
1.2.1.4. İşveren Bu Yüzden İşyerindeki İş Kısmen veya Tamamen Durdurmalı Yahut Çalışma Süresini Azaltmalıdır.....	259
1.2.2. Kısa Çalışma Uygulamasında İşçinin Rızası	271
1.2.2.1. İşçinin Rızasının Alınmasına Gerek Olmadığı Yönündeki Görüş.....	271
1.2.2.2. İşçinin Rızasının Alınması Gerektiği Yönündeki Görüş	272
1.2.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	273
1.2.2.4. İşçinin Kısa Çalışmayı Reddetme Yetkisinin Olup Olmadığı	275
1.2.2.4.1. Genel Olarak	275
1.2.2.4.2. Kısa Çalışmanın Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Oluşturup Oluşturmadığı.....	277
1.2.2.5. Kısa Çalışma Uygulamasının İşçiye Haklı Nedenle Fesih Hakkı Verip Vermediği.....	280
1.2.2.5.1. Kısa Çalışmanın İşçiye Haklı Nedenle Fesih Hakkı Tanıdığı Yönündeki Görüş	281
1.2.2.5.2. Kısa Çalışmanın İşçiye Haklı Nedenle Fesih Hakkı Tanımadığı Yönündeki Görüş	282
1.2.2.5.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	282
1.2.2.5.4. Haklı Nedenle Feshin Gerçekleşmemesi Halinde Sözleşmesinin Hukuki Durumu	283
1.2.2.6. İşçinin Kısa Çalışma Uygulamasını Kabul Etmemesinin İşverene Fesih Hakkı Verip Vermediği.....	285
1.3. KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ.....	286
1.3.1. Kavramı, Koşulları ve Süresi	286
1.3.1.1. Genel Olarak	286
1.3.1.2. Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları	287
1.3.1.2.1. Kanuna Uygun Olarak Alınan Bir Kısa Çalışma Kararı.....	287

1.3.1.2.2.İşçinin İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanmak İçin Gerekli Miktarda Prim Ödemesi.....	288
1.3.1.2.3. Kısa Çalışma Ödeneğinden Yararlanma Süresi	292
1.3.1.2.4.Kısa Çalışma Ödeneğinin Miktarı.....	295
1.3.1.2.5.Kısa Çalışma Ödeneğinden Yapılacak Ödemelerin İşsizlik Sigortasından Yapılacak Ödemelerden Düşülüp Düşülemeyeceği.....	297

İKİNCİ BÖLÜM

KISA ÇALIŞMANIN SONUÇLARI

2.1. GENEL OLARAK KISA ÇALIŞMANIN SONUÇLARI.....	298
2.1.1.Kısa Çalışmanın Devlet Açısından Sonucu	298
2.1.2.Kısa Çalışmanın Taraflar Açısından Sonuçları.....	299
2.1.2.1.Kısa Çalışmanın Hizmet Sözleşmesine Etkisi	299
2.1.2.1.1.Koşulları Bakımından İş Sözleşmelerinin Askıya Alınması ve Kısa Çalışma.....	300
2.1.2.1.1.1.İfanın İmkânsız Olması ve Kısa Çalışma.....	300
2.1.2.1.1.2.İfa Etmemenin Geçici Olması ve Kısa Çalışma.....	302
2.1.2.1.1.2.3.İfa Etmemenin Yüklenemez Olması ve Kısa Çalışma.....	304
2.1.2.1.1.2.4.İfa Zamanının Esaslı Olmaması ve Kısa Çalışma.....	305
2.1.2.1.2.Kısa Çalışmadaki İş Sözleşmesinin Askı Görünümü ve.....	
Doktrindeki Görüşler	305
2.1.2.1.2.1.Genel Olarak	305
2.1.2.1.2.2.Kısa Çalışmanın Ücretsiz İzin Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği	310
2.1.2.2.Kısa Çalışmanın Fesih Hakkına Etkisi.....	315
2.1.2.2.1.Derhal (Haklı Nedenle) Fesih Hakkına Etkisi	315
2.1.2.2.1.1. Genel Olarak	315
2.1.2.2.1.2. Doktrin Görüşü	316
2.1.2.2.1.3. Kısa Çalışmada Zorlayıcı Sebebin Haklı Nedenle Fesih Hakkı Verip Vermeyeceği	318
2.1.2.2.1.3.1.İşveren Açısından.....	318
2.1.2.2.1.3.2.İşçi Açısından.....	318

2.1.2.2.1.4. Kısa Çalışmada Sağlık Nedenlerinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı Verip Vermeyeceği.....	322
2.1.2.2.1.4.1. İşveren Açısından.....	322
2.1.2.2.1.4.2. İşçi Açısından.....	323
2.1.2.2.1.5. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanmasının Kısa Çalışma Sırasında Ortaya Çıkması Halinde Fesih Hakkı.....	323
2.1.2.2.1.6. Ahlak ve İyi niyet Kurallarına Uymayan Hallerin Kısa Çalışma Sırasında Ortaya Çıkması Halinde Haklı Nedenle Fesih.....	324
2.1.2.2.1.6.1. İşveren Açısından.....	324
2.1.2.2.1.6.2. İşçi Açısından.....	325
2.1.2.2.1.7. İşsizlik Sigortası Prim Ödeme Gün Sayısı Kısa Çalışma Ödeneği Almaya Yetmeyen İşçiler Açısından Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılıp Kullanılmayacağı Sorunu.....	326
2.1.2.2.2. Geçerli Nedenlerle Fesih Hakkına Etkisi.....	328
2.1.2.3. Kısa Çalışma Süresi İçerisinde İşçinin Başka İşte Çalışıp Çalışamayacağı Sorunu.....	333
2.1.2.4. Kısa Çalışma Döneminde Ulusal Bayram ve Genel Tatil ile Hafta Tatili Ücretleri Ödenecek midir?.....	335
2.1.2.5. Kısa Çalışmanın Yıllık Ücretli İzin Hakkı ile İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi.....	337
2.1.2.5.1. Yıllık Ücretli İzne Esas Süre Bakımından Kısa Çalışma Süresinin Değerlendirilmesi.....	337
2.1.2.5.2. İhbar ve kıdem tazminatı hakkı bakımından.....	338
2.2. KISA ÇALIŞMANIN SONA ERMESİ.....	341
SONUÇ.....	343
KAYNAKÇA.....	348

KISALTMALAR

- AB.** : Avrupa Birliği
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
B. : Bası
BGB. : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz. : Bakınız
BK. : Borçlar Kanunu
BİK. : Basın İş Kanunu
C. : Cilt
ÇT. : Çalışma ve Toplum Dergisi
DİK. : Deniz İş Kanunu
dn. : Dip Not
f. : Fıkra
HD. : Hukuk Dairesi
E. : Esas
İBD. : İstanbul Barosu Dergisi
İBK. : İçtihadı Birleştirme Kararı
İŞK. : İş Kanunu
İŞV. : İşveren
ILO. : Uluslararası Çalışma Örgütü
İHSGHD. : İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
M. : Madde
MK. : Medeni Kanun
MHAD. : Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
MESS. : Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
K. : Karar
s. : Sayfa
SK. : Sendikalar Kanunu
SSGSSK : Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TSGLK. : Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanunu

- T.** : Tarih
- TİSK.** : Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
- TÜHİS.** : Türkiye Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
- vd.** : Ve Devamı
- YHGK.** : Yargıtay Hukuk Genel Kurul
- Y.** : Yargıtay
- YKD.** : Yargıtay Kararları Dergisi
- YKİ.** : Yargıtay Kararları İncelemesi

GİRİŞ

Gelişen üretim teknikleri, teknolojiye yaşanan değişim ve ilerlemeler, uluslararası rekabetin artması, yaşanan küresel ve bölgesel ekonomik krizler; ekonomik, toplumsal ve teknolojik gelişmelerden yapısı gereği en çok etkilenen hukuk dalı olan iş hukukunda ve dolayısıyla çalışma hayatında önemli değişiklikleri gündeme getirmiştir. Fakat ülkemizde yeni gelişmelerin ve ihtiyaçların gerektirdiği yasal düzenlemeleri doğru bir şekilde ortaya çıkarıp uygulamak kolay olmamıştır.

Uzun yıllardan beri uygulanan 1475 sayılı İş Kanunu, son yıllarda gerek ekonomik ve sosyal alanda yaşanan gelişmeler gerekse uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliğine uyum çalışmaları sonucu oluşan değişim ve gelişmelerden ciddi manada etkilenerek değişime uğramış, 4857 sayılı yeni İş Kanunu olarak yürürlüğe girmiştir.

Yeni İş Yasasının hazırlık sürecindeki tartışmaların odak noktası, esneklik ve iş güvencesi ikileminde yaşanmış, tartışmaların temeli ise küresel rekabetin gereği olarak esneklik felsefesine dayanan bir iş yasası ihtiyacından doğmuştur. Bu düşünce doğrultusunda 22.5.2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı yeni İş Kanunu'yla Türkiye Cumhuriyeti'nin onayladığı uluslararası sözleşmelere uygun düzenlemeler yapılmış, Avrupa Birliği normlarından esinlenerek çağdaş gelişmelerin yol açtığı yeni çalışma türlerine yer verilmiş ve yeni bazı kurumlar ilk kez yasal zemine kavuşturulmuştur.

Çalışmamızın ilk ana başlığını oluşturan iş akdinin askıya alınması, işçilerin iş güvencesinin sağlanması amacıyla modern iş hukukunun geliştirdiği özgün hukuki kurumlar arasında yer almıştır. İş akdinin dayanıksız yapısının ortaya çıkardığı sakıncaları giderebilmek için yasa koyucu tarafından değişik hallerde iş akdinin askıya alındığı hükme bağlanmış, bunun yanında toplu iş sözleşmelerinde de yasalarda yer alamayan veya yasalardaki askı hallerini işçiler yararına genişleten hükümlere yer verme imkânı getirilmiştir.

İş akdinin askıya alınmasının anlatıldığı ve çalışmanın birinci ana başlığını oluşturan incelememiz üç bölümden oluşacak; birinci bölümde genel olarak askı kavramı, askının dayandığı teorik temel, iş akitlerinin askıya alınması ve genel hükümlere göre askı kavramı arasındaki benzerlikler ile iş akitlerinin askıya alınmasının koşulları incelenecek, kısa çalışma ile bağlantısının kurulmasına hizmet etmesi bakımından iş akdinin askıya alınmasının teorik temelinde özellikle yer verilecektir. İkinci bölümde, yasada yer alan ve almayan askı hallerine tek tek yer verilecek, uygulama ile ortaya çıkmış fakat işçi aleyhine getirdiği bir takım sıkıntılar nedeniyle kısa çalışmanın yasada düzenlenmesi gereklerinden biri olan ücretsiz izin kavramı incelenecektir. Üçüncü bölümde ise; askının sonuçları açıklanacak ve askının sona ermesi ile bölüm tamamlanacaktır.

Gelişmiş ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de; çalışma barışının bozulması, işverenlerin kriz dönemlerinde istihdamı koruma maliyetlerinin azaltılarak üzerlerindeki çalışılmayan dönem ücret yüklerinin bir süre devlet tarafından karşılanması, işyerlerinin kapanmasının önlenerek işletmelerin devlet desteğiyle devamlılığının sağlanması, böylece istihdamın ve üretimin daralmasının önlenerek istihdamın korunması, bu arada da nitelikli işçilerin istihdamda kalmaları sağlanarak üretime her an hazır bulunmaları, nitelikli iş gücünün muhafazası sayesinde üretim kalitesinin ve böylece rekabet güçlerinin korunması gibi nedenlerle işverenlerimizin ekonomik krizden en az hasarla çıkmasını sağlayıcı mevzuat düzenlemelerinden olan ve çalışmamızın esasını oluşturan kısa çalışma müessesesi de 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilmiş olan yeni bir düzenleme olup, daha önce uygulanmakta olan fakat yasal bir niteliği bulunmayan ücretsiz izne bir anlamda yasal bir model oluşturmuştur.

Genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltan veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen durduran ve özellikle işverenler için faydası tartışılmaz olan kısa çalışma ödeneği 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenmiş, ülkemizin ekonomik krizlere karşı dayanıklılığını arttırmak amacıyla İstihdam Paketi olarak bilinen ve 15.05.2008 tarihinde yayımlanan 5763 sayılı Kanunla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na aktararak kapsamı genişletilmiştir. Nitekim 2008 yılı son

çeyreğinden itibaren ülkemizi de etkilemeye başlayan küresel ekonomik krize karşı devletimizin almış olduğu tedbirler arasında istihdamı korumaya yönelik olanlara ağırlık verilmiş ve bu çerçevede genel ekonomik krizden etkilenen işyerlerinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi sağlanmıştır.

Ancak 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesindeki düzenlemeler, özellikle de kısa çalışma ödeneğine hak kazanma koşulları ve miktarı, kısa çalışma uygulaması sonucunda sigortalıların daha fazla fedakârlık yapmak zorunda kalması, menfaat dengesinin tam olarak sağlanamadığını göstermiş, bu nedenle 6111 sayılı "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda yer alan kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği yeniden düzenlenmiş, kısa çalışma yapma nedenleri biraz daha genişletilmiş ve kısa çalışma ödeneğinin miktarı ve ödenme süresine ilişkin olarak önemli bazı değişiklikler yapılmıştır.

Çalışma barışının korunması, istihdamın devamlılığının sağlanması ve bu anlamda ülkede meydana gelen ekonomik krizlerin daha sancısız atlatılmasına yardımcı olan kısa çalışma, aynı zamanda etkisini 4857 sayılı İş Kanunu'nun temeli olan iş güvencesi hukukunda göstermiştir. Zira kısa çalışma, iş akitlerinin son bulmadığı, askıda kaldığı, askı süresince işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlandırıldığı, kısa çalışma döneminin geçmesinden sonra da işçinin işyerindeki normal çalışma düzenine dönebildiği bir sistem olarak kabul edilmiştir. Böylece iş sözleşmelerinin feshinin önlenmesi ve feshin son çare olması ilkesine hizmet etmesi bakımından kısa çalışma fesihden önce gidilen esnek bir çalışma biçimine bürünmüştür.

Temel olarak iki ana başlık altında toplanan ve ikinci ana başlık altında kaleme alınıp iki bölümden oluşan kısa çalışmanın ilk bölümünde, kısa çalışma kavramı, ortaya çıkış nedenleri, yasadaki düzenlemesi, getirilmesiyle hedeflenen amaç, diğer bir esnek çalışma yöntemi olan kısmi çalışma ile benzerlik ve farklılıkları, hangi hallerde kısa çalışmaya gidilebileceği, bunun için işçinin rızasının

gerekli olup olmadığı, kısa çalışmanın uygulanması neticesinde işçiye hangi hallerde ve nasıl kısa çalışma ödeneceğinin usul ve esasları, hangi işverenler ve sigortalıların uygulamadan yararlanabilecekleri incelenecektir. İkinci bölümde ise kısa çalışmanın devlet ve işçi-işveren için sonuçları üzerinde durulacak, kısa çalışmanın son ermesine de değinilerek bu bölüm tamamlanacaktır.

Kısa çalışma ile askının hukuki nitelikleri bakımından bağlantıları, gerektirdikleri ortak koşullar ve doğurdıkları benzer sonuçlara çalışmanın diğer ana başlığı olan kısa çalışmanın sonuçlarının incelendiği ikinci bölümünde yer verilecek, kısa çalışma ve askı kavramlarının ne oranda birbirleri ile özleştiği ve askının hangi anlamda kısa çalışmada tecelli ettiği anlatılmaya çalışılacaktır.

ASKI ve İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASI

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK ASKI

1.1. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ DAYANDIĞI TEMEL DÜŞÜNCE

1.1.1. İş Akdinin Dayanıksızlığı

İşçinin iş ilişkisinin devamlılığının korunması ve buna bağlı olarak gelirinde sürekliliğin sağlanması anlamına gelen iş güvencesi, modern iş hukukunun en temel amaçlarından birini oluşturur¹. Modern iş hukuku, günümüzde iş ilişkisinin taraflarını eşit kabul eden geleneksel anlayıştan giderek uzaklaşmakta, iş akdinin herhangi bir nedenle sona ermesi riskine karşı işçiyi, işverenden daha çok koruma altına almaktadır.

İş akdi, sözleşme ilişkisinin sürekliliği konusunda kendisini, diğer karşılıklı borç yükleyen akitlerden ayıran özellikler taşır. Taraflar arasında iş akdi ile oluşan hukuki ilişki oldukça dayanıksız, hassas bir nitelik gösterir. İş akdinin dayanıksızlığı, hem dış etkenlerden hem de her ne kadar yeni İş Kanunu'nun getirmiş olduğu iş güvencesine rağmen fesih kolaylığından ileri gelir.

İş akdi belirli ya da belirsiz bir süre için karşılıklı borç ilişkisi yaratan bir sözleşme olduğundan bu süreç içerisinde oldukça sık ortaya çıkabilecek bazı dış etkenler sözleşmenin normal seyrini etkilemekte, hatta onu sona erdirebilmektedir. Bu etkenler; iş yeri veya işletmenin bünyesinden kaynaklanan nedenler olabileceği gibi taraflardan birinin şahsı ile ilgili nedenler ve ya toplu iş uyuşmazlıklarının neden olduğu durumlar olabilmektedir. İş ilişkisi içinde ortaya çıkabilecek bu etkenlerin

¹ Nuri Çelik, **İşçinin Feshe Karşı Korunması**, Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, s.43; Ulucan Devrim, **Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi**, Prof.Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, II, İstanbul 1982, s.183.

yarattığı kararsızlığı, iş mevzuatında düzenlenen hali ile taraflara verilmiş olan fesih hakkı daha da arttırmaktadır.

1.1.2. Askıya Alınma ve İş Güvencesi

İş sözleşmesinin feshinin, işveren açısından geçerli nedenlerin varlığı şartına bağlanması ve işveren değişikliklerinde işin sürekliliğinin sağlanması bakımından iş yeri devrinde işçinin lehine getirilen düzenlemeler ile işverenin fesih bildirim hakkının sınırlandırılmasının yanında iş güvencesinin korunması için iş hukukunun geliştirdiği özgün hukuki yöntemlerden biri de iş akdinin askıya alınmasıdır. Zira iş hukukunda askı teorisinin önemi, askının iş güvencesi sağlamaya yönelik tekniklerden biri olması ile açıklanmaktadır².

Bu doğrultuda belirli koşulların ortaya çıkması halinde, iş akdinin sona erdirilmeyip geçici bir süre için askıda kalması, iş güvencesinin desteklenmesi amacına hizmet eder. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, iş ilişkilerinde ortaya çıkabilecek birçok neden, iş akdinin normal seyrini etkileyerek, onu dayanıksız hale getirmektedir. Gerçekten, iş kazası, hastalık, analık, askerlik, bazı kamusal görevlerin yerine getirilmesi, grev ve lokavt veya zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gibi haller işçinin geçici ve kusursuz olarak iş görme edimini yerine getirmesini olanaksız hale getirebilir. İşçi-işveren ilişkilerinde sık sık ortaya çıkabilecek bu gibi olaylara, iş akdinin feshi veya kendiliğinden sona ermesi gibi sonuçlar bağlanırsa, işçilerin iş güvencesinden bahsedilmesi mümkün olmaz. İşte işçinin iş görme edimini geçici olarak yerine getirmesini engelleyen bu gibi durumlarda iş akdi sona ermeyip, askıya alınmakta, engellerin ortadan kalkmasıyla da iş akdi yeniden normal hükümlerini doğurmaya devam etmektedir. Başka bir deyişle, sözleşmenin varlığı ile onun ifası birbirinden ayrılmakta, sözleşmenin geçici olarak ifa edilmemesi sözleşmenin hukuki varlığını etkilememektedir³.

² Ali Güzel, **İşverenin Değişmesi, İş yerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, Kazancı, İstanbul 1987, ss.5-6; Fevzi Demir, **İş Güvencesi Hukuku**, B.2, İzmir 1999, ss.81-82; Adnan Tuğ, **Toplu İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları**, Kamu-Sen Dergisi, C.1, S.3, Mart 1988, ss.6-7.

³ Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara 1989,s.14.

İş akdinin askıda kalması sonucunu doğuran nedenler, işçinin işe devamsızlığını meşru hale getirir, askı süresi içinde işveren iş akdini bu nedenlere dayanarak feshedemez. Böylece işin sürekliliği sağlanmış olur. Akdin askıya alındığı bu dönem içinde, işçilerin iş yerleri ile bağlarını koruması, işverenler açısından da olumludur. Ancak, iş güvencesinin eksiksiz olabilmesi için askı döneminde kuşkusuz sadece iş akdinin korunması yeterli olmayıp, işçilerin gelirlerinde sürekliliğin de belirli ölçüde sağlanması gerekir. Birçok ülkede iş güvencesini gerçek anlamda koruyabilmek amacıyla kendilerine yüklenemeyen nedenlerle iş görme edimini ifa edemeyen işçilerin, değişik yöntemlerle gelir güvenceleri sağlanmaya çalışılmaktadır⁴.

Bir takım nedenlerin ortaya çıkması halinde askı halinin kendiliğinden oluşacağına kabulü, askının iş güvencesini sağlamadaki etkinliğini daha da arttırmakta onu çok daha elverişli bir enstrümana dönüştürmektedir.

Görüldüğü gibi, iş akdinin askıya alınması, işçilere iş güvencesinin sağlanması yönündeki çağdaş eğilimin hukuki araçlarından birisini oluşturmaktadır. Bu nedenle iş güvencesini etkin bir biçimde sağlayan iş hukuku kurumlardan biri olan askının daha iyi anlaşılması için her şeyden önce dayandığı teorik temelin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1.2. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ GENEL TEORİSİ

1.2.1. Askıya Alınma Teorisinin Tabi Olacağı Hukuk Kuralları

İş yasalarımızda işçiye yüklenemeyen nedenlerle iş görme ediminin geçici olarak ifa edilememesine ne gibi hukuki sonuçlar bağlanacağını belirten genel bir kural yer almamıştır. Bunun gibi iş yasalarında, iş akdinin askıya alınmasının tanımına, unsurlarına ve koşullarına yer verilmemiş, askıya alınmanın hüküm ve sonuçları da genel bir kural içinde hükme bağlanmamıştır. Buna karşılık iş akdinin

⁴ Süzek, Askı, s.14, dn.49.

askıya alındığı hallerin bir bölümü ve bu hallerle ilgili olarak askıya alınmanın bazı hukuki sonuçları yasalarımızda düzenlenmiştir(BK 328, 344/II; İşK 24/III, 25/I-(a), 25/III, 31, 40, 46/3, b, DİŞK 14/III, BİŞK 16, 17, TSGLK 43, 44).

Bu düzenlemelere genel olarak bakıldığında, yasa koyucunun, iş akdinin askıya alınmasının tanımlanmasını, koşul ve unsurlarının belirlenmesini, genel olarak doğuracağı hukuki sonuçların ortaya konulmasını öğretiyeye ve yargı organına bıraktığı anlaşılmaktadır. Bunun için de iş akdinin askıya alınmasının temelinde yatan hukuki mekanizmanın açıklığa kavuşturulması diğer bir deyimle askıya alınmanın teorisinin ortaya konulması zorunludur⁵.

İş akdi bir sözleşme olduğuna göre askıya alınma konusunda her şeyden önce sözleşme hukukunun ilke ve kuralları uygulama alanı bulacaktır. Başka bir deyimle, iş akdinin askıya alınmasının teorik temelini ve koşullarının saptanmasında borçlar hukukunun sözleşmelere ilişkin genel hükümleri esas alınacaktır. Bu konuda, iş mevzuatımızda boşluk olduğuna göre borçlar hukukunun genel hükümlerinin temel alınması, öğretiyeye ve Yargıtay görüşüne de uygundur. O halde ilk önce genel olarak sözleşmelerin askıya alınmasının teorik temellerinin ve koşullarının belirlenmesi gerekecektir.

Bundan sonra ise, sözleşmelerin askıya alınması konusunda, genel hükümlere göre getirilecek çözümlerin, iş hukukunun temel ilkeleri açısından değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. İş akdinin askıya alınmasının dayandığı temel düşünce, işçilerin iş güvencesinin korunması olduğundan genel hükümlere göre varılacak sonuçların bu ilkeye uygun düşüp düşmediği araştırılmalıdır. Diğer bir deyişle varılacak sonuçlar, işçinin işinin sürekliliğini mümkün olduğu ölçüde sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Aynı şekilde bu değerlendirme yapılırken iş hukukunun işçiyi koruyucu temel amacı her zaman göz önünde tutulmalıdır. Yargıtay'ın bir Borçlar Kanunu hükmünün iş ilişkilerine uygulanması söz konusu olduğunda vermiş

⁵ Süzek, Askı, s.18.

olduğu kararında belirttiği gibi “...hâkimin özellikle iş hukukunun işçiyi koruyucu amacından gelen gerekleri ve istekleri göz önünde tutacağı⁶ tartışmasıdır.

Bu değerlendirme sonucunda ortaya çıkacak sonuç; iş hukukunun özel karakterine uygun düşerse, sorun yoktur, genel hükümlere göre oluşturulacak teorik temel, iş akdinin askıya alınmasına aynen uygulanacaktır. Ne var ki borçlar hukuku kural ve tekniklerine göre varılacak sonuçların, iş hukukunun gerekleri açısından doyurucu çözümlere götürmemesi ihtimali de vardır. Bu takdirde borçlar hukuku hükümlerinin de uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu durumda gerçek olmayan yasa boşluğunun varlığı kabul edilerek, boşluğun yargıç tarafından doldurulması yoluna gidilecektir (MK m.1)⁷. Çünkü belirli bir hukuki sorun yasa tarafından düzenlendiği halde, yasanın getirdiği çözüm tarzı doyurucu bulunmuyor, beğenilmiyor, ihtiyaçları karşılayamıyorsa, gerçek olmayan yasa boşluğundan söz edilir.

O halde genel sözleşme hukuku açısından varılacak sonuçlar iş akdinin askıya alınmasına uygulanabilecek nitelikte bulunmadığı oranda, ortaya çıkacak boşluklar MK m.1 uyarınca yargıç tarafından doldurulacaktır. Yargıç tarafından bu yolla hukuk yaratılması sırasında, iş hukukunun özü ve temel ilkeleri göz önünde tutulmalıdır. Boşluğun doldurulmasında iş hukuku öğretisi ve yargısal içtihatlardan yararlanılabileceği gibi, karşılaştırmalı hukukun gelişme çizgisi de değerlendirilecektir⁸. Bu nedenle iş akdinin askıya alınması konusunda ortaya çıkabilecek boşlukların doldurulmasında, iş hukuku öğretisinde, yargı kararlarında veya karşılaştırmalı hukukta benimsenmiş olan işçinin korunması ve iş güvencesinin (işin sürekliliğinin) sağlanması gibi ilkelere başvurulması gerekecektir.

⁶ Y.9HD, E.21175, K.19780, 8.6.1972.t.

⁷ Gerçek olmayan yasa boşluğu ve yargıç tarafından yaratılan hukuk için bkz. M.Öğuzman Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, B.3, İstanbul, 1978, ss.74–78.

⁸ M. Öğuzman Kemal, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul 1955, ss.82–83, Güzel, s.283.

İş akdinin askıya alınmasının teorik temelini ve koşullarını belirleyebilmek için soruna önce borçlar hukukunun genel kuralları açısından yaklaşmak gerekmektedir.

1.2.2. Genel Hükümlere Göre Sözleşmelerin Askıya Alınması

Borçlar Kanunu ve İş Kanunlarında “sözleşmelerin askıya alınması” kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle; iş sözleşmesinin askıya alınmasının teorik temelini ve koşullarının saptanmasında Borçlar Hukuku'nun sözleşmelere ilişkin genel hükümlerinin esas alınmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Sözleşme ilişkilerinde, borçlanılan edimin ifasının sonradan imkânsız hale gelmesi mümkündür. İfa imkânsızlığı borçlunun kusurundan ileri gelmişse (BK 96) taraflar arasındaki borç ilişkisi devam eder, sadece alacak hakkının muhtevası değişir ve o zamana kadar aynen ifa edilmesi gereken alacak, tazminat alacağına dönüşür⁹. Buna karşılık borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kusursuz imkânsızlık ise borç ilişkisini sona erdirir¹⁰. Bu durumu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 117. maddesine göre,

“Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur. Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik olan hükümlere tevfikân almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur.”

⁹ Kusurlu sonraki imkânsızlık konusunda Kenan Tınçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, C.I, Genel Hükümler, B.6, İstanbul 1976, ss.801vd; Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.3, Ankara 1984, ss.468, 472; S.Sulhi Tekinay ve diğerleri, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, B.6, İstanbul 1988, s.1137; karşı, M.Kemal Oğuzman, **Borçlar Hukuku Dersleri**, C.I, B.4, İstanbul 1987, s.258; Fesih, ss.144–145.

¹⁰ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, ss.796–797; İnan, s.503–504; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul 1976, s.126; Özer, Seliçi, **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977, s.93. Borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlığın sadece alacak hakkını mı yoksa borç ilişkisinin tümünü mü sona erdirdiği konusunda tartışmalar için bkz. Dural, ss.125–127; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, ss.797–798; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975, ss.280–283; Oğuzman, Borçlar, C.I, s.349.

Görüldüğü gibi, borcun ifasının imkânsızlaşmasından borçlu sorumlu olmadığı takdirde borç sona erer. Karşılıklı sözleşmelerde ise, borcunun ifası imkânsızlaştığı için borcundan kurtulan taraf karşı edimi isteme hakkını yitirir. Eğer imkânsızlık nedeniyle borçtan kurtulan borçluya karşı edim ifa edilmişse, borçlu bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir (BK m.117)¹¹.

BK m.117'nin uygulanabilmesi için imkânsızlığın devamlı olması gerekir¹². İfa süresi içinde çıkan engeller, edimin sonradan ifa edilmesi imkânını tamamen ortadan kaldırıyorsa devamlı imkânsızlıktan söz edilir¹³. Bu itibarla borç ilişkisinin sona ermiş sayılabilmesi için imkânsızlığın, borçluya yüklenememesi yanında, bu imkânsızlığın ifa süresi içinde ifa imkânını tamamen ortadan kaldırmış olması da zorunludur.

Buna karşılık imkânsızlık devamlı nitelikte değilse borç ilişkisi BK m.117 hükümlerine tabi olmayacaktır. Zira ifa süresi içinde ortaya çıkan engeller devamlı değilse ve bunlar ortadan kalktığı zaman edimin ifası mümkün hale geliyorsa *geçici imkânsızlık* söz konusu olur¹⁴. Dolayısıyla borçluya yüklenemeyen geçici imkânsızlık devamlı imkânsızlıkla aynı hukuki sonuçları doğurmaz.

Borçluya yüklenemeyen geçici imkânsızlığın, alacaklının ifa isteğini imkânsızlık süresince erteleyeceği, başka bir deyişle borç ilişkisinin askıda kalacağı Fransız ve Alman hukuklarında kabul edilmektedir. Bu hukuk sistemlerinde borçlu, edimin kendisine yüklenemeyen geçici imkânsızlık nedeniyle ifa edilmemesi halinde temerrüde düşmez, borç, imkânsızlığın ortadan kalkmasından sonra muaccel hale gelir.

¹¹ Oğuzman, Borçlar, C.I, ss.350–351; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, ss.797–798.

¹² Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. I, s.795; Dural, s.122.

¹³ Dural, s.100.

¹⁴ Seliçi, Sona Erme, s.95.

Türk-İsviçre hukukunda da geçici imkânsızlığın borcu sona erdirmediği, imkânsızlığın devam ettiği süre içinde ifanın ertelendiği, diğer deyişle alacaklının ifayı talep edemeyeceği ve borçlunun da temerrüde düşmediği bazı yazarlarca ileri sürülmektedir¹⁵. Bunun anlamı sözleşmenin askıya alınmasıdır¹⁶.

Buna karşılık bazı yazarlar ise, Borçlar Kanunu'nda borçlunun temerrüde düşmesi için kusur aranmadığını, ifanın sadece gecikmiş olmasının yeterli olduğundan hareketle geçici imkânsızlığa temerrüt sonucunun bağlanması gerektiğini kabul etmektedirler. Bu görüşe göre; geçici imkânsızlık borcun ifasını geciktirdiği için, imkânsızlık borçluya yüklenemese de borçlu temerrüde düşecek, sözleşmenin niteliğinde bir değişiklik söz konusu olmayacaktır¹⁷.

Sözleşme ilişkisinde ifa zamanı alacaklı için önem taşıyorsa, o zaman için meydana gelecek imkânsızlık, ileride ortadan kalkacak ve geçici nitelikte olsa da devamlı imkânsızlık sayılarak borcu sona erdirir¹⁸. Başka bir deyişle edimin sonradan yerine getirilmesinde, karşı tarafın herhangi bir çıkarı kalmamışsa, geçici imkânsızlığın ortadan kalkması beklenmeksizin olaya devamlı imkânsızlığın hukuki sonuçlarını uygulamak gerekir¹⁹. Zira bu durumda ifa zamanı esastır. Bunun için akdi ilişkide ifa zamanının esaslı bulunup bulunmadığı, diğer bir deyişle, imkânsızlığın ortadan kalkmasından sonraki ifanın sözleşme amacının elde edilmesine ve alacaklının tatminine hizmet edip etmediği araştırılacaktır. Geçici imkânsızlığın ortadan kalkmasından sonraki ifa, sözleşmenin amacının elde edilmesini sağlayamayacaksa, alacaklıyı (işvereni) akdi ilişki ile bağlı tutmak dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Buna karşılık ifa zamanı esaslı değil ve sonraki ifa

¹⁵ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. I, s.795; Oğuzman, Borçlar, C.I, s.262; Fesih, s.78, dn.152.

¹⁶ Dural, 122.

¹⁷ Tekinay ve diğerleri, s.1217; Dural, ss.107–109, 123–124. Bununla beraber bu sonuncu yazara göre, borçlu kusursuz geçici imkânsızlık nedeniyle temerrüde düşmüş ise (para borcu dışında kalan hallerde) alacaklı engelin ortadan kalkmasına kadar bekleyecektir. Para borcu dışında kalan hallerde, kusursuz geçici imkânsızlık, sadece edimin ileriye atılması sonucunu doğurur. Bununla beraber yazar karşılıklı sözleşmelerde dönmenin de söz konusu olabileceğini eklemektedir.

¹⁸ Oğuzman, Borçlar, C.I, s.262.

¹⁹ Dural, s.102.

ile sözleşmenin amacı yine elde edilebiliyorsa, imkânsızlık geçici kalmakta devam eder²⁰.

Bu bilgiler ışığında genel hükümlere göre sözleşmelerin askıya alınabilmesi için; şu koşulların gerçekleşmesi gerektiği sonucuna varılır:

- Bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkmış bulunması.
- İmkânsızlığın geçici bulunması.
- İmkânsızlığın borçluya yüklenememesi.
- İfa zamanının esaslı olmaması.

Borçlar hukuku sözleşmeleri açısından askıya alınmanın teorik temeli ve şartları bu şekilde olup, söz konusu teorinin ve koşulların iş akitlerine nasıl yansıdığı öncelikle incelenmelidir.

1.2.3. İş Akdinin Askıya Alınmasının Teorik Temeli

1.2.3.1. Geçici İfa İmkânsızlığının Hukuki Sonucu

1.2.3.1.1. Geçici İfa İmkânsızlığına Temerrüt Sonucunu Bağlayan Görüş

Askıya alınma teorisinin kurulmasında karşımıza çıkan ilk hukuki sorun, borçluya yüklenemeyen geçici ifa imkânsızlığının sözleşmenin askıya alınması mı yoksa temerrüt sonucunu mu yaratacağının belirlenmesidir. Eğer geçici imkânsızlığın borçlunun borcunu ifa yükümünü ertelemeyip onu temerrüde düşürdüğü sonucuna varılacak olursa, karşılıklı sözleşmelerde BK m.106–108 hükümlerinin ve temerrüde bağlanan hukuki sonuçların uygulanması gerekecektir. Başka bir deyişle, böyle bir durumda geçici imkânsızlık süresi içinde alacaklının ifayı talep hakkının ertelendiği ileri sürülemez, bilakis alacaklının BK m.106'dan doğan hakları talep edebilmesi söz konusu olacaktır.

²⁰ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.346; Dural, s.102; Seliçi, Sona Erme, ss.96–97.

Türk-İsviçre hukukunda, geçici ifa imkânsızlığının sözleşmeyi askıya aldığı kabul edenler²¹ olduğu gibi temerrüt görüşünü benimseyenler de vardır²². Bu sonuncu görüşü kabul edenlerin iddialarını esas itibariyle borçlunun temerrüde düşmesi için kusurunun aranmadığı ve ifanın sadece gecikmiş olmasının yeterli olduğu gerekçesine dayandırdıkları söylenebilir.

Bu soruna bir çözüm getirebilmek için her şeyden önce hukukumuzda temerrüt kavramının daha yakından incelenmesi gerekir. Öğretide de belirtildiği gibi temerrüt, ifası mümkün olan muaccel bir borcun, borçlu tarafından gereken zamanda yerine getirilmemesidir. Başka bir deyişle, ifası mümkün olan borcun, ifasında gecikmedir²³. Borcun gereği gibi ifa edilmemesinde, borç yerine getirilmektedir; ancak, ifa sözleşmeye uygun değildir. Borcun temerrüdünde ise, borçlu borcu hiç ifa etmemektedir²⁴. Borçlu bu durumda kural olarak bir ihtarla, istisnaen de ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer(BK m. 101).

Görüldüğü gibi temerrüdün söz konusu olabilmesi için her şeyden önce gecikmiş borcun sonradan ifasının mümkün olabilmesi gerekir. Gerçekten borçlunun kusuruyla imkânsızlaşan borcun sonradan ifası mümkün değilse BK m.96 uygulanacaktır. Buna karşılık edim borçluya yüklenemeyen bir nedenle devamlı ve kesin bir biçimde imkânsızlaşmışsa bu takdirde de BK m.117 uygulama alanına girecektir. Buna karşılık borcun ifası mümkünse, diğer bir deyişle, imkânsızlaşmamışsa, ancak borçlu tarafından da zamanında yerine getirilmemekteyse temerrütten söz edilecektir. İşte temerrüt görüşünü benimseyenler, edimin kesin ve geçici olarak imkânsızlaşmasını, yani sonradan ifasının mümkün olduğunu göz önünde tutarak, bu durumda ifanın sadece gecikmiş sayılacağını ileri sürmekte ve geçici imkânsızlığa temerrüt sonucunu bağlamaktadırlar.

²¹ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.795; Oğuzman, Borçlar, C.I, s.262; Tankut, Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul 1988, ss.237vd.

²² Tekinay ve diğerleri, s.1217; Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku, Akıt Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Vedat Yayıncılık, Ankara 1961, s.480; Dural, ss.107–109, 123–124.

²³ Tandoğan, ss.468–469; İnan, s.484; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, ss.903–904; Oğuzman, Borçlar, C.I, ss.247–248; Tekinay ve diğerleri, s.1220; Serozan, Dönme, s.252.

²⁴ Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, 1992.

1.2.3.1.2.Karşılıklı Sözleşmelerde Temerrüdün Hukuki Sonuçları

Hukukumuzda karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdünde alacaklı birden fazla hukuki yetki ile donatılmıştır. Alacaklı, temerrüdün genel sonuçlarına uygun olarak gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını her zaman isteyebileceği gibi, tayin edeceği uygun mehil içinde borçlanılan edim yerine getirilmezse ifadan vazgeçtiğini bildirerek borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat (müspet zarar) talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir ve menfi zararının tazminini isteyebilir (BK m.106–108)²⁵.

Türk-İsviçre hukukunda borçlunun temerrüde düşmesi için gecikmesinde kusurunun bulunması aranmamaktadır. Başka bir deyişle ifade gecikmiş olmasında kusursuz olmasına karşın, temerrüdün kusura dayanmayan sonuçları yine ortaya çıkar. Gerçekten Türk-İsviçre hukukunda kusur, borçlunun temerrüde düşüp düşmemesinde değil, temerrüdün bazı sonuçlarının doğması açısından önem taşır. Temerrüt yüzünden gecikme tazminatı (BK m.102) veya karşılıklı sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat (BK m.106) ya da dönme halinde tazminatın (BK m.108) istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurunun bulunması gerekir. Buna karşılık, para borcunda borçludan temerrüt faizi istenebilmesi (BK m.103) veya karşılıklı sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için borçlunun kusurlu olması zorunlu değildir²⁶. O halde karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüde düşmede kusurlu değilse kendisinden tazminat talep edilemeyecektir. Borçlunun kusursuzluğu halinde temerrütte alacaklıya (para borçları dışında) sadece sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır.

²⁵ Oğuzman, Borçlar, C.I, s.322vd; İnan, ss.490–491; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, ss.943vd; Tekinay ve diğerleri, ss.1261vd; Seliçi, Sona Erme, s.219.

²⁶ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.912; Tandoğan, s.480; Oğuzman, Borçlar, C.I ss.254–255; İnan, s.486; Dural, s.107. buna karşılık öğretide Serozan, objektif temerrüde karşı çıkmaktadır. Yazara göre borcunu kusursuz olarak ifa edemeyen borçluya temerrüdün bazı sonuçlarının bağlanması, borçlunun çıkarlarını, alacaklının yararına haklı görülemez ölçüde feda etmek anlamına gelir. Hukukumuzda borçlunun kusuru yalnız sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat isteminin değil, aynı zamanda sözleşmeden dönme işleminin de koşulunu oluşturmaktadır. Serozan, Dönme ss.254–258.

Dönme, fesihten farklı olarak tek taraflı irade beyanıyla borç ilişkisini geriye etkili (ex tunc) olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran haktır. Dönme borç ilişkisini geriye etkili bir biçimde sona erdirdiğinden bu ilişkiyi baştan itibaren ortadan kaldırır, bir başka deyişle sözleşme hiç kurulmamış varsayılır. Bu durumun sonucu olarak, sözleşmeden doğan fakat henüz yerine getirilmemiş borçlar ortadan kalkar, yerine getirilmiş olan edimlerin ise nedensiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilmesi gerekir.

Buna karşılık fesih, dönmeden farklı olarak sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde, akdi ilişkinin tek taraflı bir irade beyanıyla ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erdirilmesidir. Görüldüğü gibi gerek dönme gerekse fesih, borç ilişkisini sona erdiren haklardandır. İkisi arasındaki fark, feshin sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirip geçmiş üzerinde etki yapmaması, dönmenin ise sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırdığından yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi borcu doğurmasıdır²⁷.

Görüldüğü gibi, işçiye yüklenemeyen nedenlerle iş görme borcunun geçici olarak imkânsızlaşmasına temerrüt sonucu bağlandığı takdirde, kendisinden temerrüde dayalı tazminatların istenmesi mümkün değildir. Çünkü geçici imkânsızlıkta işçinin kusuru yoktur. Buna karşılık, temerrüdün BK'nun genel hükümleri çerçevesindeki düzenlemesi içinde kalırsa, işverenin bu durumda hem de geriye etkili biçimde sözleşmeden dönebileceği sonucu çıkacaktır. Diğer deyimle, geçici ifa imkânsızlığında iş akdi askıya alınmamış olacaktır.

²⁷ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, ss.950–951; Oğuzman, Borçlar, C.I, ss.308–309; Tekinay ve diğerleri, ss.1289–1290-1293vd; Seliçi, Sona Erme, ss.208, 213–214, Serozan, Dönme, ss.121–122, 124vd.

1.2.3.2. Soruna İş Akitleri Açısından Yaklaşılması

1.2.3.2.1.Sürekli Borç İlişkileri Yaratan Sözleşmelerin (İş Akdinin) Özellikleri

Türk-İsviçre hukuk sisteminde Alman, Fransız ve İtalyan hukuk sistemlerinden farklı olarak borçlunun edimini kendisine yüklenemeyen nedenlerle ifa edememesi halinde temerrüde düşeceği öğretilen kimi yazarlarca öne sürülmektedir. Bu görüş kabul edilirse, kusursuz borçluya karşı alacaklı dönme hakkını kullanabilecektir.

Süzek'e göre, soruna sürekli borç ilişkilerinin özellikleri açısından yaklaşmak gerekir. Çünkü ifayı engelleyen nedenler konusunda sürekli borç ilişkilerinin niteliği göz önüne alındığında ani edimli borç ilişkilerinden farklı sonuçlara varmak gerekir. Bu durumda yazar sürekli borç ilişkisi yaratan iş akitlerinde de işçinin yapma borcunu (iş görme edimini) geçici olarak yerine getirmemesinin temerrüt sonucu yaratıp yaratmayacağına saptanması gerektiğini sorgulamıştır²⁸.

İş akdinde edim sonucunun gerçekleşmesi zaman içinde bir sürede olmaktadır. İşçinin iş süresince iş görme borcu veya iş gücünü işverenin emrine hazır tutma borcu sürekli edim niteliğindedir. İşçinin edimini yerine getirmesi zaman içinde "devam eden" bir yapma borcu olarak ortaya çıkar. İş akdinde işçinin iş görme borcu karşısında işverenin ücret ödeme borcu da devamlılık gösterir²⁹.

Temerrütten söz edebilmek için gecikmiş olan borcun sonradan ifasının mümkün olabilmesi gerekir. Gerçekten borcun sonradan ifası mümkün değilse, diğer bir deyişle imkânsızlaşmışsa bu duruma temerrüt sonucu bağlanmaz, borçlunun bundan sorumlu olup olmamasına göre farklı hukuki sonuçlar doğar.

²⁸ Süzek, Askı, s.31.

²⁹ Seliçi, Sona Erme, ss.11, 24; Münir Ekonomi, **Ferdi İş Hukuku**, C.I, İstanbul 1987, ss.78-79; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, B.9, Beta Yayıncılık, İstanbul 1988, ss.77-78; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.128; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri**, C.I, İzmir 1998, s.136.

Sürekli borç ilişkilerinde, ifa süresi içinde yerine getirilemeyen edimi sonradan “telafi olanağı” varsa temerrütten, bu olanak yoksa imkânsızlıktan söz etmek gerekir. Bazı yazarlar, sürekli borç ilişkilerinde ve yapma borçlarında ifa edilmeden geçen ve edimin içeriğini oluşturan zamanın geri getirilmesinin, sonradan telafi edilmesinin mümkün olmadığı gerçeğinden hareketle bu durumun bir temerrüt değil, imkânsızlık yarattığını kabul ederler. Bu görüşe göre sürekli sözleşme ilişkisi bir defa ifa süresine girince, artık ifa dönemi içinde yerine getirilmemiş olan edimin, sonradan ifa edilerek telafi edilmesi olanağı kural olarak kalmaz³⁰.

1.2.3.2.2 Askıya Alınma Sorununun Belirli-Belirsiz Süreli İş Akitleri Bakımından Tartışılması

1.2.3.2.2.1. Belirli Süreli İş Akitlerinde

İş akitlerinde işçiye yüklenemeyen geçici ifa imkânsızlığının hukuki sonucunu saptayabilmek için durumun belirli süreli ve belirsiz süreli sözleşmeler açısından ayrı ayrı incelenmelidir. Başka bir deyişle, geçici ifa imkânsızlığının sonradan telafi edilmesi olanağının bulunup bulunmadığı sorununa belirli ve belirsiz iş akitleri açısından ayrı ayrı yaklaşmak gerekir.

İş Kanunu'nun 11. maddesine göre, belirli süreli iş sözleşmesi, “*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Belirli süreli iş akitlerinde “ifa süresi” belirli veya belirlenebilir bir süredir. Sürekli iş görme borcu “ifa süresi” için borçlanılmıştır ve ancak bu süre içinde yerine getirilmesi mümkündür. İş akdi belirli süreli saptandığına göre, edim alacaklısının edim sonucuna menfaati, kesin olarak bu belirli sözleşme süresi içinde ifa ile gerçekleşebilir. Edim sonucunun ifa süresi içinde sürekli olarak gerçekleştirilmesi

³⁰ Serozan, Dönme, s.170; Oğuzman, Fesih, s.78, dn.152.

gerekir. İş görme edimi ifa süresi içinde yerine getirilemiyorsa süresi geçtikten sonra artık telafi olanağı yoktur. Bu akitlerde geçen zamanın artık geri getirilmesi mümkün değildir³¹. Daha doğru bir ifade ile burada edimin sonradan yerine getirilmesi olanağı vardır, ancak belirli sürenin geçmesi ile sonraki edim, ifa etkisini haiz olamamaktadır. İmkânsızlık kavramı, sadece edim imkânsızlığını değil, aynı zamanda ifa imkânsızlığını da kapsar. Edimin yerine getirilmesi olanağının varlığına karşın, sürenin geçmesi nedeniyle sonraki edim, ifa etkisini haiz olamıyorsa, temerrüt değil, “imkânsızlık” söz konusu olur³².

Belirli süreli iş akitlerinde, alacaklının menfaati belirlenen sürenin tümünde edimin ifa edilmesiyle gerçekleşebilir. Bu sözleşmelerde iş görme ediminin geçici imkânsızlık nedeniyle bir süre ifa edilmemesi halinde, bu döneme ilişkin edimin ifasının sonraya ertelenmesi ve telafisi olanağı artık yoktur. Yerine getirilmediği süreye ilişkin olmak üzere imkânsızlık kesindir. Belirli sürenin bitiminden sonraki ifa ise, bu dönemi telafi edemez, ancak geleceğe yöneliktir³³.

Esasen belirli sürenin sonunda iş akdi kendiliğinden sona erdiğinden, işçinin iş görme edimini telafi etme zorunluluğu da yoktur. Belirli sürenin bitiminden sonra ise işçinin çalışmaya devam etmesi yerine getirilemeyen edimin telafisi değil, kural olarak yeni ve öncekinden farklı bir sözleşmenin kurulması anlamına gelir³⁴.

O halde, iş görme borcunun belirli süreli iş akdinde, işçiye yüklenemeyen bir nedenle bir süre yerine getirilememesi, bu edimin sonradan ifa edilerek telafi edilmesine olanak tanımadığından temerrüt sonucunu yaratmaz. Bu durumda işçi kusurlu bulunmadığından BK m.96, imkânsızlık devamlı olmadığından, BK m.117 uygulanmaz. İşçi bu süre için edim borcundan kurtulur, kural olarak karşı edimi talep hakkını da yitirir. İşveren de ifayı talep edemez. Başka bir deyişle, iş akdi askıya

³¹ Seliçi, Sona Erme, s.92; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.693.

³² Seliçi, Sona Erme, s.92, dn.78.

³³ Seliçi, Sona Erme, ss.73, 95–96.

³⁴ Ekonomi, Ferdi, s.81vd; Münir Ekonomi, **Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuka Uygunluğu, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli İş Akitlerinin Hukuki Sorunları**, İstanbul 1979, s.12; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, ss.342–345; Çelik, Dersler, s.152; Turhan Esener, **İş Hukuku**, Ankara 1978, s.216; Narmanlıoğlu, Ferdi, ss.169–170.

alınmış olur³⁵. İfa süresi göz önünde tutulunca iş görme edimi, belirli ifa süresinin bir kısmında yerine getirilememektedir. Geçici imkânsızlık ortadan kalkınca kalan kısım için borcun yerine getirilmesi gerekir.

1.2.3.2.2. Belirsiz Süreli İş Akitlerinde

Belirli süreli iş akitleri açısından vardığımız sonuca belirsiz süreli sözleşmeler açısından ulaşmak güçtür. Çünkü taraflar belirsiz süreli iş akdi yapmakla, fesih bildiri hakkı kullanılmadıkça sözleşmenin zaman içinde uzayıp gitmesini arzu etmişlerdir. Tarafların iradesi açısından, sözleşmenin belirli bir ifa süresi içinde yerine getirilmesi özel bir önem taşımaz. Diğer bir deyişle, bu tür sözleşmelerde, alacaklının menfaatinin gerçekleşmesi, kesin olarak önceden saptanan belirli ve zaman içinde sınırlı bir ifa süresine bağlanmamıştır. İşverenin arzusu uzayıp giden zaman içinde işçinin iş görme ediminden sürekli olarak yararlanmak, işçinin ki ise çalışması karşılığında ücret almaktır.

Bu nedenle, işçi tarafından iş görme ediminin geçici olarak ifa edilmemesinin kural olarak sonradan telafisi mümkündür. Çünkü bu tür sözleşmelerde, işverenin menfaati mutlaka önceden belirlenmiş bir zaman dilimi içinde iş görme ediminin yerine getirilmesi ile ilgili değil, genel olarak zaman içinde bu edimden sürekli yararlanmak suretiyle gerçekleşir. Bu itibarla belirsiz süreli iş akitlerinde işçinin iş görme edimini kendisine yüklenemeyen bir nedenle yerine getirememesi temerrüt sonucu yaratır.

Görüldüğü gibi, belirli süreli iş akitlerinde işçinin edimini kendisine yüklenemeyen bir nedenle geçici olarak yerine getirememesi temerrüt değil, askıya alınma sonucunu doğurmaktadır. Bu sözleşmelerin niteliği gereği, iş görme ediminin sonradan ifa edilerek telafi edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık belirsiz süreli iş akitlerinde, kural olarak iş görme edimi sonradan yerine getirilerek telafi edilebilir. Bu durumda kendisine yüklenemeyen nedenlerle edimini geçici olarak yerine

³⁵ Süzek, Askı, s.34.

getiremeyen işçi temerrüde düşeceğinden, iş akdinin askıya alınmasının mümkün olmayabileceği akla gelebilir. Bu durum daha sonra değerlendirilecektir.

1.2.3.2.3. Mevsimlik İş Sözleşmelerinde

Üzerinde hemen hemen fikir birliğine varılan tanımla mevsimlik işler; iş yerindeki faaliyetin yılın belli bir döneminde yoğunlaştığı, diğer zamanlar da ise azaldığı veya tamamen durduğu fakat bu durumun düzenli olarak tekrarlandığı işler olarak tanımlanmaktadır³⁶.

Mevsimlik iş sözleşmeleri veya iş ilişkileri açısından en dikkat çekici ve kendine has özelliklerden birisi, doktrin görüşleri ve yargı kararlarıyla benimsenmiş askı hali olgusudur. Mevsimlik işlere ve bunlara ilişkin olarak ortaya çıkan iş sözleşmeleri ve ilişkilerindeki askı hali, işçi veya işverenden kaynaklanan nedenlerden değil, tamamen mevsimsel oluşumların yol açtığı koşullarla ortaya çıkan askı hali nedenleri ve ifa engelleridir. Bu itibarla genel kural olarak öğreti ve yargı, mevsime bağlı ifa engelinin ortaya çıkmasıyla iş sözleşmesinin ve dolayısıyla iş ilişkisinin doğrudan son bulmayacağı ve bir sonraki mevsim başına kadar askıda kalacağı konusunda hemfikirdir³⁷. Elbette bir mevsime münhasır biçimde akdedilmiş belirli süreli mevsimlik iş sözleşmesinin mevsim sonunda kendiliğinden sona ereceği açıktır. Anılan ana kural baştan itibaren veya zincirleme belirli süreli akitlerle ortaya çıkmış belirsiz süreli iş akitleri ile ilintilidir. Yargıtay da 2009 tarihli yeni bir kararında bu husus şu şekilde ifade etmiştir;

“...Mevsime tabi olarak yapılan işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi hizmet edimini, ancak iş mevsiminde ifa etmekle yükümlüdür. Mevsimlik çalışmanın sona ermesi nedeniyle iş yerinden ayrılmak zorunda kalan, fakat iş sözleşmesi bozulmamış olan işçi ertesi mevsim başına kadar işverene hizmet etmek, işveren de ona ücret ödemek zorunda değildir. Bir başka anlatımla, işçi ve işverenin iş

³⁶ Polat Soyer, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, MESS 1999, s.47; Bektaş Kar, **Mevsimlik İş**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S.4, s.70; Savaş Taşkent, **Mevsim ve Kampanya İşleri**, İBD, Kasım-Aralık 1976, C.50, S.11-12, s.37vd; Barış Duman, **Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi**, Ankara 2005, s.112; Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, B.2, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s.279; Erol Akı, **Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları**, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Nisan 2000, S.3, Kamu-İş Ankara 2000, s.251.

³⁷ Akı, s.254; Kar, Mevsimlik, s.72; Mollamahmutoğlu, B.2, s.280.

sözleşmesinden doğan temel borçları bir sonraki mevsim başına kadar askıya alınmaktadır. Askı döneminde, işçinin iş görme işverenin ise ücret ödeme borcu ortadan kalkmakta, ancak işçinin sadakat ve kısmen işyerindeki kurallara uyma talimat borçları, işverenin ise, gözetme borcu ve eşit işlem borçları devam etmektedir. İşçi mevsim başında işbaşı yapınca, tarafların askıda olan temel borçları yeniden aktif hale gelmektedir. Mevsim sona ermiş olmasına rağmen, iş sözleşmesi bozulmamış olduğu için yeni mevsim başında tarafların tekrar sözleşme yapmalarına gerek kalmaksızın işçinin iş görme edimini ifa, işverenin de işçisine iş verme ve ücret ödeme borçları yeniden yürürlük kazanacaktır. İşçi mevsimlik işlerde çalışmışsa mevsimlik çalıştığı işlerin dikkate alınması ve bu sürelerle göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır. İş sözleşmesinin askıda olması, işçinin askı süresi içinde başka bir işverenin emrinde çalışmasına engel değildir. Çünkü işverenin işçisine ücret ödeme borcu, işçinin de iş görme borcu, askı süresince yerine getirilmediği için, işçi mevsimlik işe tekrar başlayana kadar, başka bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışabilir. Bu durumda, mevsimlik iş, bir tür yıl bazında kısa süreli iş özelliği taşıyacaktır. Ancak işveren farklı olduğunda işçinin askı dönemine rastlayan kıdemi, mevsimlik olarak çalıştığı işyerindeki kıdemine eklenemez. Eğer mevsimlik işçi, askı süresi içinde aynı işverenin diğer bir işinde çalıştırılıyorsa o zaman kıdemi birleştirir”³⁸.

Askı hali süresince iş sözleşmesi ve iş ilişkisi ortadan kalkmadığından gerek Sendikalar Kanunu açısından işçinin üyelik sıfatının devam etmesi ve gerekse de TSGLK uyarınca toplu sözleşme yapma yetkisinin belirlenmesinde anılan işçilerin çoğunluk tespitinde nazara alınması gerekir³⁹. Ancak askı halinin sona ermesi ve iş sözleşmesinin hangi hal ve koşullarla münfesi olacağı veya son bulacağı konusunda farklı alternatifleri de ele almak zorunludur.

³⁸ Y.9HD, 2007/36309E, 2009/10880K, 16.04.2009.t, Tekstil İşveren, S.356 Kasım 2009, s.6.

³⁹ Öğreti ve yargı, TSGLK'nun 12/1 maddesindeki çalışan ibaresini; salt fiili çalışma sürdüren işçilerin değil, iş sözleşmelerin askıda olan işçilerin de çoğunluğa esas işçi sayısının tespitinde dikkate alınacağı konusunda görüş birliği içerisindedirler. Akı, s.265; Kar, Mevsimlik, s.86; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku-Toplu İş İlişkileri**, C.II, İzmir 2001; s.181; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, B.13, Beta Yayıncılık İstanbul 1996, s.378 ve aynı yazar **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, Mess 1994, s.109; Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Turhan Yayıncılık, Ankara 2009, s.236; Duman, s.113; Y.9HD, 6404/6648, 1.7.1987.t, Y.9HD, 4433/4631, 24.04.1992.t, Y.9HD, 2006/21611E, 2006/22886K, 15.09.2006.t,

Belirsiz süreli mevsimlik iş sözleşmesinin askıya alınmasından sonra, taraflar arasında daha uzun bir askı haline ilişkin açık mutabakat söz konusu değil ise, takip eden mevsim başlangıcında işveren tarafından işe davet edilmeyen işçinin iş akdi yine işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Öte yandan takip eden mevsim başında işe davet edilen işçinin davete icabet etmeyerek iş başı yapmaması halinde ise; iş sözleşmesi ya devamsızlık nedeniyle işveren tarafından feshedilecek ya da sözleşme işçi tarafından feshedilmiş sayılacaktır⁴⁰. Yargıtay 4857 sayılı İş Kanunu'nun işverenin eşit işlem borcunu düzenleyen 5. maddesini de dikkate alarak verdiği yakın tarihli bir kararında, işverenin, bir kısım işçinin iş sözleşmelerini önceki bir tarihte, bir kısım işçilerin iş sözleşmelerini ise, daha sonraki bir tarihte askıya alması karşısında; iş sözleşmeleri önceden askıya alınan işçilerin bu sözleşmelerinin işveren tarafından feshedildiğine hükmetmiştir⁴¹.

Yargıtay yukarıda belirtmiş olduğumuz kararında; işçinin, mevsimlik işte mevsim bitiminde iş sözleşmesinin askıya alınması nedeni ile feshin geçersizliğini ve işe iade istemi olanağı bulunmadığını da belirterek, mevsimlik iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin iş güvencesine tabi olacağından ancak geçerli nedenlerin varlığı halinde feshedilebileceğini, mevsimin bitmesi nedeni ile sözleşmenin askıya alınması olgusunun ise, geçerli neden kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁴².

1.2.3.2.3.Haklı Nedenle Feshin Dönmenin Yerini Alması

Sürekli borç ilişkileri yaratan iş akitlerinde, işçinin temerrüde düşmesi, BK 106–108 hükümlerinin uygulanması, diğer bir deyimle işverenin dönme hakkını kullanabilmesi sonucunu yaratmaz. Bu durumda işveren belirli koşullarda işçiye karşı fesih hakkını kullanabilir (BK m.344, İşK m.25). Çünkü BK m.106–108 hükümleri yasa koyucu tarafından ani edimli borç ilişkileri göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Sürekli borç ilişkilerinde, edimini yerine getirmeyen borçluya karşı

⁴⁰ Akı, s.254; Y.9HD, 7463/8794, 02.10.1986.t, sayılı kararı, Gıda İşveren Dergisi, Aralık 1986.

⁴¹ Y.9HD, 2003/17019E, 2004/16194K, 22.03.2004.t; Kar, Mevsimlik, s.73.

⁴² Y.9HD, 2007/36309E, 2009/10880K, 16.04.2009.t, Tekstil İşveren, S.356, Kasım 2009, s.6.

alacaklının geriye etkili bir biçimde dönme hakkını kullanabilmesi bu ilişkilerin niteli ile bağdaşmaz. Dönme, borç ilişkisini baştan itibaren ortadan kaldırdığından, dönme anına kadar ifa edilmiş olan edimlerin geri verilmesi gerekir (BK m.108). Bu ise sürekli borç ilişkilerinde çözülmesi olanaksız bir tasfiye sistemi yaratır⁴³.

Gerçekten işverenin, işçinin iş görme edimini iadesi olanaksızdır. Bu durumda işçinin emeğinin para karşılığı değerinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Bunda ise tam bir karşılık sağlamak güçtür ve aynı zamanda etik de değildir. Çünkü işçinin emeğinin karşılığını parasal olarak değerlendirmek hem işçinin onuruna yakışmaz hem de iş hukukunun işçiye verdiği önemi alt üst eder. İşçi ise o güne kadar elde ettiği ve geçimi sağlamış olan tüm ücretleri geri vermek zorunda kalacaktır. Öte yandan işçi ile işveren arasında doğmuş olan kişisel ilişkilerin, özellikle işçiyi gözetim ve sadakat borçlarının geri verilmesi mümkün değildir. O halde, bir kez iş akdinden doğan karşılıklı edimlerin ifası süresine girildikten sonra, dönme hakkının kullanılması olanaksız hale gelir.

Öğretide ifa edilmiş edimlerin, geri verilmesinin olanaksızlığı yanında, adalet duygusu, tarafların menfaati ve uygulama kolaylığı gibi nedenlerle sürekli borç ilişkilerinde, bu arada iş akdinde dönme yerine ileriye dönük(ex nunc) haklı nedenle fesih hakkının tanınmasının yerinde olacağı kabul edilmektedir⁴⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de sürekli borç ilişkilerinde dönmenin uygulanmasının pratik açıdan olanaksız olduğunu ve haklı nedenle fesih hakkının tüm sürekli borç ilişkilerinde uygulanması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁵. Öte yandan Yargıtay'ın 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında da sürekli borç ilişkilerinde feshin ileriye etkili sonuç yaratacağı kabul edilmektedir⁴⁶.

⁴³ Süzek, Askı, s.35.

⁴⁴ Seliçi, Sona Erme, s.49; Serozan, Dönme, s.172vd; Oğuzman, Fesih, ss.48–49; Tekinay ve diğerleri, s.1290, dn.46.

⁴⁵ Seliçi, Sona Erme, s.220, dn.346; Serozan, Dönme, s.172.

⁴⁶ Bu karara göre, “*istisna sözleşmesinin bir türü olan, inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir süre içinde yapılmış olmasından dolayı ve edim borcunun özelliği yüzünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir... Borçlar kanununun 106–108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir... İnşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih, (geriye mi ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır... Olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106–108.maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçların) haklı gösterdiği durumlarda;*

Belirsiz süreli iş akitlerinde işçinin kendisine yüklenemeyen nedenlerle edimini ifa edememesi temerrüt sonucunu yaratacak, ancak bu durumda dönme değil haklı nedenle fesih hakkı kullanılabilir (BK m.344, İşK m.25). Belirsiz süreli iş akitlerinde geçici ifa edememenin sözleşmeyi askıya alıp almayacağını belirlebilmesi için haklı nedenle fesih hakkının daha yakından incelenmesi gerekir.

1.2.3.2.4.Haklı Nedenle Feshin Dayanağı

Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa belirli veya belirsiz süreli iş ahdini derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenlik doğuran haktır. Sürekli borç ilişkileri yaratan iş ahdinde ortaya çıkan bir durum nedeniyle bu ilişkiye devam taraflardan biri için çekilmez hale gelmişse haklı nedenle derhal fesih hakkı ortaya çıkar. Akdi ilişkiye devamın çekilmez hale gelip gelmediğinin ölçütünü ise, objektif iyi niyet yani dürüstlük kuralları oluşturur.

Aynı şekilde, daha önce belirtildiği gibi taraflardan birinin davranışı yüzünden iş ilişkisinde bulunması gereken güven temeli çökerse karşı taraf haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir.

Haklı nedenle fesih hakkının belirttiğimiz hukuki dayanağı Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde ifadesini bulmuştur. Anılan hükme göre, “*muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder*”.

İş Kanunu'nda ise haklı nedenle fesih hakkının hukuki temeli belirtilmemiş ancak taraflara haklı nedenle fesih hakkını tanıyan haller İş Kanunu'nun 24. ve 25.

Medeni Kanununun 2.maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. YİBK, E.198373, K.1984/1, 25.1.1984YKD, Nisan 1984, C.X, S.4, s.501vd.

maddelerinde “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ile “zorlayıcı sebepler” bentleri altında sayılmıştır (DİŞK m.14, BİŞK m.11, 12, TSGLK, m.45).

1.2.3.2.5. İş Akdinin Askıya Alınmasının Hukuki Temeli

Haklı nedenle feshin dayandığı esaslar konusunda yukarıda anlattıklarımız bizi şu sonuca kendiliğinden ulaştırmaktadır. Diğer sürekli borç ilişkileri yaratan sözleşmelerde olduğu gibi, iş akdinde de sözleşmenin her türlü ihlali, haklı nedenle fesih hakkının doğumuna yol açmaz. Çünkü sürekli borç ilişkisi içine giren kişi, devam edip giden bu süreç içinde kaçınılmaz olarak ortaya çıkabilecek bazı zorluk ve engelleri ilişkinin niteliği gereği göze almış olmalıdır. İşçinin iş görme edimini yerine getirmekte temerrüdü ancak taraflar arasındaki güven ilişkilerini çökertir veya bu gecikme nedeniyle artık işverenden akdi ilişkiye devam etmesi dürüstlük kuralları gereği beklenemezse, haklı nedenle fesih hakkı doğar⁴⁷.

İşçinin edimini kendisine yüklenemeyen nedenlerle ifa edememesi halinde ise güven ilişkisinin çöktüğünden söz edilemez. Ancak bu durumdaki işçinin edimini ifada gecikmesi dürüstlük kuralları gereği kabul edilemeyecek kadar uzarsa işveren fesih hakkını elde eder.

Gerçekten işçi kusuruyla temerrüde düşmüşse bu kusurun taraflar arasındaki güven temelini çökertmesi mümkündür. Böyle bir durum ortaya çıkmışsa, işverence iş akdi haklı nedenle derhal feshedilebilecektir⁴⁸. Buna karşılık işçiye yüklenemeyen bir kusursuz temerrüdün ortaya çıkması halinde işverene derhal fesih hakkı tanınması çok ağır bir sonuçtur. Bu hak işverene, gecikme ancak çekilmez hal alırsa tanınmalıdır. Diğer bir deyişle, dönmeden farklı olarak sözleşmeyi sona erdirebilmek için borçlunun (kusursuz) temerrüde düşmesi yeterli olmayacak, ayrıca sözleşmeye devamın alacaklı için sürekli ve çekilmez hale gelmesi de gerekecektir.

⁴⁷ Seliçi, Sona Erme, ss.202, 219–221.

⁴⁸ Tandoğan, s.406; Oğuzman, Fesih, ss.48–49; Serozan, Dönme, s.293; Seliçi, Sona Erme, s.214, dn.337.

O halde, belirsiz süreli iş akitlerinde, kendisine yüklenemeyen bir nedenle edimini geçici olarak ifa edemeyen ve temerrüde düşen işçiye karşı işveren iş akdini derhal feshedemeyecek, objektif iyi niyet kurallarının zorunlu kıldığı bir süre kadar beklemesi gerekecektir. Mevcut düzenlemeler bu düşünce dikkate alınarak belirlenmiştir. İşçi iş görme edimini ifa edemediğine, diğer bir deyimle sürekli borcunu ifa etmekten geçici olarak kurtulduğuna, işveren de buna karşılık iş akdini feshedemediğine göre bu süre boyunca edimin ifası, ifayı talep ve fesih hakkı ertelenmiş olacak, bir başka deyimle iş akdi askıya alınacaktır.

Esasen belirli süreli iş akitlerinde geçici ifa imkânsızlığının bu sözleşmelerin niteliği gereği temerrüt sonucu yaratmayacağı, bu durumun askı halini yarattığını yukarıda görmüştük. Görüldüğü gibi aynı sonuca belirsiz süreli iş akitlerinde, işçinin iş görme ediminde “kusursuz temerrüde” düşmesi halinde de ulaşılabilir. Diğer bir söyleyişle, iş görme ediminin yerine getirilmemesine temerrüt sonucu bağlanması sürekli borç ilişkilerinde akdin askıya alınmasına engel olmaz. Bizim hukuk sistemimizde “objektif temerrüt”ün kabul edilmesi nedeniyle edimini ifa edemeyen kusursuz işçi de belirsiz süreli iş akitlerinde temerrüde düşmüş olacaktır. Ancak ani edimli sözleşmelerde “dönme” olanağının bulunmasına karşın, sürekli borç ilişkileri yaratan sözleşmelerde bunun yerini “haklı nedenle feshin” alması sonucunda belirli koşullarda iş akdi askıya alınmış olacaktır. Çünkü haklı nedenle fesih kurumunun niteliği gereği, fesih hakkı, taraflar arasındaki güven temelini çökmesi ya da akdi ilişkiye devamın beklenemez hale gelmesi sonucunda doğar. Başka bir deyişle, haklı nedenle fesih hakkı işçinin kusursuz temerrüde düştüğü anda (veya kendisine tanınan bir mehil sonunda) değil ancak objektif iyi niyet kuralları gereği beklenmesi gereken sürenin sonunda doğmuş olacaktır. Zira İş Kanunu’nun 24 ve 25. maddelerinde öngörülen haklı nedenle fesih nedenleri bu düşünceler göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, belirsiz süreli iş akitlerinde hukukumuzda objektif temerrüdün kabul edilmesi ve edimin sonradan telafi edilmesi olanağının bulunması nedeniyle kusursuz işçi temerrüde düşer. Ancak bu durumda kendisine yüklenemeyen nedenlerle geçici bir süre için borcunu yerine getiremeyen işçinin iş

görme borcu beklenir, işveren iş akdini belirli bir süre feshedemez. Başka bir deyimle iş akdi askıya alınmış olur.

O halde belirli süreli iş akitlerinde geçici ifa imkânsızlığı temerrüt sonucu yaratmamakta, sözleşme askıya alınmaktadır. Belirsiz süreli iş akitlerinde ise bu durum işçiyi temerrüde düşürmekte, ancak sürekli borç ilişkilerinin ve haklı nedenle fesih kurumunun özellikleri gereği iş akdi yine askıya alınmış olmaktadır. Başka bir deyişle, geçici ifa imkânsızlığı her iki halde de askı durumunu yaratmaktadır.

Gerek belirli gerekse belirsiz süreli iş akitlerinde, işçiye yüklenemeyen nedenlerle geçici olarak iş görme ediminin ifa edilmemesi sonucunda askıya alınan sözleşme, akdi ilişkiye devam artık çekilmez hale gelinceye kadar başka bir söylemle haklı nedenle fesih şartları oluşmadıkça işverence feshedilemeyecektir.

Aynı şekilde, işverenler de ifayı geçici olarak kabul imkânsızlığı içine düşerlerse askı durumu ortaya çıkar. Başka bir deyişle, işverenler işçi tarafından sunulan iş görme edimini kendilerine yüklenemeyen nedenlerle geçici olarak kabul edemezlerse iş akdi askıya alınmış olur.

1.2.4. Askıya Alınma Teorisinin Uygulama Alanına Geçirilmesi

İş akdinin askıya alındığı haller, bunların süresi, hüküm ve sonuçları yasa koyucular tarafından iş mevzuatında genel bir hükme bağlanmamıştır. Bununla birlikte belirli hallerde, iş akdinin askıya alınması toplu iş sözleşmeleri ve iş akitleriyle düzenlenmektedir. Başka bir deyişle, yasada henüz öngörülmemiş hallerde de iş akdinin askıya alındığı veya mevzuatta belirtilen askı süresinin uzatıldığı ya da askıya alınmaya yasal hüküm ve sonuçlardan farklı hukuki sonuçların bağlandığı - taraflar arasında geçerli olarak işçi lehine- kararlaştırılabilir.

İş yasasında askı konusunda genel geçer bir düzenleme bulunmadığından; belirli koşulların bir araya gelmesi halinde akdin askıya alınmış sayılıp sayılmayacağı hususunun tartışılması doktrine bırakılmıştır

Süzek'e göre⁴⁹, iş akdinin askıya alınmasının koşulları oluştuğunda, askı hali kendiliğinden oluşacaktır⁵⁰. İş akdinin askıya alınması, yasa koyucunun veya tarafların toplu sözleşme ile özel olarak öngördükleri hallere münhasır bir hukuki durum değil, bilakis tutarlı bir teorik temele dayalı, belirli koşulların gerçekleşmesiyle kendiliğinden oluşan bir hukuki kurumdur⁵¹. O halde askı, iş ilişkilerinde yasa koyucu veya taraflarca öngörülmeleyen durumlarda da her zaman uygulanabilecek bir teori niteliği taşır. Edim borçlusunu, belirli koşullarda edimini yerine getirmediği takdirde hiçbir sorumluluk altına girmeksizin, sözleşmenin askıya alındığını ileri sürebilecektir. Yargıç, iş akdinin askıya alındığı iddiasıyla karşı karşıya kaldığı anda, yasadaki bu yönde bir düzenleme yer almasa da askıya alınmanın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak, bu koşulların varlığını saptarsa sözleşmenin askıya alındığına hükmedecektir. Özellikle işçi-işveren ilişkilerinin kendine özgü dinamik yapısı ve gelişimi, henüz yasadaki öngörülmeleyen askı hallerini ortaya çıkmasına oldukça elverişlidir.

Gerçekten, sözleşmenin askıya alınması, aralarında sürekli borç ilişkisi yaratan tarafların ortak iradesine uygun bir durumdur. Çünkü taraflar, sürekli borç ilişkileri yaratan bir sözleşme yapmakla karşılıklarına çıkan ilk engelde onu ortadan kaldırmayı değil, sürdürmeyi amaçlarlar. Askının işlevi de tarafların temeldeki iradelerine uygun olarak bu sürekliliğin ve taraflar arasındaki iyi ilişkilerin devamının sağlanmasıdır. İfa imkânsızlığı içine düşen borçlu borcunu yadsımamakta, ondan kurtulmayı amaçlamamakta, sadece engelin geçici niteliğini ileri sürerek, onu ileride daha iyi bir şekilde ifa edebilmek amacıyla bir süre için edim borcundan kurtarılmasını talep etmektedir. Aslında, belirli koşullarda sözleşmenin askıya alınmasını istemek, tarafların sözleşmeyi sürdürmek yönündeki ortak iradesine bir saygının göstergesidir. Ancak askıya alınma karşı taraf için çekilmez ve artık sözleşmenin devamının beklenemez bir hale gelmesi durumunda, yani yasadaki

⁴⁹ Süzek, Askı, s.41 vd.

⁵⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, B.3, Ankara, 2008, s.565, Mollamahmutoğlu'na göre, "Koşulları oluştuğunda askı halinin kendiliğinden ortaya çıkması, askı teorisinin gereği olarak görünse de, sözleşmenin, bazı hallerde askıda olduğu yönündeki kabulün orijininde, kanun, toplu iş sözleşmesi ve yargısal içtihat bulunmaktadır. Bununla birlikte koşulları oluştuğunda, askı halinin kendiliğinden oluşacağı görüşü, iş güvencesi açısından askıyı, elverişli bir enstürmana dönüştüreceği kuşkusuzdur".

⁵¹ Benzer görüş, Süzek, Askı, s.42, dn.74.

düzenlenen haklı nedenle fesih şartların oluşması halinde sözleşmeye son verme olanağı yaratmaktadır. Bu itibarla kanımızca iş sözleşmelerinin askıya alınması, çoğu zaman sözleşmenin devamı ile sona ermesi arasındaki bir süreci yansıtmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi askıya alınma kurumunun en büyük fonksiyonu sözleşmelerin devamını sağlamak olduğundan, asıl fonksiyon; sona ermeyi geciktirme değil sözleşmeyi olduğu gibi aynen devam ettirmedir.

Görüldüğü gibi, askıya alınma yasa koyucunun bir ürünü olmaktan çok, aralarında sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşme yapan tarafların temelde ortaya koydukları ortak iradenin bir yansımasıdır. O nedenle yasa koyucunun müdahalesinden bağımsız olarak da koşullar gerçekleştiğinde iş akdinin askıya alınması gerekir.

Sürekli borç ilişkileri doğuran sözleşmeler kuran tarafların, varsayılan ortak iradelerinin doğurduğu bu sonuca iş hukukunun temel ilke ve özellikleri açısından da ulaşmak mümkündür. İşçinin iş ilişkisinin devamlılığı, diğer bir deyişle iş güvencesinin korunması, çağdaş iş hukukunun en temel amaçlarından birisini oluşturmaktadır. Modern iş hukuku, iş ilişkisinin taraflarını eşit kabul eden anlayıştan giderek uzaklaşarak, bünyesi gereği dayanıksız bir hukuki ilişki yaratan iş akdinin herhangi bir nedenle sona erme riskine karşı işçiyi koruma altına almaktadır⁵². Öte yandan iş hukukunun temel niteliklerinden birisi de işçinin korunması amacıdır. O halde, işçinin iş görme edimini kendisine yüklenemeyen bir nedenle geçici olarak ifa edememesi halinde, yasada bu durumu karşılayan ve düzenleyen bir hüküm yoksa bu boşluğun işçinin korunması ve iş güvencesinin sağlanması ilkelerine uygun olarak sözleşmenin askıya alınması suretiyle doldurulması uygun olur. Kuşkusuz boşluğun doldurulmasında iş akdinin askıya alınmasını düzenleyen iş mevzuatı kurallarından örnekseme yoluyla yararlanılmalıdır.

⁵² Süzek, Askı, s.42.

İş akdinin askıya alınması teorisi, sadece henüz yasada öngörülmemiş askı hallerinin uygulama alanına geçirilmesinde değil, aynı zamanda yasada öngörülmesine karşın, hüküm ve sonuçları hiç düzenlenmemiş ya da eksik düzenlenmiş boşlukların doldurulması işlevini de yerine getirir. Aşağıda inceleyeceğimiz, iş akdinin askıya alınmasının genel hüküm ve sonuçları, yasada boşluk bulunan hallerde de uygulanacaktır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, yasa koyucu tarafından bir süre öngörülmediği hallerde, askıya alınmanın ne kadar devam edeceğidir. Daha sonra görüleceği gibi, bazı durumlarda geçici ifa imkânsızlığı nedeniyle askı süresi, yani işverenin işçinin iş görme edimini yerine getirmesini ne kadar süre beklemesi gerekeceği iş yasalarında açıkça belirtilmiştir. Bunun haricinde ifa imkânsızlığı işçinin kendisine yüklenemeyen nedenlerle ortaya çıktığına ve bu durum da geçici olduğuna göre, kural, ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar sözleşmenin askıya alınmasıdır⁵³. Ancak, askıya alınmanın koşulları gerçekleştiğinde, işverenin her durumda ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar bekletilmesi hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle askı döneminin sınırını, öncelikle kanun maddeleri daha sonra da objektif iyi niyet kuralları oluşturur. İş ilişkisine devam eden işveren açısından, söz konusu durum dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale gelirse haklı nedenle fesih hakkı doğar⁵⁴.

⁵³ Dural, s.107; Centel, s.240; Seliçi, Sona Erme, s.99.

⁵⁴ Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; "...Mevsimlik işlerin görüldüğü iş yerlerinde faaliyetin azaldığı ya da tamamen durduğu dönemlerde bir kısım işçilerin iş sözleşmeleri askıya alınmakta işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu dışındaki iş ilişkisi devam etmektedir. Öğretide de iş sözleşmesinde geçici ve isnat edilemeyen bir ifa engelinin ortaya çıkması nedenine bağlı olarak askı durumunun ortaya çıkabileceği ve askı süresinin ifa engelinin ortadan kalktığı zamana kadar geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Esasen ifa engelinin ortadan kalkması askı süresinin azami haddini oluşturacağı, varsayılabilir dahi tarafların bu süre içinde askı halini ortadan kaldırmalarını, iş görme ve ödeme unsurlarının aktif haline getirmeleri mümkündür. Yeni çalışma mevsiminin başlamasına rağmen iş sözleşmesinin askı halinin devamı yönünde işçi ile işveren açık veya örtülü bir anlaşmayı yapmalarına yasal bir engel bulunmamaktadır.

Dava konusunda 50.000'e yakın işçinin durumu söz konusudur. Yukarıda açıklandığı gibi sayısı belirlenemeyen iş yeri vardır. Birlikçilerin tespit ettiği gibi bazı iş yerlerinde beş yıl ara verdikten sonra işbaşı yaptırılan mevsimlik işçiler mevcut olduğu gibi 20 yıl önce hizmet akdi askıya alındığı halde işbaşı yaptırılmayan ve sendika üyeliği devam eden işçiler mevcuttur. Tüm bu verilen ve bundan sonra gelecek bu tür davalarda uygulanmak üzere bir ölçüt konulması zorunluluğu vardır. Bu ölçütün konulmasında açık ve örtülü askı süresinin uzatılması, objektif iyi niyet kuralları, daha önce dairemizde hizmet akdi ile ilgili kıstaslar ve Alman Federal Mahkemesinin uygulamaları göz önünde bulundurulurken, tarafların açık rızaları ile uygulanan askı süresinden sonra iki askı süresi daha geçtikten sonra toplam üç askı süresi sonunda işçi işbaşı yaptırılmamış ise üçüncü askı süresinin

Haklı nedenle veya geçerli nedenle fesih hakkının doğduğunu ispat yükü, sözleşmeye devamın kendisi için katlanılmaz hale geldiğini iddia eden işverene düşer⁵⁵.

Haklı nedenle fesih hakkı doğmuş bulunmasına veya yasada öngörülmüş bulunan askı süresinin dolmasına rağmen işveren fesih hakkını kullanmayabilir. Bu durumda iş akdi, ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar askıda kalmaya devam eder.

İş mevzuatında iş akdinin askıya alınması, askı süresi ve askının diğer hüküm ve sonuçları hakkında birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bütün bu düzenlemeler askıya alınma teorisinin daha özel alanda uygulanmasının kurallarını oluşturur. Kuşkusuz bu durumda getirilmiş yasal düzenlemelere uymak gerekir. İş mevzuatımızda da iş akdinin askıya alınmasına ilişkin kurallar yer almıştır(BK m.328, 344; İşK m.24/III, 25/I,3, 25/III,31, 40, 46/3, b, DİK m.14/III, BİK 16, 17, TSGLK 43,44). Mevzuatta boşluk bulunan hallerde, bu boşluk askıya alınma teorisine uygun olarak doldurulur.

Öte yandan, iş mevzuatında yer alan askıya ilişkin düzenlemeler, olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından her zaman değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Yürürlükteki iş mevzuatında bulunan askıya ilişkin kurallar, askı teorisi bakımından, mevzuata eleştirel bir yaklaşımı zorunlu kılar. Böylece yürürlükteki hükümlerin ne ölçüde teori ile tutarlılık gösterdiği ve dayanağı olan iş güvencesi ilkesine uygun düştüğü saptanmış olur.

sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan veya açık anlaşma ile askı süresi uzatılmayan işçinin askı süresinin ve hizmet akdinin sona erdiğinin kabulü gerekir. Daire çoğunluğumuzun vardığı bu sonuç bu tür benzer davalarda uygulanması yönünden doğru bulunmuştur” Y. 9HD, 2006/21611E, 2006/22886K, 15.09.2006.t.

⁵⁵ “...feshin haklı olduğunu iddia eden taraf, yasaya uygun bir biçimde fesih nedeninin doğmuş olduğunu ispatla yükümlüdür”, Y.9HD, E. 26886, K.15182, 28.02.1972.t

1.3.İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ KOŞULLARI

1.3.1.İfanın İmkânsız Olması

1.3.1.1.Maddi İfa İmkânsızlığı

Genel hükümlere göre; sözleşmelerin askıya alınmasının koşullarını incelerken borçluya yüklenemeyen nedenlerle geçici bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkmış bulunması gerektiğini belirtmiştik. Genel olarak sözleşmelerin askıya alınabilmesi için şu koşulların bir araya gelmesi gerekiyordu:

- Bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkmış bulunması
- İmkânsızlığın geçici bulunması
- İmkânsızlığın borçluya yüklenememesi
- İfa zamanının esaslı olmaması

İş akdinin askıya alınmasında da bu koşulların aynen geçerli olup olmayacağı yahut iş hukukunun özelliklerinden kaynaklanan bazı değişimlere uğrayıp uğramayacağı incelenmesi gereken bir konudur.

İş akdinin askıya alınması için her şeyden önce bir ifa (ifayı kabul) imkânsızlığının ortaya çıkmış bulunması gerekir. Belirli engeller, işçinin iş görme edimini yerine getirmesini veya işverenin bu edimi kabul etmesini imkânsız hale getirmelidir. Borçluya yüklenemeyen nedenlerle bir ifa imkânsızlığı ortaya çıktığında yukarıda görüldüğü gibi bu durum temerrüt sonucunu da yaratabilmektedir. Ancak temerrüt sonucu yaratsın ya da yaratmasın sürekli borç ilişkileri doğuran iş akitlerinde sözleşmenin askıya alınması durumu ortaya çıktığından ifa imkânsızlığı terimini her iki durumu da kapsar şekilde anlaşılmalıdır.

İşçinin iradesi dışında gelişen bazı ifa engelleri, iş görme borcunun yerine getirilmesinde maddi imkânsızlık yaratabilir. Gerçekten işçinin hastalanması, iş kazasına uğraması, gebe kalması veya doğum yapması, yasadan doğan zorunlu herhangi bir askeri veya kamusal ödevi yerine getirmesi, doğal afetler, kanuni yasaklar, bazı kurullara geçici olarak katılma zorunluluğu veya tutuklanma gibi engeller maddi ifa imkânsızlığı yaratırlar.

Buna karşılık doğal afetler, yasama ve yürütme organınca konulan ithalat ve ham madde yasakları gibi nedenler işverenin, işçinin iş görme edimini kabul etmesini imkânsız hale getirir. Süzek'e göre, işverenin ifayı kabul imkânsızlığı içinde bulunduğu sonucuna varılabilmesi için mutlaka engellerin teknik anlamda bir "zorlayıcı neden" biçiminde ortaya çıkması gerekmez. Her türlü zorlayıcı neden yanında, gösterilen tüm çabalara karşın ifayı kabul imkânsızlığının aşılmasının mutlak olarak mümkün olmadığı diğer hallerde de bu koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır⁵⁶.

İş akdinin askıya alınması teorisi açısından varılan bu sonucu, yürürlükteki hukukumuz açısından savunmak mümkün değildir. Çünkü doktrindeki baskın görüşe göre; İş Kanunu'nun 24/III. bendinde sözleşmenin askıya alınması sadece zorlayıcı nedenlerin varlığına dayandırılmıştır⁵⁷. Bu nedenle, örneğin bir zorlayıcı neden sayılamayacak makinelerde meydana gelen teknik arızalar ve onarım nedeniyle⁵⁸ iş yerinde çalışma yapılamazsa iş akdi askıya alınamayacaktır.

Buna karşılık yine teorik açıdan işverenin ekonomik güçlükler nedeniyle işçilerin iş görme edimini geçici olarak kabul edememesi, iş akdinin askıya alınması sonucunu doğuracak bir ifayı kabul imkânsızlığı niteliği taşımaz. Örneğin ekonomik konjektürün iyi gitmemesi, satışların durması, stok fazlalığının ortaya çıkması gibi nedenlerle işveren işçilerin iş görme edimlerini geçici olarak kabul edemeyeceğini neden göstererek sözleşmenin askıya alındığını ileri süremez. Bu nedenle Fransız ve

⁵⁶ Süzek, Askı, s.46, dn.3.

⁵⁷ Centel, ss.253–254; Çelik, Dersler, ss.175–176; Ekonomi, Ferdi, s.202; Kenan Tunçomağ, **İş Hukuku**, C.I, B.4, İstanbul 1986, s.378; Esener, İş Hukuku, s.240; Narmanlıoğlu, Ferdi, s.298.

⁵⁸ Aynı yönde, Ekonomi, Ferdi, s.202; aksi görüş, Çelik, Dersler, s.175.

Alman Hukukunda ekonomik nedenle geçici olarak işçileri çalıştırmamaya ilişkin uygulamalar işverenin sözleşmeyi ihlali olarak değerlendirilmektedir. Ancak tarafların karşılıklı rızası halinde sözleşmeye dayanan bir askı hali ortaya çıkmaktadır.

Hukukumuzda da işverenin ifayı geçici kabul imkânsızlığı İşK'nun m.24/III ile zorunlu nedenlerin varlığına bağlandığından bu durumda sözleşmenin yasal olarak askıya alınmayacağı kuşkusuzdur. İşverenlerin ekonomik nedenlerle iş akdini askıya alabilmeleri, işçilerin geçici olarak ücretsiz izinli sayılması, zorunlu tatil gibi uygulamalar ancak işçilerin bunu kabul etmesiyle diğer deyimle bu konuda taraflar arasında açık veya zımni bir sözleşmenin oluşmasıyla mümkündür. Aksi takdirde, işçiler iş görme edimlerini kabul etmeyen işverenden BK m.325 uyarınca ücretlerini talep edebilecekleri gibi, iş akdini haklı nedenle fesih yoluna da gidebilirler.

Görüldüğü gibi, iş akdinin devamı süreci içinde tarafların iradesi dışında ortaya çıkan bazı engeller tarafların sözleşmeden doğan borçlarını ifa edebilmesini imkânsız hale getirmektedir. Maddi imkânsızlık yaratan bu ifa engellerinin varlığı genel hükümlere göre de sözleşmenin askıya alınmasının ilk koşulunu oluşturur. Ne var ki işçi-işveren ilişkilerinin özellikleri, iş akdinin askıya alınmasında sadece maddi ifa imkânsızlığı ölçütü ile yetinilmesine elverişli bulunmamaktadır. Genel hükümlere özgü bu ölçütle yetinilmesi halinde, iş hukukunun amaçlarına aykırı olarak birçok durumun askıya alınma dışında tutulması gerekecektir.

Gerçekten, iş akdinin askıya alınmasında sadece işçinin iradesi dışında ortaya çıkan engellerin maddi ifa imkânsızlığı yaratması göz önünde tutulursa, örneğin greve katılmama özgürlüğüne sahip olduğu için iş görme edimini yerine getirmesi imkânsız olmayan ve iradesi ile greve katılan işçinin iş akdi teorik açıdan askıya alınmayacaktır. Bunun gibi işçilerin iradeleriyle seçimlere katılmak suretiyle, sendikalarda veya yasama meclisi, belediye meclisi gibi kamusal görevlerde yer almalarının birçok ülkede askı durumu yaratmasının teorik açıklaması mümkün olmaz. Ayrıca iradi bir nitelik taşıyan gebeliğin, sözleşmeyi askıya alıp almayacağı tartışmasının gündeme getirilmesi mümkün hale gelir. Öte yandan evlilik, bir yakının

ölümü, hastalığı gibi ailevi nedenler dolayısıyla iş görme ediminin ifa edilememesi de askı durumunu yaratmayacaktır. Çünkü bu gibi durumlarda işçinin çalışması imkânsız değildir. Hatta bazı yazarlara göre, ücretli izinlerde de iş akdinin askıya alındığı kabul edilmektedir⁵⁹. Maddi ifa imkânsızlık ölçütüne bu şekilde katı bir biçimde bağlanırsa bu gibi hallerde askı durumundan söz edilemeyecektir. Bununla beraber, ücretli izinlerin kullanılması genellikle yasal zorunluluk olduğundan bu niteliği taşıdıkları oranda geçici ifa imkânsızlığı yaratırlar. Aksi yöndeki örnekleri daha da çoğaltmak mümkündür. Bu durumda, sözleşmelerin askıya alınması konusunda genel hükümlerin sunmuş olduğu ifa imkânsızlığı ölçütü, iş ilişkilerinde yeterli olmaktan uzaktır.

1.3.1.2.Genel Hükümlerin İş Hukukunda Rehabilitasyonu ve Beklenilmezlik Ölçütü

İş hukuku her ne kadar kendine özgü kurumları ve yorum yöntemleri ile bağımsız bir hukuk dalı niteliği kazanmakta ise de iş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hükümlere başvurulması gerektiğini belirtmiştik. İş akdinin askıya alınmasının teorik temelini ve koşullarının belirlenmesinde sözleşme hukukunun genel kurallarına başvurma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Kuşkusuz iş hukuku gelecekte kendi amaçları doğrultusunda daha eksiksiz ilke ve kuralları oluşturacaktır⁶⁰. Ne var ki o gün gelinceye kadar medeni hukuk tekniklerinden belirli ölçüde yararlanmaya devam edilecektir.

Medeni hukuk, uzun bir zaman süreci içinde yerleşmiş, bu nedenle de nispi olarak katı kavram ve kurallara sahip bir hukuk disiplindir. Genç bir hukuk dalı olan iş hukuku ise daha faydacı bir nitelik taşır. Bu özellik değişen gerçeklere daha kolay uyulanabilmek gibi bir üstünlük sağlasa da arayış içindeki bu hukuk dalını belirli durumlarda gerekli tutarlılıktan yoksun bırakabilir. İşte iş hukuku gelişmesini tamamlayınca kadar, boşlukların doldurulmasında medeni hukuk tekniklerine

⁵⁹ Yamaguchi, ss.75–77; aktaran, Süzek, Askı, s.48, dn.7.

⁶⁰ Süzek, Askı, s.48.

başvurulması bu hukuk dalına “asgari bir teknik tutarlılık” sağlar⁶¹. Ancak bu asgari teknik tutarlılığın, bazı durumlarda iş hukukunun özü ve temel ilkeleri ile uyum içinde olmaması mümkündür. Başka bir deyimle, genel hükümlerde varılacak sonuçların, iş hukukunun gerekleri açısından doyurucu çözümlere ulaştırmaması ihtimali vardır. Böyle bir durumda iş mevzuatında bulunan boşluğun, genel hükümlerde var olan kuralla doldurulması mümkün olmayacak, gerçek olmayan yasa boşluğunun yargıcın hukuk yaratması yoluyla doldurulması gerekecektir.

Süzek'e göre; iş akdinin askıya alınmasında ifa engeli olarak sadece, maddi ifa imkânsızlığı ölçütü ile yetinilmesi de böyle bir hukuki durum yaratır zira iş akdinin askıya alınmasını çok katı bir maddi ifa imkânsızlığı ölçütüne bağlı kılmak iş ilişkilerinin niteliğine uygun düşmez⁶². Çünkü işçi-işveren ilişkilerinin özellikleri, iş akdinin askıya alınmasında sadece maddi ifa imkânsızlığı ölçütü ile yetinilmesine elverişli bulunmamaktadır. Genel hükümlere özgü bu ölçüt, iş akdinin askıya alınmasının uygulama alanını daraltmakta, işçilerin korunması ve iş güvencesinin sağlanması amacına ters düşmektedir. 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 değildir. Öte yandan, evlilik, bir yakının ölümü, hastalığı gibi ailevi nedenlerle iş görme ediminin ifa edilmesi de askı durumu yaratmayacaktır. Çünkü bu gibi durumlarda işçinin çalışması maddi açıdan imkânsız değildir⁶³. Oysaki iş hukukunun her şeyden önce işçilerin korunması hukuku olduğu ve bu ilkenin işçi lehine yorum zorunluluğu getirdiği gerek öğreti gerekse yerleşmiş yargı kararlarıyla benimsenmiştir.

Öte yandan işçinin iş ilişkisinin devamlılığı, diğer bir deyimle iş güvencesinin sağlanması, iş hukukunun en temel amaçlarından birisini oluşturur. Modern iş hukuku, iş ilişkisinin taraflarını eşit kabul eden anlayıştan giderek uzaklaşarak, bünyesi gereği dayanıksız bir hukuki ilişki yaratan iş akdinin herhangi bir nedenle sona ermesi riskine karşı işçiyi koruma altına almaktadır. İş akdinin askıya alınması,

⁶¹ Süzek, Askı, s.49, dn.10.

⁶² Süzek, Askı, s.49; Sarper Süzek, **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, B.4, İstanbul 2008, s.379.

⁶³ Süzek, B.4, s.380.

işveren değişikliğinde işin sürekliliğinin sağlanması ve işverenin fesih bildirim hakkının sınırlandırılması gibi yöntemlerin yanında işçilere iş güvencesi sağlanmasının bir diğer hukuki aracını oluşturur.

Geleneksel medeni hukuk araçlarının işçi-işveren ilişkilerini açıklamakta ve çözümlenmekte yetersiz kalabileceğini göz önünde tutan Fransız iş hukuku öğretisinde, *medeni hukukun rehabilitasyonu* olarak adlandırılan bir görüş ileri sürülmektedir⁶⁴. Bu görüşe göre, medeni hukuk kurallarının iş hukukunda uygulanıp uygulanmayacağından değil, genel hükümlerin iş hukuku içinde yeniden tanımlanmasından söz etmek daha doğru olacaktır. Medeni hukuk kavramları iş hukuku ile temasa geçince bu hukukun özelliklerine uygun dönüşümlere uğrayacak, yeniden şekillenecektir.

Salt medeni hukuk yaklaşımı, iş akdinin askıya alınmasının iş ilişkilerinin niteliğinden kaynaklanan sorunlara yabancı kalacak, amaca uygun çözümler getirmeyecektir. Bu nedenle iş akdinin askıya alınması konusunda aynı hukuki süreç işlemeli, sözleşme hukukunun ilke ve kavramları işçi-işveren ilişkilerinin niteliğine uygun dönüşümlere uğramalıdır.

O halde, ortaya çıkan gerçek olmayan yasa boşluğunun doldurulmasında, sözleşme hukukunun bize sunduğu maddi ifa imkânsızlığı kavramının, iş hukukunun yukarıda belirtilen temel prensiplerine uygun olarak “rehabilitate” edilmesi zorunludur. İşçinin korunması ve iş güvencesi ilkelerine uygun olarak, iş akdinin askıya alınmasının uygulama alanını, işçiler lehine kabul edilen bu ölçüt ile genişletmek gerekmektedir. Başka bir söyleyişle, yargıç tarafından boşluk doldurulurken mümkün olduğu kadar iş akdini sona erdiren değil onun devamlılığını sağlayan bir ölçütün tercih edilmesi yoluna gidilmelidir. Bu durumda, mümkün olduğu ölçüde iş ilişkilerinin yaratacağı tüm muhtemel askıya alınma hallerini kapsayıcı nitelikte bir ölçütün getirilmesi gerekir.

⁶⁴ Süzek, Askı, s.50.

Süzek'e göre, içinde bulunduğu koşullarda işçiden iş görme ediminin beklenemez olması, askıya alınmanın en genel ölçütünü oluşturmaktadır⁶⁵. Eğer, maddi anlamda bir imkânsızlık bulunmamasına karşın objektif iyi niyet kuralları gereği işçiden edimini ifa etmesi beklenemez ise askıya alınmanın ilk koşulu gerçekleşmiş sayılmalıdır. Başka bir deyişle, ifanın sadece imkânsız bulunması halinde değil, işçinin çalışması mümkün ancak beklenilmez olduğu hallerde de iş akdi askıya alınır.

Öğretide, “imkânsızlık” yerine ikamesi savunulan “beklenemezlik” kavramı ile iş hukukunda askıya alınma, daha geniş bir kapsama sahip kılınabilecek teorik bir tabana oturtulmuş olmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere; “beklenilmezlik” kavramının, işçi açısından tek yönlü olarak düşünülmesi, objektif iyi niyet kurallarına göre iş güvencesi kaygısıyla açıklanmaktadır⁶⁶.

İş akdinin askıya alınmasında imkânsızlık kavramı geniş tutulmakta, sadece maddi imkânsızlık hali değil objektif iyi niyet kuralları gereği işçiden edimini ifa etmesinin beklenemeyeceği diğer haller de imkânsızlık kavramı içine alınmaktadır⁶⁷.

Gerçekten beklenilmezlik, iş güvencesini sağlayacak nitelikte geniş bir ölçüt aynı zamanda iş ilişkilerinde ortaya çıkabilecek birçok sorunda, askıyı sağlamak suretiyle, çözüm getirebilecek niteliktedir. Öte yandan askıya alınmanın objektif iyi niyet kurallarına bağlanması, beklenilmezliğin takdirinde yargıca objektif bir ölçü sağlamaktadır.

Belirtelim ki, genel hükümlerden iş hukukuna geçişte ortaya çıkan bu hukuki dönüşüm, sadece işçilerin edimlerini ifa etmeleri açısından söz konusudur. Çünkü bu dönüşümün gerekçesi, işçilerin iş güvencesinin sağlanmasıdır. İşverenlerin ifayı kabul edememelerinde ise; iş akdinin askıya alınabilmesi için “beklenilmezlik” değil sadece “imkânsızlık” ölçütüne başvurulmalıdır. O halde işverenin, işçinin edimini

⁶⁵ Süzek, Askı s.51.

⁶⁶ Mollamahmutoğlu, B.3, s.565.

⁶⁷ Süzek, Askı, s.51.

kabulü açısından bir imkânsızlık ortaya çıkmamış, sadece beklenilmezlik söz konusu ise, iş akdi askıya alınmış olmayacak ve işçi derhal fesih hakkını elde edecek ya da kendisi için daha faydacı bir çözüm olan çalışma koşullarının aynen uygulanmasını isteyebilecektir⁶⁸.

1.3.1.3. Manevi İfa İmkânsızlığı

Çalışma ilişkileri içinde bazı durumlarda işçinin çalışması imkânsız değildir, ama kendisinden iş görme edimini yerine getirmesi beklenemez. Bu durum işçinin kişisel özellikle ailevi nedenlerle işe gelmemesi halinde ortaya çıkar. Gerçekten, işçinin örneğin evlenmesi, çocuğunun doğumu veya ölümü gibi hallerde maddi bir ifa imkânsızlığı içinde bulunduğu söylenemez, böyle durumlarda imkânsızlık daha ziyade manevidir. Yukarıda koyduğumuz ölçüte uygun olarak olayın özelliğine göre; işçinin maddi çalışma imkânsızlığı içinde bulunmamasına karşın, kişisel veya manevi nedenlerle iş görme edimini yerine getirmesi objektif iyi niyet kuralları gereği kendisinden beklenemeyecek ise iş akdi bu süre boyunca askıya alınır. Zaten bu durumların hemen hemen hepsi yasada özel olarak düzenlenmiş ve bu durumlarda işçi lehine bir takım izinler getirilmiştir. Bunların hepsini geniş anlamda askı kavramı içinde değerlendirmek mümkündür.

Hukukumuzda, kişisel ve ailevi nedenlerle iş görememesini düzenleyen genel bir kural yoktur. Ancak İş Kanunu'nun 46.maddesinin 3/b fıkrası ile evlenmeler ve yakınların ölümü bakımından yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu maddeye göre “...Evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri...” nin hafta tatiline hak kazanmada çalışılmış günler gibi hesaba katılacağı öngörülmüştür. Her ne kadar bu hükmün sadece çalışılmış gibi sayılan halleri düzenlemeyi amaçladığı ileri sürülebilirse de, Süzek'e göre, bu hükümde aynı zamanda belirli hallerde işveren tarafından işçiye ücretsiz izin verme zorunluluğu getirildiğini de kabul etmek gerekir.

⁶⁸ Süzek, Askı, s.51; Mollamahmutoğlu, B.3, s.565; Süzek, B.4, s.381; Selin İstanbulluoğlu, **İş Akdinin Askıda Bulunduğu Haller**, Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.4, S.15, 2007, s.947.

Çünkü 46. madde de açıkça “verilmesi gereken izin süreleri”den bahsedilmiştir. Yazara göre; eğer yasa koyucunun amacı, bunu sadece haftanın çalışılan günleri arasında saymak olsaydı, maddenin c fıkrasında olduğu gibi “işveren tarafından verilen” izinler biçiminde bir ifade kullanırdı. Daha da önemlisi, bunlar yasa zoruyla değil de, işveren tarafından tek taraflı veya tarafların anlaşmasıyla verilen izinlerden olsaydı, maddenin b fıkrasında ayrıca belirtilmesine gerek duyulmaz, c fıkrasında işveren tarafından verilen diğer izinler arasında düşünülmesi gerekirdi. Bu nedenle evlenme veya ilgili fıkra da sayılan yakınların ölümü halinde işçinin talebi üzerine bu izinlerin verilmesi zorunludur. Bu izinler işçi için yasal bir hak oluşturur⁶⁹.

O halde, hukukumuzda evlenmeler ve yakınların ölümü halinde üç güne kadar yasal bir askı süresi kabul edilmiştir. Ancak yasada bu yönde bir hüküm öngörülmediğinden askı süresi için işçi, ücret talep edemeyecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu izinler kanun tarafından işçiye tanınan izin olarak düzenlenmiş, madde başlığında bunun iş akdinin askıya alınan hallerden olduğundan bahsedilmemiştir. Ancak yukarıda da anlattığımız akdin askıya alınması teorisiyle örtüştürdüğümüzde söz konusu dönemler, iş sözleşmesinin askıya alınması kavramının içinde değerlendirilebilecektir.

Gerçekten de, işçinin evlenmesi, çocuğunun doğumu, hastalığı, bir yakının ölümü gibi hallerde maddi ifa imkânsızlığı içinde bulunduğu söylenemez, böyle durumlarda imkânsızlık manevidir. Ancak, İş Kanunu 46. maddede askı hali sadece evlenme ve yakınlarının ölümü ile sınırlandırılmıştır. Acaba hukukumuzda, diğer kişisel ve ailevi nedenlerle iş akdinin askıya alınması mümkün müdür? İşK m.25/2-g’de işçinin... haklı bir nedene dayanmaksızın... belirli bir süre işine devam etmemesi haklı fesih nedenidir. O halde işçi haklı bir nedene dayanarak işe gelmemişse, işveren lehine haklı nedenle fesih hakkı doğmaz⁷⁰. İşçinin devamsızlığını meşru hale getiren kişisel veya ailevi mazeretin, devam süresiyle

⁶⁹ Süzek, Askı, s.54.

⁷⁰ Ekonomi, Ferdi, ss.209–210; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.388; Çelik, Dersler, ss.179–180, Narmanlıoğlu, Ferdi, s.316vd.

sınırlı kalmak koşuluyla, iş akdinin askıya alınmış olduğu kabul edilmektedir. Devamsızlık kişisel bir mazerete dayandığı için askıya alınması gereken iş akdi, işveren tarafından sona erdirilirse, bu haksız fesih sayılır ve ona ilişkin hüküm ve sonuçlara tabi olur. Ancak, işçinin bu durumda kısa sürmesi gereken ve süresi kanunla belirtilmiş olan devamsızlığı, kanuna aykırı bir biçimde yani söz konusu süreler geçtikten sonra da devamsızlık devam ederse, işveren açısından fesih hakkı doğar.

Görüldüğü gibi, hukukumuzda haklı bir mazerete dayanan tüm kişisel veya ailevi nedenler, bu mazeretin devam süresiyle sınırlı olarak iş akdini askıya alacaktır. Ancak bu süreye ilişkin olarak işçi ücret talep edemeyecektir. Haklı bir nedene dayansa da, işçinin kanuna aykırı uzun süren devamsızlığı -ki bu süre kanunda objektif bir süreye bağlanmıştır- işveren açısından haklı nedenle fesih hakkı doğuracaktır. Eğer işveren açısından kanunda düzenlenen haklı nedenle fesih hakkının kullanılması için gerekli şartlar oluşmuyorsa bu kez de söz konusu durumun fesih için geçerli neden oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilecektir. Böyle bir durumun fesih için geçerli neden oluşturup oluşturmayacağı noktasında önceden genel geçer kriter koymak mümkün değildir. Bu nedenle devamsızlığın haklı nedene dayanıp dayanmadığı ve bu haliyle iş akdinin askıya alınmasını sağlayacağı, iyi niyet kurallarına ve olayın özelliğine göre araştırılmalıdır⁷¹.

İşçiden maddeten çalışması mümkün olmakla beraber kişisel veya ailevi nedenlerle işi ifa etmesinin objektif iyi niyet kuralları gereği kendisinden beklenemeyecek olduğu manevi imkânsızlık hallerinde iş akdi kendiliğinden askıya alınmış olur. Yani böyle durumlar, kanunca iş akdinin askıya alındığı haller olarak açıkça düzenlenmemesine karşın, hukuki nitelendirme bakımından bu kavram içinde değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, iş akdinin kendiliğinden askıya alınmış olduğu kabul edilen bu gibi haller, kanun ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen askı hallerinde olduğu gibi, “manevi imkânsızlık” adı altında objektif iyi niyet kurallarına göre işçiden işi ifasının beklenemeyeceği bir hal oluşturmaları ve çalışma gücünü ve

⁷¹ Hadi Haluk Sümer, **İş Hukuku**, B.7, Konya 2006, s.117.

direncini yitirmesine yol açacak mahiyette olmaları halinde söz konusu olacaktır⁷². Söz gelimi, işçinin yakınının ölümü, şayet onu çalışmasını engelleyecek ölçüde bir üzüntüye, ciddi bir depresyona sokmuşsa kendisinden işin ifası beklenemeyecek, dolayısıyla sözleşme askıda kabul edilecektir. Mollamahmutoğlu'na göre; bu durumda tipik bir askı nedeni olan hastalık söz konusudur⁷³.

Ancak bu son görüşe tam anlamıyla katılmadığımızı belirtmek isteriz. Çünkü kanun söz konusu bu durumların oluşması halinde işçinin söz konusu ifade imkânsızlık durumuna düştüğünü öngörmüş ve böyle bir durumda kendisine 3 gün izin süresi vermiştir. Kanunda bu durumların ayrıca işçiyi etkileyip etkilemediğinin ayırımına gidilmemiştir.

İş akdinin askıya alınması haklı bir kişisel veya ailevi mazerete dayansa da işçi iyi niyet kuralları uyarınca durumu işverene bildirmek zorundadır. İşçinin bu yükümlülüğe uymaması, yani mazeretsiz şekilde, 3 gün üst üste işe gelmemesi halinde işverence yapılan fesih haklı fesih sayılacaktır (İşK. m.25/II-g).

Bununla beraber doktrinde, işçiden dürüstlük kuralları gereği bu yükümü yerine getirmesinin beklenemeyeceği, aksine işverenin işçinin işe gelmemesinin nedenini araştırmasının gerektiği, yani işçinin haklı nedenlerle işe gelmediği hallerde işveren lehine haklı nedenle fesih haklının doğmadığı ileri sürülmüştür⁷⁴(İşK.m.25/II-g).

1.3.1.4. İşverenin İfayı Kabul İmkânsızlığı

Genel hükümlerin iş hukukuna uyarlanması sonucunda işçiler için ortaya çıkan beklenilmezlik ölçütü, işverenlerin ifayı kabul imkânsızlığı bakımından söz konusu değildir. Çünkü işçilerin iş görme edimleri açısından geçerli olan

⁷² Mollamahmutoğlu, B.3, s.566.

⁷³ Mollamahmutoğlu, B.3, s.566.

⁷⁴ Çelik, Dersler, s.180; Ekonomi, Ferdi, s.211; Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, B.6, Seçkin Yayınevi, Ankara 1986, ss.18–19, s.580; aynı yönde, Y.9HD, E.1524, K.1590, 9.3.1964.t, A. Baki Orhaner, **Türk İş Hukukunda Yargıtay Emsal Kararları**, Ankara, 1966, ss.389–390.

beklenilmezlik ve manevi imkânsızlık ölçütünün gerekçesi, askıya alınmanın teorisine uygun olarak iş güvencesinin diğer bir deyişle iş ilişkisinin devamının sağlanması düşüncesidir. Buna karşılık, iş akdinin askıya alınması halinde kural olarak işçilere ücret ödenmediğinden, işverenlerinin 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 imkânsızlık” ölçütüne başvurulmalıdır.

Doğal afetler, yangın, yasama ve yürütme organlarınca konulan ithalat ve ham madde yasakları gibi nedenler işverenin, işçinin iş görme edimini kabul etmesini imkânsız hale getirir. İş Kanunu'nun 24.maddesinin III. bendinde, iş akdinin askıya alınması zorlayıcı nedenlerin varlığına dayandırılmıştır. Bu hükme göre işçinin çalıştığı iş yerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde işverenin ifayı kabul imkânsızlığı 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 doğurmaz⁷⁵. Örneğin, işletmenin karşı karşıya bulunduğu ekonomik güçlükler, mevsim gereği satışların durması, stok fazlalığının ortaya çıkması, makinelerin onarımı gibi nedenlerle işveren, akdi askıya aldığı ileri süremez.

Türk hukuku bakımından işletmeye ilişkin olmakla birlikte işletme riski niteliğindeki nedenler askı nedeni kabul edilmez. İş Kanunu m.24/bent III'e göre, işçinin çalıştığı iş yerinde, bir haftadan fazla süre ile işin durmasına yol açan zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde iş sözleşmesi askı halindedir ve sözleşme feshedilmediği sürece de askı hali devam eder. Şu halde, elektrik kesintisi, ham madde yokluğu, kötü hava koşulları(belli koşullarda zorlayıcı neden kabul edilebilir),

⁷⁵ Süzek, B.4, s.381.

ekonomik kriz ve benzeri hallerde iş sözleşmesi askıda olmayıp işverenin ücret ödeme borcu devam eder. Bu nedenle iş sözleşmesinin askı halinde olması için işverenin zorlayıcı nedenlerden dolayı ifayı kabulde imkânsızlık içine düşmüş olması gerekmektedir.

Bununla birlikte genel bir ekonomik krizin söz konusu olduğu hallerde, hukuken zorlayıcı neden olmamasına rağmen, iş sözleşmelerinin askıda olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Gerçekten de 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek 2.madde hükümlerine göre; genel ekonomik kriz nedeniyle işverenin iş yerinde faaliyeti tamamen veya kısmen durdurması halinde, faaliyetin en az 4 hafta durması koşuluyla ve azami üç ay süresince işçilere çalıştırılmadıkları süreler için işsizlik sigortasından ödenek ödenir; işverenin ücret ödemediği bu süre içerisinde iş sözleşmesi askıdadır. Fakat zorlayıcı nedenlerden farklı olarak; genel ekonomik kriz nedeniyle faaliyetin tamamen veya kısmen durması halinde kısa süreli çalışma kapsamında işsizlik ödeneğinin ödeneceği azami üç aydan sonra iş sözleşmesinin askı halinin sona ereceğini ve işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün doğacağını kabul etmek gerekir. Genel ekonomik kriz halinde işverence işçilere kısa çalışma yaptırılması, hukuki niteliği ve bunun hukuki sonuçları ikinci kısımda incelenecektir.

1.3.2. İfa Etmemenin Geçici Olması

1.3.2.1.Genel Olarak

Sonraki ifa imkânsızlığının sözleşmeler üzerindeki etkisi incelenirken, borçluya yüklenemeyen devamlı ifa imkânsızlığının borç ilişkisini sona erdirdiği görülmüştü. Bu nedenle ifa imkânsızlığının, borç ilişkisini askıya alabilmesi için; diğer koşulların yanında geçici de olması gerekir. Genel hükümlere göre vardığımız bu sonuç iş akitlerinin askıya alınması bakımından da geçerli olacaktır.

⁷⁶ Mollamahmutoğlu, B.3, s.569.

İfa süresi içinde ortaya çıkan engeller, edimin sonradan ifa edilebilmesi olanağını tamamen ortadan kaldırıyorsa devamlı imkânsızlıktan söz edilir. Buna karşılık engel devamlı değilse ve ortadan kalktığı zaman edimin ifası mümkün oluyorsa imkânsızlık geçicidir. Başka bir söyleyişle, imkânsızlık nedeni geçici olup, ifa süresinin bir kısmında işçinin iş görme edimini yerine getirmesine veya işverenin ifayı kabulüne engel oluyorsa geçici imkânsızlık söz konusudur⁷⁷.

İfa süresi içinde ortaya çıkan imkânsızlık işçinin iş görme edimini yerine getirmesine kesin ve devamlı bir engel oluşturuyorsa iş akdinin askıya alınmasından söz edilemez. Söz konusu olgu geçici değil de sürekli ise; daha açık bir deyişle, işçinin iş görme veya işverenin işi kabul borçları sürekli biçimde ortadan kalkmışsa, iş sözleşmesinin askıya alınmasından değil, sona ermesinden bahsedilir⁷⁸.

1.3.2.2. Geçicilik Kavramı

Bu noktada öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus, “geçici olma” ifadesi ile neyin anlaşılması gerektiğidir. İş görmeye ilişkin meydana gelen imkânsızlık veya beklenilmezliğin ne kadar sürmesi halinde geçici kabul edileceği tespit edilmelidir.

Aslında, çalışma ilişkilerinde ortaya çıkabilecek olayların pek çoğunda imkânsızlığın geçici olup olmadığını baştan saptamak mümkün olmaz. Örneğin, işçinin ne kadar süreceği belli olmayan bir hastalık nedeniyle işe gelmemesinde durum böyledir. Bu durumda tercihin geçici imkânsızlık, diğer deyimle askı lehine yapılması hem sözleşme hukukunun gereklerine hem de iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına uygun düşer. Gerçekten taraflar aralarında sürekli borç ilişkileri yaratan bir sözleşme yapmakla karşılıklarına çıkan ilk engelde onu ortadan kaldırmayı değil, sürdürmeyi amaçlarlar. Askının işlevi, tarafların temeldeki iradelerine uygun olarak bu sürekliliğin sağlanmasıdır. Aslında, belirli koşullarda sözleşmenin askıya

⁷⁷ Dural, s.100; Seliçi, Sona Erme, s.95; Centel, s.239.

⁷⁸ Süzek, B.4, s.381.

alınmasını istemek, tarafların onu sürdürme yönündeki ortak iradesine saygının bir göstergesidir.

Yasa koyucular iş akdinin askıya alınmasını düzenlerken bazen askı sürelerini bizzat belirlerler. Bunun gibi, toplu iş sözleşmelerinin tarafları da yasadaki askı sürelerini (işçi lehine) değiştirebilecekleri gibi, yasa da yer almayan yeni askı halleri ve süreleri de kararlaştırabilirler. İş mevzuatının değişik hükümlerinde askı süreleri belirtilmek suretiyle bu hallere özgü olarak “geçicilikten” ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır(İşK m.24/III, 25/I,3, 25/III, 31/1-2, DİK m.14/III, BİK 16,17, TSGLK 42/2-3). İş yasalarında askı süresini açıkça belirleyen bu hükümlerin varlığı halinde kuşkusuz söz konusu hükümler uygulanacak ve bu sürelerin yasa koyucu tarafından “geçici” sayıldığı kabul edilecektir.

Ancak iş yasalarında düzenleme getirilmeyen askı hallerinde ya da iş yasalarının kapsamı dışında kalan işçiler için “geçicilik” kavramının teorik açıdan belirlenmesi önem kazanır. Böyle bir belirleme, yasal düzenlemelere eleştirel açıdan yaklaşmayı da mümkün kılar.

İşçinin ifa imkânsızlığı, kendine yüklenemeyen nedenlerle ortaya çıkmışsa ve bu durum da geçici ise, temel kural, bu engellerin ortadan kalkmasına kadar iş akdinin askıya alınmasıdır. Ne var ki askı döneminin sınırını objektif iyi niyet kuralları oluşturur. Bu durumda iş ilişkisine devam işveren açısından dürüstlük kuralları gereği katlanılmaz hale gelirse askı durumu ortadan kalkar ve işveren iş akdini haklı olarak feshedebilir. Zira haklı nedenle fesih hakkının dayanağını anlatırken de belirttiğimiz gibi, İş Kanunu’nda düzenlenen haklı nedenle fesih halleri; bizzat kanun koyucu tarafından akdin çekilmez hale geldiğinin kabul edildiği ve işveren ile işçi açısından söz konusu subjektif şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıca araştırılmaya gerek olmadığı haller olarak düzenlenmiştir.

İfa engelini ne kadar sürmesi halinde işverenden sözleşmeye devam etmesinin beklenebileceği; hangi andan itibaren iş ilişkisinin onun için katlanılmaz hale geleceği konusunda geçerli olabilecek bazı ölçülerin saptanması ve bu hususta

objektif iyi niyet kurallarının neyi gerektirdiğinin tespiti; aynı zamanda “geçicilik” kavramının açıklığa kavuşturulmasına da yardımcı olacaktır. Bu anlamda, geçici olarak nitelendirilemeyecek ifa engelleri devamlı sayılacak ve işverene derhal fesih hakkı vereceklerdir.

Her şeyden önce, teorik olarak, iş akdi ne kadar uzun süreli ise ya da ne kadar uzun süreden beri taraflar arasında devam etmekte ise ifa etmemenin o oranda akdi askıya aldığı kabulü gerekir. Yani ifa engellerinin süresinin geçici sayılıp sayılmayacağı belirlenmesinde, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin toplam süresi ile çalışılmayan süre arasındaki orantı göz önünde tutulmalıdır⁷⁹. Örneğin, üç dört hafta süren bir hastalık belirli süresi bir yıl olan iş akdinde geçici kabul edileceği halde, üç aylık bir sözleşmede bu nitelikte sayılmayabilir. Aynı şekilde bu uzunluktaki bir hastalık örneğin bir yıldan beri devam eden belirsiz süreli iş akdini askıya alacağı halde, birkaç aydan beri süren bir iş ilişkisinde aynı sonucu yaratmaz⁸⁰. Süzek de; geçici olma bakımından, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin toplam süresi ile çalışılmayan süre arasındaki orantının göz önünde tutulabileceğini ifade etmiştir⁸¹.

Öte yandan ifa engelinin geçici sayılıp sayılmayacağı belirlenmesinde işçiyi çalışmaktan alıkoyan olayın niteliği de önem taşır⁸². Aynı süre, bazı olaylarda, geçici sayılarak sözleşme askıya alınacağı halde, diğer bir olayda, devamlı kabul edilerek haklı nedenle fesih hakkı doğurur. Örneğin bir haftayı geçen devamsızlık ağırca bir hastalıkta geçici nitelik taşıyabileceği halde, evlenme veya bir yakının ölümünde bu niteliğini yitirebilir⁸³.

⁷⁹ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.II, s.876; Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi, Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri**, Ankara 1968, s.178; Ali Nazım Sözer, **Hasta İşçinin İş İlişkisi**, İzmir 1981, Yayınlanmamış Doktora Tezi; ss.51–53. Her ne kadar Tunçomağ ve Sözer bu ölçütü, iş akdinin askıya alındığı hallerde işçinin ücrete hak kazanacağı “nispeten kısa sürenin” saptanması açısından benimseyorsalr da, biz bu ölçütün aynı zamanda geçicilik koşulunun belirlenmesinde de geçerli olacağı kamsındayız.

⁸⁰ Süzek, Askı, s.69.

⁸¹ Süzek, B.4, s.382.

⁸² Süzek, B.4, s.382.

⁸³ Sözer, s.52.

Geçiciliğin saptanmasında bir diğer önemli ölçüt, iş yerinde çalışmayan işçinin yerine başka bir işçinin çalıştırılması zorunluluğunun doğup doğmadığıdır⁸⁴. İşçinin çalışmamasına karşın, iş yerinde yeni bir işçi alınmaksızın faaliyet aksamadan devam ettiği ölçüde, ifa etmeme geçici sayılabilir. Buna karşılık iş yerine acil olarak yeni işçi alınması zorunluluğu doğduğu ölçüde askı hali değil fesih hakkı doğmuş olacaktır. Bu durum çalışmayan işçinin iş görme ediminin telafisinin zor olduğu küçük iş yerleri açısından daha çok söz konusu olabilir⁸⁵.

Tartışmalı olmakla birlikte, üzerinde durulabilecek bir diğer ölçüt fesih bildirim süreleridir. İşçinin kıdemine göre yasayla belirlenen fesih bildirim sürelerinin aşılmaması halinde, ifa etmemenin geçici sayılabileceği ileri sürülmektedir. Gerçekten duruma göre, akdi feshetmek isteyen, kısa bir süre daha yani fesih bildirim süresi doluncaya kadar sözleşmeye devam etmesinin beklenebileceği ileri sürülebilir⁸⁶.

Bize göre, yukarıda belirtilen “*olayın niteliği*” ölçütü ile birlikte değerlendirilmek koşuluyla bu ölçütten yararlanılabilir. Olayın niteliğine göre kısa bir askı süresinin söz konusu olabileceği hallerde (evlenme, bir yakının ölümü, tanıklık gibi) bildirim önelleri bir ölçü oluşturmaz. Buna karşılık, nispeten uzun sürebilecek askı halleri (geçici askeri veya zorunlu bir kamusal ödevin yerine getirilmesi gibi) söz konusu olduğunda, bildirim önelleri asgari askı süresinin belirlenmesi açısından bir ölçü değeri taşıyabilir. Bu gibi hallerde bildirim önelleri akdin askıya alınmasının alt sınırını oluşturabilir.

Ancak İş Kanunu hükümlerine baktığımızda, hastalık halinde işçinin iş sözleşmesinin işverence ne zaman feshedilebileceği ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında yukarıda belirtmiş olduğumuz teorik bilgilerin çok da medari tatbik bir konumda kalmadığı kabul edilir. Çünkü yasa açıkça, hastalık nedeniyle işverence iş akdinin, işçinin kıdeme göre belirlenecek sürenin

⁸⁴ Süzek, B.4, s.382.

⁸⁵ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.II, s. 936; Sözer, s.53.

⁸⁶ Süzek, Askı, s.70; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.II, s.936; Sözer, s.53.

eklenmesinden sonra haklı nedenle feshedilebileceğini düzenlemiştir. Böyle bir durumda işçinin yakalandığı hastalıkta geçirdiği sürenin iş sözleşmesinin süresine olan oranı, başka işçi çalıştırılma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı vs. gibi hususlar belirleyici olmayacaktır. Yani, iş yasalarında askı süresini açıkça belirleyen hükümlerin varlığı halinde kuşkusuz bu hükümler uygulanacak ve bu sürelerin yasa koyucu tarafından “geçici” sayıldığı kabul edilecektir.

O halde doktrinde ifade edilen bu bilgiler özellikle işçi ve işverenlerin anlaşarak gittikleri sözleşmesel askı hali ve kanunca belirlenmeyen askı halinin süresinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu nedenle, işçinin edimini yerine getiremediği anda, ifa engelini geçici sayılmayacak ölçüde uzun bir süre devam edeceği kesin olarak biliniyorsa, sözleşme askıya alınmış olmaz. Örneğin, işçinin uzun süreli muvazzaf askerlik görevine gitmesi, sendika yöneticisi veya milletvekili seçilmesi bu niteliktedir⁸⁷. Bu halde yukarıdaki verilen kriterler, değerlendirilme konusu yapılmaz. Bunun gibi, daha iş göremezliğin başlangıcında işçinin hastalığının çok uzun bir süre devam edeceği geçerli sağlık kurulu veya hekim raporuyla saptanmışsa, askı durumu ortaya çıkmaz. Bu gibi durumlarda işveren iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Belirli süreli iş akitlerinde, imkânsızlık geçici nitelikte olmasına karşın akdin belirli süresinden fazla devam edeceği kesin ise, bu takdirde de iş akdi askıya alınamaz.

Yukarıda belirttiğimiz hususlar, işverenlerinin işçinin iş görme edimini kabul imkânsızlığı içine düşmeleri halinde de aynen geçerlidir. Burada iş akdinin askıya alınabilmesi için mutlaka bir ifayı kabul “imkânsızlığının” ortaya çıkması gerektiğini, işverenlerden ifayı kabul etmelerinin sadece “beklenemez” olmasının yeterli olmayacağını hatırlamak gerekir.

⁸⁷ Murat Şen, **Profesyonel Sendika Yöneticisi Seçilen İşçinin İş Akdinin Askıya Alınmayacağı Karar İncelemesi**, Y.9HD, 1324/9484, 5.4.2007.t, Sicil 2008, S.9, s.85.

1.3.2.3. Profesyonel Sendika Temsilciliğinde Askının Geçiciliği

Geçicilik bakımından belirgin bir örnek oluşturması nedeniyle Yargıtay kararına konu olmuş profesyonel sendika yöneticiliğine seçilme halinde işçinin iş akdinin askıya alınıp alınmayacağı üzerinde durulması gereken bir konudur⁸⁸.

Karara konu olan olayda, davacı çalıştığı iş yerinden sendika şube yöneticisi seçildiği için ayrılmış; altı yıl sonra da aday olmadığı için sendika yöneticisi seçilmeyip eski işine geri dönmek istemiş ve işverene başvurmuştur. Davacının başvurusunu, davalı işveren iş yerinde boş kadro bulunmadığı için kabul etmemiştir. Yerel mahkeme, davacı işçinin, iş yerinden ücretsiz izinli olarak ayrıldığını ve altı yıl sendika şube yöneticiliği yaptığı dönemde ücretsiz izinli sayıldığını kabul etmiş, iş sözleşmesi sona ermemiş (askıda olan) birinin eski işinde işe başlatılması talebinin kabul edilmemesini işveren tarafından yapılmış bir fesih saymış, iş güvencesi hükümlerine tabi olması ve sendikal nedene dayanması nedeniyle de feshin geçersizliğine karar vererek davayı kabul etmiştir.

Yerel mahkemenin bu kararı, temyiz edilmiş, özel daire, **altı yıl gibi uzun** süreli bir ücretsiz izin uygulamasının, ücretsiz iznin amacı ile bağdaştırılamayacağını, aksi durumun kamu düzenine aykırılık oluşturacağını, profesyonel sendikacıların sendikacılık faaliyetinin ne kadar süreceğinin belli olmaması nedeniyle yöneticilik için işten ayrılmanın iş sözleşmesinin askıda kalmasına değil sona ermesine neden olacağı kanaatine varmıştır. Böylece olaya iş sözleşmesinin askıda bulunduğu ilişkin hükümlerin değil; iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin 2821 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre de; iş güvencesi hükümlerini uygulanması olanağı bulunmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozarak ortadan kaldırmış ve davanın reddine karar vermiştir.

⁸⁸ Y9HD, 2007/1324E, 2007/9484K, 05.04.2007t. Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, S.9, s.85.

Subaşı ve Akyiğit; kanunun açıkça işçi kuruluşu yöneticiliği güvencesinden yararlanabilecek işçilerin "...çalıştığı iş yerinden ayrılan işçiler" olacağına vurgu yaptığını, güvenceden yaralanmak için esas olanın, iş ilişkisinin iş yerinden ayrılmak suretiyle kesilmesi yani iş sözleşmesinin sona ermesi gerektiğini, bu yüzden işten ayrılmanın ya fesih ya da anlaşma ile sona erdirilmesi anlamına geldiğini, bu nedenle bu durumun askıya yol açmayacağını ifade etmişlerdir⁸⁹.

Doktrindeki diğer bir görüş ise, yöneticiliğe giden işçinin iş sözleşmesinin sona ermediği, askıda kaldığı ve güvence kapsamına da sadece iş sözleşmesi askıya alınmış sayılan yöneticilerin gireceği yönündedir⁹⁰.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 18.maddesinde, kamu görevlileri sendikası yöneticiliğinde görev alanların istemeleri halinde ücretsiz izinli sayılacağı hususu düzenlenmiştir. 2821 Sendikalar Kanunu'nda ise, bu şekilde bir düzenleme yer almamakta; hatta işçinin işten ayrılması gerekeceğinden (iş sözleşmesinin sona ermesinden) söz edilmektedir. Bu nedenle ilk bakışta iş sözleşmesinin askıya alınacağına kabulü pek mümkün gözükmemektedir.

Yukarıda bahsedilen ve Sendikalar Kanunu'nun 29.maddesinde de sözü edilen güvence, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu şeklinde ortaya çıkar. İş yerinden istifa suretiyle ayrılan profesyonel sendika yöneticilerine özgü bir güvencedir. Ancak Kanun'daki iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin bu güvencenin yeterli olmadığını düşünen işçiler, profesyonel sendika yöneticiliğine gitmeden evvel, bu yönde toplu iş sözleşmelerine, iş sözleşmelerinin sona ermeyip askıya alınmış sayıldığı yönünde hüküm konulmasını sağlamaktadırlar.

⁸⁹ İbrahim Subaşı, **İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi**, Kamu-İş, C.5, S.3, Nisan 2000, ss.536-537; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, B.6, İstanbul 2007, s.439.

⁹⁰ Abdullah Berksun ve İbrahim Eşmelioğlu, **Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Sendikalar Kanunu**, Ankara 1989, s.488; İhsan Erkul, **Kanunumuzda Askerlik Mükellefiyeti Nedeniyle İşçilerin Himayesinin Kapsamı**, Eskişehir, İTİADER, C.III, S.I, Ocak 1967, s.170; Alparslan Işıklı, **İş Hukuku**, B.6, İmaj Yayınevi, Ankara 2005, ss.181-182.

Ancak iş sözleşmesinin sona erdirilmeyip askıya alınması halinde 29.maddede öngörülen güvence söz konusu olmayacaktır. Çünkü askıya alınma halinde iş sözleşmesi ortadan kaldırılmamakta, sadece iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borçlar olan iş görme ve ücret edimi geçici bir süre için olarak askıya alınmaktadır.

Burada tespit edilmesi gereken asıl husus, profesyonel sendika yöneticisinin iş yerinden iş sözleşmesini feshederek (istifa suretiyle) değil de toplu iş sözleşmesinde yer alan hüküm gereğince iş sözleşmesini askıya alarak ayrılmasının mümkün olup olmadığı ve iş sözleşmesinin uzun süreli veya süresiz bir şekilde askıya alınmasına geçerlilik tanınıp tanınmayacağıdır.

Profesyonel sendikacıların iş sözleşmesinin askıya alınmasının Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesine aykırı olduğu, toplu iş sözleşmesinde profesyonel sendika yöneticiliğinde görev almak için işten ayrılan işçilerin iş sözleşmelerinin askıya alınacağı yolundaki kuralların da yasaya aykırı olarak yapılması nedeniyle geçersiz bulunduğu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1998 yılında verdiği bir kararındaki karşı oy yazısında şu şekilde ifade edilmiştir.

“...davacının sendika yönetim kuruluna seçilmekle iş yerinden ayrılmış bulunduğu, bu ayrılmanın diğer bir deyimle istifa veya devamsızlık sebebiyle bir fesih olduğu anlaşılmaktadır. Dosyadaki belgelerden hizmet akdinin askıya alındığı belirtilmiş ise de, böyle bir kabul 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde aykırıdır. Davacının dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlandığı, Toplu İş Sözleşmesi dosya içerisinde bulunmamaktadır. İşten ayrılma tarihinde yürürlükte bulunan Belediye-İş Sendikası'nın bağıtladığı Toplu İş Sözleşmesinde profesyonel sendika yöneticiliğinde görev almak için işten ayrılan işçilerin hizmet akitlerinin askıya alınacağı yolunda bir kural bulunsa da; yasaya aykırı olarak yapılan bir düzenlemeye geçerlilik tanınamaz. Sendikanın genel kurul dışındaki zorunlu organlarında görev almak işçinin kendi iradesine bağlı olup, maddi ve manevi bir zorlamadan bahsedilemez. Öte yandan ifa imkânsızlığı kısa olmayıp 2821 sayılı Kanun'un 12/2 maddesine göre en azından 4 yıllık bir süre için söz konusu olduğundan, hizmet akdinin askıya alınmış olması kabul edilemez. Sendika organlarına veya kamusal görevlere seçilmiş olan

işçilerin hizmet sözleşmeleri fesih edilmek suretiyle işten ayrıldıkları öğretide de kabul edilmektedir...⁹¹”.

Yargıtay’ca da kabul edildiği üzere, taraflar anlaşarak iş sözleşmesini askıya alabilir, ücretsiz izin uygulamasına gidebilirler. Ancak bu durumda askı uygulamasının, işçi veya iş yerine ilişkin zorunluluklardan kaynaklanmasının yanı sıra belli bir zaman ile de sınırlı tutulması gerekir. Bu nedenle, belirsiz süreli veya çok uzun süreli ücretsiz izin uygulamaları, askıya alma uygulamasıyla bağdaştırılamaz. Aksi durum kabul edildiği takdirde, kamu düzenine aykırılık söz konusu olur. Uyuşmazlık konusu olayda da, profesyonel sendika yöneticiliğine giden davacının ne kadar süre ile sendikacılığını sürdüreceği belli değildir. Nitekim altı yıl gibi uzun bir süre sonra profesyonel sendikacılıktan ayrılmış ve iş görme edimini yerine getirme talebinde bulunmuştur. Bu uzun süre içerisinde iş sözleşmesinin askıda olup işçinin ücretsiz izinli sayılması hususu, iş sözleşmesinin askıya alınmasının genel teorisine aykırılık oluşturur. Bu nedenle davacının iş sözleşmesinin profesyonel sendika yöneticisi olduğu anda (istifa suretiyle) sona erdiğinin kabulü gerekecektir.

Şen de, işçi kuruluştaki yöneticiliği güvencesinin Sendikalar Kanunu’nun 29. maddesinde düzenlendiğini, buna göre güvencenin söz konusu olabilmesi için işçinin istifa suretiyle işten ayrılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu güvence kapsamında yazar, işverenlerin iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna uygun davranmaması nedeniyle, toplu iş sözleşmelerine, profesyonel sendika yöneticisi olanların iş yerinden iş sözleşmesinin askıya alınması suretiyle ayrılmalarını öngören hükümlerin konulduğunu, bu hükümlerin sözleşme özgürlüğü ve toplu iş sözleşmesinin özerkliği açısından geçerli olacağı düşünülse bile, sözleşmenin askıya alınmasının genel teorisine uygun olmadığı ve kanundaki güvenceye aykırı bulunması nedeniyle geçersiz olacağı ayrıca ne kadar süreceği belli olmayan bir askı süresinin toplu iş sözleşmesiyle karşılaştırılmasının kanuna ve askıya almanın genel teorisi yanında kamu düzenine de aykırılık oluşturacağı, bu nedenlerle işçinin profesyonel sendika

⁹¹ Y.9HD, E.1998/9-46, K.1998/11, 04.02.1998.t, Kazancı İçtihat Programı; Mustafa Kılıçoğlu, **Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları**, Turhan Kitapevi, Ankara 1999, ss.243-246.

yöneticiliğine gitmesi halinde iş sözleşmesinin askıya alındığının değil sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁹².

Süzek'te işçilerin, belirli koşullara haiz buldukları takdirde seçimle gelinen sendika organlarına seçilmek hakkına sahip olduklarını ancak işçinin kendi iradesini kullanması nedeniyle bu gibi durumlarda bir ifa imkânsızlığından söz edilemeyeceğini, bunun işçinin üzerinde herhangi bir manevi imkânsızlık yaratmayacağını belirtmiş, işçinin edimini ifa etmesinin kendisinden beklenemeyeceği bir durum da söz konusu olmadığından, işçinin bu durumunun imkânsızlık ve beklenilmezlik ölçütlerine uymadığını ifade etmiştir. Yazar; bu durumda iş sözleşmelerinin askıya alınmasının belki de en önemli unsuru olan geçicilik unsurunun sendika üyeliği gibi uzun süren bir görev halinde söz konusu olmadığını bu nedenle de teorik açıdan iş akitlerinin bu durumda askıda kalmadığını ifade etmiştir⁹³.

Tüm bu açıklamalardan sonra; Sendikalar Kanunu 29. maddedeki güvenceden yararlanma şartlarını ikinci plana atarak; genel çerçevesi itibariyle teorisini anlattığımız iş akitlerinin askıya alınmasının şartlarından özellikle geçicilik unsuruna aykırı düşen profesyonel sendika yöneticilerinin işten ayrılmalarından sonraki dönemde iş sözleşmelerinin hukuki durumunun, askı olarak kabul edilemeyeceği yönündeki Yargıtay kararına katıldığımızı ifade etmek isteriz.

1.3.2.4. Mevsimlik İş Sözleşmesinde Geçicilik

Bir Yargıtay kararına inceleme konusu olması bakımından değinmek istediğimiz hususlardan bir tanesi de, mevsimlik iş sözleşmelerinde iş sözleşmesinin askıya alındığı sürenin azami ne kadar olacağıdır⁹⁴.

⁹² Şen, Askı, s.97.

⁹³ Süzek, Askı, s.61.

⁹⁴ Y.9HD, 2006/21611E, 2006/22886K, 15.09.2006.t.

Yukarıda görüldüğü gibi, mevsimlik işlerin görüldüğü iş yerlerinde faaliyetin azaldığı ya da tamamen durduğu dönemlerde bir kısım işçilerin iş sözleşmeleri askıya alınmakta, işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu dışındaki iş ilişkisi devam etmektedir.

Öğretide, iş sözleşmesinde geçici ve isnat edilemeyen bir ifa engeline bağlı olarak askı durumunun ortaya çıkabileceği ve askı süresinin ifa engelinin ortadan kalktığı zamana kadar devam edeceği kabul edilmiştir. Esasen ifa engelinin ortadan kalkmasının askı süresinin azami haddini oluşturacağı varsayılsa dahi, tarafların bu süre içinde askı halini ortadan kaldırmaları ve iş görme ile ücret unsurlarını aktif hale getirmeleri mümkündür. Yeni çalışma mevsiminin başlamış olmasına rağmen iş sözleşmesinin askı halinin devamı yönünde işçi ile işverenin açık veya örtülü bir anlaşmayı yapmalarına yasal bir engel bulunmamaktadır. İşçi, bazen iş sözleşmesinin askıya alınmasının ardından başlayacak olan mevsim ve kampanya dönemi yerine daha sonraki dönemlerde işe başlamayı tercih edebilir. Askı halinin verdiği güvenceyi kaybetmek istemeyen işçi, iş ilişkisini sona erdirmektense ileride yeniden çalışabilme ve ücret alma umudu ile bu yola yönelebilir. İşveren de belli bir iş gücünü ilerdeki kampanya dönemlerinde hazır bulundurmak isteyebilir. Bu sebeplerle mevsim ve kampanya dönemlerinde askı halinin devamı yönünde tarafların anlaşmaları geçerlidir. Tarafların açıkça anlaşmaları halinde askı süresinin devamı ile ilgili bir üst sınırdan bahsedilemez. Askı halinin tarafların örtülü anlaşması ile başlayacak mevsim ve kampanya dönemi yerine sonraki dönemlere kadar uzatılmasının olanaklığı olduğu öğretisi ve Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir. Ancak bunun azami sınırının ne olması gerektiği hususunda içtihat birliği sağlanamamıştır. Bu şekilde örtülü anlaşma daha çok iş yeri uygulaması ile ortaya çıkabilir. Örneğin; işçilerin askının ardından ilk mevsim başlangıcı yerine zaman zaman sonraki mevsim başlangıcına çağrılması ve askıda olan iş ilişkisinin bu şekilde bazı mevsim ya da kampanya dönemleri atlanarak aralıklı olarak tam borç doğurur hale dönüşmesi durumunda, taraflar arasında örtülü bir anlaşmadan söz edilir. Bu yönde gelişen iş yeri uygulamasının bir sonucu olarak mevsim ve kampanya döneminde çağrılmayan işçi yönünden de iş ilişkisinin devam edeceği sonucuna varılacaktır. Ancak devam eden iş ilişkisinde örtülü askı halinin ilelebet

devam etmeyeceği benimsenmiştir. İşte burada ölçünün ne olacağı ve hangi esaslara göre belirleneceği konusunda farklı sonuçlar ortaya çıkmıştır.

Eğer bir sonraki kampanyada veya mevsimlik işte iş yeri açılmış, işçi usulüne uygun bir şekilde işe davet edilmiş, işverenin işe başlatma arzusuna rağmen işçi işe başlamamış ise iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirildiğinin kabulü gerekir. Bir sonraki kampanya dönemi açılmış; bazı işçiler işe davet edilmiş ve işe davet edilip de işbaşı yaptırılmayan işçiler ile açık ve örtülü askı süresinin uzatılmasına ilişkin bir anlaşma yapılmamış ise, işe davet edilmeyen veya davet edilip de işbaşı yaptırılmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirildiği kabul edilmektedir⁹⁵.

Yargıtay işçi alacakları ile ilgili açılan alacak davalarında bu kuralı açıkça benimsemiştir. Bu şekilde cereyan eden ve somut durumda çok fazla uzayan askı halinin işçi için getirdiği olumsuz durumu bertaraf etmek ve daha sonraki uygulamalarda somut bir ölçüt konulması ve içtihat birliğinin sağlanması gerektiğini düşünen yüksek mahkeme, açık ve örtülü askı süresinin uzatılmasını, objektif iyi niyet kuralları, yerleşmiş içtihatlar ve Alman Federal Mahkemesinin uygulamalarını da göz önüne alarak vermiş olduğu 2006 tarihli kararında; tarafların açık rızaları ile ilgili uygulanan askı süresi akabinde iki askı süresi daha geçtikten sonra toplam üç

⁹⁵ Y.9HD, 2004/32205E, 2004/28466K, 20.12.2004.t, Benzer yönde bir karar, "...Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi davalı belediye tarafından tek taraflı olarak 5.4.2004 tarihinde askıya alınmıştır. Davalı işverence ibraz edilen kayıtlara göre, iş yerinde, önceki yıllarda da bazı işçilerin iş sözleşmelerinin bir süre askıya alındığına dair uygulama bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı askı halinin uzun sürmesi üzerine 23.8.2004 tarihli ihtarname ile 7 gün içerisinde işe çağrılmasını ve uğradığı zararlarının karşılanmasını istemiş. Davalı işveren ihtarnameye verdiği cevapta davacının talebini kabul etmediğini belirtmiştir. İş Kanununda iş sözleşmesinin işverence tek taraflı olarak askıya alınabileceğini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle işverenin sözleşmeyi tek taraflı olarak askıya alması Dairemizce fesih olarak kabul edilmektedir.

Ancak, somut olayda iş akdi işverence askıya alınmış, davacı bu askı süresince işe çağrılmayı beklemiş, çağrılmaması üzerine davalıya ihtarname göndererek işbaşı yaptırılması istemiştir. Bir başka ifade ile askıya alma konusunda tarafların iradeleri birleşmiştir. Davalı işveren askıya almanın fesih olduğunu ve bu nedenle dava açma süresinin askıya alma tarihinden itibaren başlatılması gerektiğini ileri sürmüştü ve mahkemece davalının bu savunmasına değer verilmiş ise de; işverenin askıya alma olarak açıkladığı iradesi üzerine davacının iş yerinde önceki uygulamaları da dikkate alarak beklediği ve çektiği ihtarnameden sonra iş akdinin sona erdiğini öğrendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin davacının ihtarname ile işverene verdiği sürenin sonunda feshedildiğinin ve bu tarih itibarıyla davanın bir aylık süre içinde açıldığının kabulü gerekir. Dosya içeriğine göre fesih için geçerli bir sebep bulunmadığı gibi 4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesinde belirtilen şekil koşulları da yerine getirilmemiştir." Y.9HD, 2005/282E, 2005/1046K, 13.01.2005.t.

askı süresi sonunda işçinin işbaşı yaptırılmaması halinde, üçüncü askı süresinin sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan veya açık anlaşma ile askı süresi uzatılmayan işçinin askı süresinin ve hizmet akdinin sona erdiğini kabul etmiştir⁹⁶.

Yargıtay bu kararı oyçokluğu ile vermiştir. Eğer Yargıtay'ın oyçokluğu ile vermiş olduğu bu kararında istikrar sağlanırsa, gerek toplu iş ilişkilerinde gerekse de bireysel iş ilişkilerinde mevsimlik çalışmalarda askı halinin azami sınırı, olağan ilk askının cereyan ettiği ilk mevsim ve takip eden iki mevsim olarak toplamda üç mevsim olarak sınırlanmış olacaktır. Dolayısıyla mevsimlik iş sözleşmesinin tarafların açık rızasıyla uygulanan askı süresinden sonra iki askı süresi geçmesiyle beraber, toplamda üç askı süresi sonunda işçi iş başı yaptırılmamış ise, üçüncü askı süresinin sonundaki mevsim başında işbaşı yaptırılmayan işçilerin mevsimlik iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmiş kabul edilecektir.

Mevsimlik iş sözleşmelerindeki askı halinin azami sınırının ne kadar devam edeceğinin tespitinin işçinin gerek bireysel iş ilişkilerindeki hakları bakımından gerekse de toplu iş sözleşmesinde yaşanan bir takım sıkıntıların açıklığa kavuşturulması dikkate alındığında Yargıtay'ın bu doğrultuda objektif bir kriter getirme çabasının yerinde olduğu kabul edilecektir. Zira böyle bir azami süre sınırının kesin biçimde ortaya konulması sonraki uyuşmazlıkların daha hızlı bir biçimde çözümü yanında içtihat birliğini sağlamak gibi önemli bir fonksiyonun da yerine getirilmesine ön ayak olacaktır.

Eroğlu'na göre; kanun koyucunun göz ardı ettiği böyle bir alanda hukukun yeknesaklığını ve içtihat birliğini sağlamak yönünde, askı süresinin azami süre sınırını üç askı süresi olarak belirleyen yargı bu hususta sorumluluğu üstlenmiş olmaktadır. Yazar, açık hukuki düzenlemelerden yoksun böyle bir konuda Yargıtay'ın ilgili daire çoğunluğunun, sonraki uyuşmazlıkların daha hızlı halli yanında içtihat birliği tesis edecek biçimde yeknesak hukuki sonuçlara ulaşmak

⁹⁶ Y.9HD, 2006/21611E, 2006/22886K, 15.09.2006.t.

maksadıyla böyle bir azami askı süresi ölçütünün benimsenmesi yönündeki eğilim ve kararının yerinde olduğunu ifade etmiştir⁹⁷.

Sonuçları bakımından daha sonra anlatılacağı gibi askı sürelerinde işçinin ücretinin işlememesi dolayısıyla işçinin içine düşebileceği bu belirsiz durumun en azından mevsimlik iş sözleşmeleri bakımından bir ölçüde somutlaştırılmaya çalışılması kanımızca da yerinde olmuştur.

1.3.3. İfa Etmemenin Yüklenemez (İsnat Edilemez) Olması

Genel hükümlere göre sözleşmelerin askıya alınma koşulları incelenirken borçluya yüklenemeyen nedenlerle bir imkânsızlığın ortaya çıkmış olması gerektiğinden bahsedilmiştir. Aynı gerekçelerle iş akdinin askıya alınabilmesinden söz edilebilmesi için işçinin iş görme edimini yerine getirmede “kusursuz” olması zorunludur. Ancak buradaki kusur kavramının her zaman borçlar hukukunun genel hükümlerine uygun klasik kusur kavramı ile bağdaştığı söylenemez. İş akdinin askıya alınmasında kusur kavramı, iş hukukunun ve çalışma ilişkilerinin özelliklerine uygun olarak yeniden değerlendirilmekte ve bazı dönüşümlere uğramaktadır. Askı halleri içerisinde yer yer açıklayacağımız üzere, kusur kavramının yerini yüklenemezlik (isnat edilemezlik) kavramı almış olup iş ilişkilerinin niteliğine daha uygun bir çözüm getirilmiştir.

İş akdinin askıya alınmasının bazı hallerinde genel hükümlerden ayrılmayı gerektirecek bir durum ortaya çıkmaz ve niteliği gereği kusur sorunu gündeme gelmezken bazı askı halleri açısından *kusur* özellik teşkil eder. Bu ihtiyaç kendini özellikle, işçinin hastalanması veya kazaya uğraması, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalması ya da greve katılması gibi hallerde göstermiş⁹⁸, askının mahiyetine göre farklılaşabilmiştir.

⁹⁷ Seval Eroğlu, **Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Askı Hali ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespitine Etkisi**, Sicil 2007, S.7, s.93.

⁹⁸ Yüklenemezlik kavrama askı halleri incelenirken yer yer değinilecektir.

1.3.4. İfa Zamanının Esaslı Olmaması

İş akdinin askıya alınmasının diğer bir koşulu da taraflar arasında ifa zamanının esaslı olmamasıdır. Eğer taraflardan biri için edimin belirli bir tarihte veya süresi içinde ifa edilmesi önem taşıyorsa ve edim o tarihte yerine getirilemiyorsa sözleşmenin askıya alınması mümkün değildir. Başka bir deyişle, eğer tarafların iradelerine veya edimin niteliğine göre, ifanın mutlaka belirli bir zamanda yapılması gerekiyor, fakat geçici imkânsızlık nedeniyle o zamanda ifa edilemiyorsa, devamlı nitelikte bir imkânsızlığın bulunduğu kabul edilmelidir⁹⁹.

O halde iş akdinin askıya alınabilmesi için, diğer koşulların yanında ifa zamanının taraflar arasında birincil önemi olmaması ve sonradan yapılacak ifanın alacaklıyı tatmin etmesi gerekir. Aksi takdirde, taraflara yüklenemeyen nedenlerle bir geçici imkânsızlık ortaya çıkmış bulunsa da iş akdi askıya alınmış olmaz.

Genel olarak, iş akdinin tarafları arasında ifa zamanı birincil önem taşımaz. İşçinin iş görme edimi, işverenin devam eden ihtiyacının tatmin edilmesine yöneldiği için, zaman genellikle edimin muhtevasının dışında kalır. Buna karşılık, bazen edimler tarafların anlaşması sonucunda veya nitelikleri gereği ancak belirli bir zamanda ifa edilebilirler. Böyle bir durumda belirli bir zamanda ifa edilme, artık iş görme ediminin muhtevasının bir unsuru haline gelir. Başka bir deyişle, zaman, edimin o denli esaslı bir unsuru haline gelir ki, belirli bir zamanda iş görme ediminin ifa edilmemesi halinde, sözleşmenin amacı gerçekleşemez. Çünkü işverenin ihtiyacının giderilmesi olanağı zaman ile sınırlandırılmıştır. İfa zamanı geçirildiği takdirde devamlı imkânsızlık ortaya çıkar. Bu duruma hukuki açıdan kesin vadeli işlem adı verilir¹⁰⁰.

⁹⁹ Oğuzman, Borçlar, C.I, s.262; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.795; Tekinay ve diğerleri, s.1217, Dural, ss.98, 123–124.

¹⁰⁰ Özer Seliçi, **Kesin Vadeli İşlemler**, MHAD, 1968, Y.2, S.3, ss.92vd; Dural, ss.102vd, Oğuzman, Borçlar, C.I, s.202.

İş akdi taraflarının, kesin vadeli işlem yapma iradesi açık olarak sözleşmeden anlaşılabilir. Örneğin, iş akdine konulacak “en geç”, “kesin olarak”, “mutlaka” gibi edimin belirli bir zamanda yerine getirmesi gerektiğini ifade eden ibareler, ifa zamanının esaslı (kesin vadeli) olduğunu belirtir. Bunun gibi, edimin saptanan sürede yerine getirilmemesi halinde iş akdinin sona ereceğinin kararlaştırılması, sözleşmenin kesin vadeli olduğu anlamına gelir. İş akdine bu tür hüküm ve ibarelerin konması “zamanı” sözleşmenin unsuru haline getirir ve bu halde gecikme ile edimden sağlanmak istenen yarar gerçekleşmez. Bu da, sonraki ifanın taraflarca ifa olarak görülmeyeceğini, alacaklının da edimin kabul zorunluluğu olmadığını ifade eder¹⁰¹.

Ancak bu tarzda bir ibarenin illa ki sözleşmeye eklenmesi gerekmemektedir¹⁰². İş akdinin taraflarının bu yöndeki iradesi, sözleşmede yer alan açık bir hükümden değil de yorum sonucu da ortaya çıkabilir. Bazı durumlarda kesin vadeli işlem yapıldığı sözleşmenin niteliğinden anlaşılabilir. Örneğin, bir aşçı veya garsonla kısa bir turistik mevsim göz önüne alınarak sözleşme yapıldığını, ancak işçilerin bir süre sonra kendilerine yüklenemeyen nedenlerle edimlerini mevsim sonuna kadar ifa edemediklerini varsayalım. Kuşkusuz işçilerin, mevsim geçtikten sonraki ifaları, sözleşmenin amacının elde edilmesini sağlamayacak, alacaklının tatminine hizmet edemeyecek ve iş akdi askıya alınmış sayılmayacaktır¹⁰³.

İş ilişkilerinde ortaya çıkması olasılığı nispeten az olmakla birlikte, gerek tarafların açıkça kararlaştırmaları, gerekse yorum sonucunda iş akdine kesin vadeli işlem niteliği verildiğinin kabul edildiği hallerde, işçinin kendisine yüklenemeyen nedenlerle de olsa belirlenen sürede edimin geçici olarak ifa edilememesi iş akdinin askıya alınması sonucunu yaratmaz.

¹⁰¹ Seliçi, Kesin Vadeli, ss.97-99.

¹⁰² İstanbulluoğlu, s.949.

¹⁰³ Süzek, B.4, s.383.

İKİNCİ BÖLÜM

ASKI NEDENLERİ

2.1. GENEL OLARAK ASKI NEDENİ KABUL EDİLEN HALLER

Askı çok değişik nedenlerden kaynaklanabilir. İş sözleşmelerinin hangi hallerde askıya alınacağı kanunda yer almakla beraber işçi ve işveren arasında rıza bulunmak kaydı ile sözleşmelerle de her zaman belirlenebilir. Örneğin kanunda askı hallerinden sayılmayan muvazzaf askerlik görevi, tarafların anlaşmasıyla askı hallerinden biri olarak kabul edilebilir.

Genellikle kanun, yargı kararları ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen askı nedenlerini üç ana başlıkta toplayarak incelenmek mümkündür.

2.1.1. İş Kanunda Düzenlenen Askı Halleri

Hastalık, kaza, gebelik ve doğum, askerlik ve diğer kamu yükümlülükleri, kanun ve sözleşmelerle tanınan doğum, ölüm ve evlilik izinleri, işçinin çevresinde oluşarak işe devamını engelleyen mücbir nedenler, greve katılma veya lokavta maruz kalma başlıca askı nedenlerini oluşturur. İşçiye ilişkin olup kanunda gösterilen askı nedenleri aşağıdaki gibidir,

2.1.1.1. Geçici Süreli Askerlik veya Diğer Bir Kanuni Ödev

Askerlik, 1111 sayılı Askerlik Kanununda da belirtildiği şekilde her sağlıklı Türk erkeğinin yerine getirmesi zorunlu bir hizmettir. Kişilerin muvazzaf askerlik¹⁰⁴ görevlerinin yanı sıra, sonradan gelişen ve değişen yeni teknolojiye uyum sağlamak, eğitimlerinin yenilenmesi, yeni bilgilerin verilmesi veya seferberlik ilanı gibi amaçlarla, askerlik hizmetine alınmaları söz konusu olabilir. İşte kişilerinin,

¹⁰⁴ Muvazzaf askerlik, muvazzaflık dönemi, askerlik şubelerince sevk tarihinden başlayarak terhis tarihine kadar geçen dönemi kapsar ve bu süre bütün askerlik hizmet sınıflarında 15 aydır. Askerlik Kanunu m.42-51.

yaşamlarının bu döneminde, askerlik görevi nedeniyle kısa veya uzun süreli olarak çalışma hayatından ayrılmaları gerekir. Kişilerin askerlik görevini yerine getirmeleri için çalışma hayatından ayrılmaları nedeni ile işverenle olan ilişkileri ve bu döneme ait sosyal güvenlik hakları özel olarak düzenlenmiştir.

İşçinin muvazzaf askerlik dışında silâh altına alınmasının iş sözleşmesini nasıl etkileyeceği İşK'nun 31. maddesinde tartışmasız bir şekilde ele alınmıştır. Ancak muvazzaf askerlik nedeniyle silâh altına alınan işçinin iş sözleşmesinin durumunu belirten bir hükme ne İş Kanunu ne de Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi gereğince 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğü devam eden kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinde, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin şartları arasında “muvazzaf askerlik nedeniyle fesih” söz edilmektedir. Ancak söz konusu bu düzenleme muvazzaf askerliğin iş sözleşmesini ne şekilde etkileyeceğini açıklamada yeterli değildir¹⁰⁵.

Bu fıkrada, iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik nedeni ile mutlaka feshedilmesi gerektiği değil kıdem tazminatına hak kazanılması için feshin söz konusu olması gerektiği düzenlenmektedir.

2.1.1.1.1. Muvazzaf Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılmanın İş Sözleşmesine Etkisi

İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda muvazzaf askerlik nedeni ile iş sözleşmesinin durumu ve işçinin ücreti konusunda açık bir düzenlemenin olmaması doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

¹⁰⁵ Cahit Davran, **İş Kanunu ve Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Muvazzaf Askerliğin Hizmet Akdine Etkisi**, İstanbul Barosu Dergisi, C.XLIV, Eylül-Ekim, 1970, s.692.

2.1.1.1.1. Fesih Etkisi

Muvazzaf askerliğin söz konusu olması halinde kabul edilen ilk görüş iş sözleşmesinin, işçinin kendisi yahut işverence feshedilebileceğidir¹⁰⁶.

Oğuzman muvazzaf askerliğin, kesin imkânsızlık oluşturması durumunda sözleşmeyi kendiliğinden sona erdireceğini, buna karşılık geçici imkânsız yaratması halinde ise fesih için haklı sebep oluşturacağını ifade etmiştir¹⁰⁷. Atabek de benzer görüştedir¹⁰⁸.

Yargıtay da 17.12.1958 tarih 191/4545 mütalaasında, “...*mecburi askerlik görevini ifa etmek üzere iş yerini terk eden işçilerin ayrıldıkları gün iş sözleşmesi münfesihtir sayılır. Yine akit, derhal ve kendiliğinden veya fesih suretiyle sona erer*” görüşünü bildirmiştir.

Yer verilen görüşleri savunan yazarların bir kısmı muvazzaf askerlikte iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini ifade ederken; bir kısmı bu durumu işverene sözleşmeyi derhal feshetme yetkisi veren haklı nedene dayandırmaktadır.

İşK'nun 31. maddesinin düzenlemesinden anlaşılan ise, muvazzaf askerlik ödevi dışındaki itiyat askerlik halinde, iş sözleşmesinin 60 gün sonra münfesihtir sayılacağı, buna karşılık muvazzaf askerlik görevini yapmak üzere işçinin işinden ayrılmış olması durumunda ise iş sözleşmesinin bozulmuş olacaktır. Tarafların fesih yoluna başvurmamaları halinde ise, iş sözleşmesi askıda kalmış sayılır.

¹⁰⁶ Hakkı Ferit Saymen, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1954, ss.518, 560, 595; Ekonomi, Ferdi, s.243.

¹⁰⁷ Oğuzman, Fesih, s.84, dn.214.

¹⁰⁸ Reşat Atabek, **Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul 1938, ss.85–86, 88–89.

2.1.1.1.2. Askı Etkisi

İş Kanunu 31. maddeye göre;

“Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silâh altına alınma ve yahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır. İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez.

İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin kanundan doğan başka bir sebebe dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için kanunun gösterdiği süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ve sözleşme yukarıda yazılı süre içinde kendiliğinden sona eriyorsa bu madde hükümleri uygulanmaz”.

Görülüyor ki, söz konusu maddede, muvazzaf askerlik dışındaki silâh altına alınma halindeki iş sözleşmesinin durumu düzenlenmiştir. Bu nedenle öncelikle askerlik görevi nedeniyle işinden ayrılan işçi için şu ayırım yapılmalıdır: işçi muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle mi yoksa muvazzaf askerlik ödevi dışında kalan herhangi bir nedenle mi (örneğin manevra, talim gibi) askere alınmaktadır.

Eğer silâh altına alınma muvazzaf askerlik dışındaki bir nedenden kaynaklanıyorsa yani ihtiyat askerlik söz konusu ise, iş sözleşmesi işçinin işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay süre ile askıda kalır. İki ay sonra da akit feshedilmiş sayılır. Buna karşılık silâh altına alınma, muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle olmuşsa; bu durumda iş sözleşmesinin ne olacağı maddede açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak fıkranın kaleme alınış tarzından, kısa süreli olan ihtiyat askerlik döneminde dahi 2 aylık askıda kalma süresi öngörüldüğünden, uzun süreli muvazzaf askerlik döneminde sözleşmenin derhal sona ereceği yani askıda

kalmayacağı anlaşılmaktadır¹⁰⁹. Maddede, muvazzaf askerlik dışında silâh altına alınma halinde (kısa süreli askerlikte, itiyat askerlikte) sözleşmenin iki ay askıda kaldıktan sonra feshedilmiş sayılacağı kabul edildiğine göre, muvazzaf askerlik durumunda iki aylık süreye gerek kalmadan sözleşmenin genel hükümlere göre hemen sona ereceği düşünülmektedir. 31. maddeden biraz zorlama ile muvazzaf askerlik halinde iş sözleşmesinin 2 ay değil de muvazzaf askerlik süresi boyunca askıda kalacağı sonucu çıkarılabilir¹¹⁰. Ancak bu çıkarım maddenin düzenleniş amacına ters düşer. Zira son fıkradaki çalışma zorunluluğunu düzenleyen hüküm sadece 2 aylık askı süresinden sonra feshedilmiş sayılan askerliklere hitap eder ki, kanun koyucunun bunu esas aldığı düşünmek oldukça zordur. Bu açıdan kısa süreli askerlikte işçiyi koruma amaçlı 2 aylık askı süresi öngörülmüşse de uzun süreli askerlikte askı süresinin söz konusu olmayacağı düşünülebilir. Buna karşılık taraflar bu durumda dahi iş sözleşmesinin askıya alınabileceğini kararlaştırabilirler. Şayet taraflar sözleşmenin askıda kalmasını istemezlerse de, iş sözleşmesi muvazzaf askerlik nedeni ile sona erer.

Görüldüğü üzere, işçinin işten kısa süreli askerlik nedeni ile zorunlu olarak ayrılması durumunda iki aylık askı süresinin kabul edilmesi işçinin korunması ilkesinin gereğidir. Zorunlu olarak itiyat askerlik yapmakla yükümlü kılınmış işçi, bu süre sonunda askere giderken ayrıldığı işine işe devam edebilsin, yeniden iş sözleşmesi yapmak zorunda kalmasın düşüncesi ile sözleşme iki ay ve nihayet 90 gün süre ile askıya alınmakta, bu süre sonunda eğer ödev tamamlanmamışsa sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılmaktadır.

Belirtildiği gibi iki aylık askı süresinin kabulü işçiyi koruma ilkesine dayanmaktadır. Bu süresinin uzaması halinde işçinin korunması ise; sözleşmenin askıda kabul edilmesi ile değil işverene yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun

¹⁰⁹ Yargıtay'ın bazı kararları bu yöndedir. "...davacı işçi muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılmış ve böylece iş akdi sona ermiştir. İşçinin muvazzaf askerlik nedeni ile işten ayrılması teknik anlamda iş akdinin feshi niteliğindedir. Bu nedenle muvazzaf askerlik hizmeti yapmak üzere işten ayrılan işçinin iş akdinin askıda olduğunun kabulü mümkün değildir. Ancak, tatbikat, manevra gibi kısa süreli ayrılmalarda muvazzaf askerlik hizmeti olarak nitelendirilmediği için hizmet akdi askıda kalır". Y.9HD, 994/18905, K.1995/13747, 18.04.1995, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, Yargıtay Kararları CD'si (İBBB Yar. Kar. Der.).

¹¹⁰ Bu görüşler için bkz. Tunçomağ, İş Hukuku, s.192, Davran, s.699.

yüklenmesiyle sağlanmaktadır. Böylece iki aylık askı süresinin uzamamasıyla işverenin zor durumda kalması da önlenmiş olmaktadır. İşveren bu sayede işten askerlik ödevi nedeniyle ayrılan işçinin göreceği işi, başka bir işçiye gördürebilecektir. Eğer önceki işçinin iki ay sonunda sözleşmesi feshedilmemiş, yani sözleşme askıda kalmış olsa idi, ödevin sona ermesini müteakip ödevden dönen işçi de iş görmek isteyecek, kendisine iş verilmediği takdirde de, BK 325. madde gereği işverenin temerrüdüne ilişkin hükümleri işletebilecekti.

İş Kanunu'nun 31.maddesinde öngörülen askı durumunun ortaya çıkabilmesi için işçinin, iş yerinde en az bir yıl çalışmış olması zorunludur. Söz konusu kanun hükmüne göre askı süresi en az iki aydır.

Şahlanan'a göre; muvazzaf askerlik dışındaki askeri veya kanuni ödev nedeniyle iş yerinden ayrılan işçilerin iş akitlerinin iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılması, kanundan doğan askı süresinin azami sınırını belirlemek amacıyla konulmuştur¹¹¹. İşçinin bir yılı aşan çalışmalarına karşılık her fazla yıl için askı süresine ayrıca iki gün eklenerek askı süresi fazlalaştırılabilir. Ancak herhalde bu sürenin tamamı 90 günü geçemez. Bu şekilde azami süre belirlenmiştir.

İş akdinin askıya alınması için işçinin muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silâh altına alınmış olması gerekir. O halde işçi talim, manevra veya ihtiyat askerlik gibi bir nedenle geçici olarak askere alınmalıdır. Yani işçinin gitmiş olduğu görevin geçici nitelik taşıması gerekmektedir. Buna karşılık uzun dönemi kapsayan muvazzaf askerlik ödevi, geçici nitelik taşımayacağından iş sözleşmesinin askıya alınması halini doğurmayacaktır¹¹². Muvazzaf askerlik ödevine giden işçiler, iş akitlerini feshederek işten ayrılırlar ve bu dönemde sözleşmeleri askıya alınmaz¹¹³. Bundan başka işçi, "herhangi bir kanundan

¹¹¹ Fevzi Şahlanan, **Geçici İşçi-İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Fesih**, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Hukuk Dergisi, S.2, Haziran 2006, s.4.

¹¹² Süzek, B.4 s.393, İstanbulluoğlu, s.950.

¹¹³ Y.9HD, 23768/31653, 04.12.2006.t, ÇT 13, ss.216–218. Aynı kararın Tekstil İşveren Dergisi Şubat 2008, S.336'daki Şahlanan'ın İncelemesi. Bu karara göre, 4857 sayılı İşK'nun 31. maddesinde düzenlenen muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silâh altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi

doğan çalışma devi yüzünden", örneğin yasal bir kurul ya da komisyona ya da sivil savunma hizmetine katılma nedeniyle geçici bir süre için işten ayrılmışsa aynı Şekilde iş akdi askıya alınır.

İş Kanunu'nun 31. maddesine göre, en az iki ay ve en çok 90 gün sürecek askı dönemi içinde işçinin creti işlemez. Bu hüküm yalnızca İş Kanunu hükümlerine tabi işçiler için uygulanacak, İş Kanunu'nun kapsamı dışındaki işçilere BK 328.madde uygulanacaktır. Bu durumda yine iş sözleşmesi ne kadar uzun süreli olursa olsun, muvazzaf askerlik dönemi nispeten kısa bir süre olarak kabul edilmeyecek, dolayısıyla işçinin ücret ödenmesini talep etmesi ve buna bağlı olarak da işverenin ücret ödemekle yükümlü olması mümkün olmayacaktır. Ancak, ihtiyat askerlik durumunda işçinin durumunun BK 328.maddeye girdiği düşünülerek, bu süreye ait creti isteme ve işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün varlığını kabul etmek gerekir.

Bu süre içinde, işveren tarafından süreli fesih bildiriminde bulunulsa bile, bildirim süreleri askı süresinin bitiminden sonra işlemeye bařlar¹¹⁴. İş akdi belirli süreli ise ve bu süre askı döneminde kendiliğinden bitiyorsa, İşK 31. madde hükmü uygulanmaz, diğer deyişle belirli sürenin sonunda sözleşme sona erer (İşK 31/3). İş Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrası uyarınca askı süresinin sonunda (iki ay-doksan gün) iş akdi işverence feshedilmiş sayılır¹¹⁵.

işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılacağına ilişkin düzenlemede, işçinin muvazzaf askerlik süresince geçen bu süre içinde iş akdinin askıya alınacağı ve işçinin ücretsiz izinli sayılacağına dair bir olgudan bahsedilmemiştir.

¹¹⁴ Kudret Kurt; **İş Hukuku ve Sosyal Sigortalar Mevzuatında Usul ve Esaslar**, B.3, İstanbul Eylül 2004, s.1018

¹¹⁵ Süzek, B.4, s.393, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, muvazzaf askerlik devi nedeniyle işten ayrılan işçinin iş akdinin işveren tarafından değil, işçi tarafından feshedilmiş olduğunu kabul etmemiştir. Söz konusu kararda; işverenin fesih iradesinin geçerli bir nedene dayanıp dayanmamasının işe iade davasıyla yargı denetimine tutulacak bir işveren iradesinin olmadığından bahsedilmiştir. Bu nedenle de askerlik sonucu işçiyi işe almayan işverene karşı, işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmamaktadır.

2.1.1.2. Sağlık Nedenleriyle İş Akdinin Askıya Alınması

İş hukukunda, işçinin iş görme edimini olanaksız hale getiren bazı nedenlerin ortaya çıkması ile akdin kendiliğinden sona ermeyeceği ya da bunun işverene derhal fesih hakkı vermeyeceği ve bu durumda akdin geçici bir süre için askıya alınacağı kabul edilmektedir¹¹⁶. Hizmet akdinin askıya alınması için, ifanın imkânsız ya da beklenilmez olması, ifa imkânsızlığının geçici olması, işçinin kusurunun bulunmaması ve ifa zamanının esaslı olmaması gerekir.

Hastalık durumu da, bu esaslar doğrultusunda işçinin şahsına bağlı bir askı hali olarak ortaya çıkmaktadır. Akdin askıya alınması için kanunda bunun askı halini oluşturduğunun açıkça düzenlenmesi ya da tarafların bu konuda anlaşmış olmaları gerekmez. Koşulları var ise, askı hali kendiliğinden oluşur. Hastalığın da, 4857 sayılı İş Kanununda, hizmet akdine etkisi konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, hastalığın hangi hallerde ve hangi koşullarda fesih nedeni oluşturacağı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, kanun koyucu, hastalığı nedeniyle iş görme edimini yerine getiremeyen işçinin hizmet akdinin kural olarak bir süre devam etmesi yönünde irade ortaya koymuştur. Bu nedenle iş hukuku bakımından, hastalık sonucu ortaya çıkan imkânsızlığın akdi kendiliğinden sona erdirmedeği ve akdin belli bir süre askıya alındığı söylenebilir.

İş Kanunu 25. maddesinin 1 fıkrası b bendi “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı, belirtilen hallerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar...” şeklinde kaleme alınmıştır. Buna göre; hastalık nedeni ile iş sözleşmesinin askıda kalması için işçinin kendi kusuru (kastı) olmaksızın hastalanması, hastalığının

¹¹⁶ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, B.4, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.180, Yazarlar bu sonucun kabul edilebilmesi için, hastalığın geçici olması ve ayrıca hastalanmasında işçinin kusurunun bulunmamasının yanında, işvereni durumdan haberdar etmesi gerektiğini, haklı olarak belirtmektedirler, aynı yer; Centel, s.240; Fevzi Şahlanan, **İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması**, Basın İş Hukuku, Genel Esaslar ve Uygulama Sorunları, ss.155-156.

olağanüstü derecede ağır olmaması¹¹⁷ ve geçici olması gerekmektedir¹¹⁸. İşverenin, işçinin iş sözleşmesini, kastından, derli toplu olmayan yaşantısından yahut içkiye düşkünlüğünden doğmayan hastalık nedenine dayandırarak bildirimsiz feshetmesi için gereken süre, İşK. m.17’de belirtilen sürelerle eklenecek olan altı haftalık süredir ve bu süre içerisinde işçinin iş sözleşmesinin askıda kalacaktır. Bu süre zarfı içinde iş sözleşmesi askıda kalacağından işçi ücret talep edemeyecektir. Bu husus, Kanunun 25/I-(a) alt bendinde açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık işçinin SSK’dan geçici iş göremezlik ödeneği altında, ücretinin bir bölümünü alması söz konusu olabilir. Ancak burada önemle belirtmeliyiz ki, işçinin mazeretli hastalık halinde maktu aylığından herhangi bir kesinti yapılmayacaktır. Bu konuyla ilgili düzenleme İşK. m.49/4’te yer almaktadır.

Söz konusu süre içinde iş akdi, askıya yol açan hastalık nedenine dayanılarak haklı nedenle feshedilemez. İşçi de bu süre içinde ücrete hak kazanamaz. Çünkü hizmet akdinin askıya alınması halinde, işçi ile işveren arasında iş akdinden doğan münasebet devam etmesine rağmen taraflar bu süre içerisinde temel borçlarını yerine getirmek yükümlülüğünden kurtulurlar. Akdin askıya alınması halinde, tarafların iş görme edimleri belli bir süre ertelenmekte, ertelemeyi gerektiren nedeninin ortadan kalkması ile birlikte de akit tekrar normal hükümlerini doğurmaya başlamaktadır. Böylece akdin askıya alınması ile aslında sözleşmenin varlığı ve ifası birbirinden ayrılmakta, sözleşmenin geçici olarak ifa edilmemesi sözleşmenin hukuken varlığını etkilememekte ancak ifası geçici bir süre ertelenmektedir.

İşveren haklı nedenle feshi hakkını ve durumun özelliklerine göre şartları oluşmuşsa geçerli nedenle fesih hakkını¹¹⁹ söz konusu sürenin sona ermesinden

¹¹⁷ Tunçomağ/Centel, s.185

¹¹⁸ Nizamettin Aktay ve diğerler, **İş Hukuku**, B.2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.166.

¹¹⁹ İşçinin hastalığı tek başına geçerli neden olmayıp söz konusu hastalığın, işyerinin normal işleyişini bozması ve iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engellemesi gerekir. Hastalık nedeniyle uzun süren devamsızlık kural olarak geçerli fesih nedenidir. Bu konuda İşK’nda bir düzenleme getirilmiştir. İşK’nun 18-f maddesi uyarınca hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık geçerli bir neden oluşturmaz. Bu düzenleme ile haklı nedenle fesih hakkını doğumu için 24. maddede aranan süre, 18. maddenin f fıkrası ile aynı süreye bağlanmıştır. Bu durumda işçinin hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlığı belirtilen askı süresini aşmıyorsa işverence yapılan süreli fesih geçersiz fesih sayılır. Bu durumda anılan süreler dolduktan sonra işveren süreli fesih yerine haklı

itibaren, işçinin işe gelemediği süre içinde her zaman kullanabilir. İşçinin raporlu olduğu bu tedavi süresince işveren, iş akdini feshetmezse askı hali devam eder ve işçi iş yerine döndüğünde askı durumu ortadan kalkar¹²⁰. Kanunda belirtilen sürelerin geçmesinden sonra işverenin fesih hakkı doğduğu halde sözleşme feshedilmiyorsa, askı halinin devam edeceği muhakkaktır¹²¹. Böyle bir durumda yasal askı hali iradi bir askı durumuna dönüşecektir.

İş Kanunu'nun 25.maddesine genel olarak bakıldığında I-a fıkrasının iş akdinin askıya alınması sonucunu yaratmayan hastalık ve sakatlık halini, b-2.fıkrasının ise askı halini düzenlediği görülecektir. Zira madde metninde,

“(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı, belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini 6 hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürenin bitimiyle başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği günler için ücret işlemez.” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Dolayısıyla işverenin 25. maddeye göre iş akdini haklı olarak feshedebilmesi için her şeyden önce işçinin kastı, derli toplu olmayan yaşayışı ve içkiye düşkünlüğü nedeniyle hastalanması gerekmektedir. İşçinin kastından amaç, onun hastalık ve sakatlığa yol açan olayı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Bunun gibi işçinin derli toplu olmayan yaşayışı,¹²² örneğin gece hayatına aşırı düşkünlüğü ve bunun sonucunda hastalanması da aynı sonucu yaratacaktır. Bu hallerde işçinin hastalanması ve kazaya uğramasının kendisine yüklenemezliğinden bahsedilemeyecek ve iş akdi feshedilebilecektir.

nedenle derhal fesih hakkını kullanmayı tercih edebilir. Sarper Süzek, **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, B.5, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.508; Öner Eyrenci ve diğerleri, **Bireysel İş Hukuku**, B.3, İstanbul 2006, s.170. Buna karşılık süreli fesih hakkının kullanılabilmesi için belirtilen sürelerin geçmesinin, hastalığın altı hafta sürmesinin yeterli olduğu görüşü için bkz; Münir Ekonomi, **Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi**, Çimento İşv., Mart 2003, S.2, C.17, Özel Ek, s.9.

¹²⁰ Süzek, B.5, s.634.

¹²¹ Mollamahmutoğlu, B.3, s.452.

¹²² Fatih Uşan, **İşçinin Derli Toplu Olmayan Yaşayışı Konusunda Yargıtay Kararı İncelemesi**, Kamu-İş, Ocak 2000, s.59.

İşK’nu 25/I-a’da sayılan üç hal, yani işçinin kastı veya derli toplu olmayan yaşayışı ya da içkiye düşkünlüğü dışında kalan, işçinin kusurlu veya kusursuz olarak tüm hastalık veya kaza (ya da ayrıca gebelik) nedeniyle işe devamsızlığında, işverenin derhal fesih hakkı bakımından İşK’nun 25/I, son fıkrası hükmü uygulanacaktır. Yani, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde hükmün uygulanmasını sadece işçinin “*kendi kusuruna yükletilmeyen*” hallerle sınırlayan ve kast-ağır ihmal-hafif ihmal halinde ortaya çıkabilecek sonucun ne olacağı konusundaki farklı yorumlara yol açan ve böylelikle işçinin kendi kusuruna yükletilen ancak a fıkrasında yer alan üç hale de girmeyen hastalık ve kaza durumlarında ortaya çıkan boşluk¹²³, 4857 sayılı İş Kanunu’nda isabetli olarak “*kendi kusuruna yükletilmeyen*” ifadesinin yasadan çıkarılmasıyla giderilmiştir¹²⁴.

Bu durumda, İş Kanunu’nun 25/I bendinin son fıkrası uyarınca, işçinin İş Kanunu 25/I-a dışında kalan nedenlerle hastalanması veya sakatlığa uğraması halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkı, askı süresinin İş Kanununun 17. maddesinde yer alan bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar¹²⁵. Örneğin, iş yerinde dört yıl kıdemi olan işçinin hastalık nedeniyle devamsızlığı (8+6) on dört haftayı aşarsa işveren haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir.

Görülüyor ki, İş Kanunu’nun bu konudaki düzenlemesi hastalık ve kaza halinde iş akdinin askıya alınmasında teorik açıdan varılan sonuçların da ötesindedir. Diğer deyimle, teorik olarak işçinin sadece hafif kusuru askıya engel olmadığı halde, yasanın düzenlenmesi, belirli durumlar dışında, kast halinde dahi sözleşmenin askıya alınmasına elverişli niteliktedir.

¹²³ Süzek’in 1475 sayılı yasanın yürürlükte bulunduğu dönemde madde metninden çıkardığı yorumda 4857 sayılı İş Kanunu düzenlemesine uygun nitelikteydi. Zira yazar göre; “...iş akdinin askıya alınabilmesi için, İşK’nun 17.maddesinin (a) fıkrasında sayılan sebepler dışında kendi kusuruna yükletilemeyen hastalık, kaza gibi haller nedeniyle işe gelmemesi gerekir. Başka bir deyişle, işçinin kusurlu davranışı sadece (a) fıkrasında sayılan hallerden birini oluşturuyorsa askı durumu ortaya çıkmayacak, buna karşılık işçi kusurlu olsa bile (a) fıkrasının dışında kalan bir nedenle hastalanmış, kazaya uğramışsa sözleşme askıya alınacaktır”. Süzek, Askı, s.75.

¹²⁴ Süzek, B.5, s.634.

¹²⁵ Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz., Y.9HD, 500/1490, 29.01.2004.t, ÇT, 2004/1, ss.122-123, Y.9HD, 14140/3421, 26.02.2004.t, ÇT, 2004/1, ss.120-121, Y.9HD, 24253/32004, 5.12.2006.t İHSGHD, 14, ss.710-711, Sağlık Sebepleri Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi için bkz. Y.9HD, 5.3.2007.t, 34941/5748, Çimento İşv, S.4, C.21, Temmuz 2007, ss.31-32.

2.1.1.3. Gebelik ve Doğum

4857 sayılı İş Kanunu'nda doğum ve gebeliğe ait maddeler İşK.'nun 25. ve 74. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre;

“(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi, hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerde bu süre, 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeni ile işçinin işine gidemediği süreler için ücret işlemez” demekte, 74. madde ise, “kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde, doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar iş yerinde çalışabilir. Bu durumda kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir...”

Doğum ve gebelik hallerinde, kadın işçilerin, doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre içinde çalıştırılmamaları esastır. Ancak sağlık durumu uygun olduğu takdirde doktorun onayı ile kadın işçi isterse, doğumdan önceki 3 haftaya kadar iş yerinde çalışabilir.

O halde kanunda belirtilen 16 haftalık süre boyunca doğum yapan kadın işçinin çalışmaması söz konusu olmaktadır. İşçinin çalışmadığı bu süreyi iş sözleşmesinin askıda kaldığı hallerden saymak mümkündür¹²⁶. Bu 25. maddenin lafzından da çıkartılabilir. Zira iş sözleşmesinin askıda kalması, işçinin iş görme ediminde kusursuz geçici ifa imkânsızlığı içine düşmesi sonucunda ortaya çıkar.

Ekonomi'ye göre; belirtilen maddelerde doğum izninden söz edilmemekle beraber, Gebe Kadınlar Yönetmeliği'nin 11.maddesi “analık izni” başlığını taşımakta, Yargıtay kararlarında ve doktrinde ise bu hususta “doğum izni” deyimini kullanıldığı görülmekte, bu “izin” sözcüğünün esasen iş güvencesi ve iş ilişkisine

¹²⁶ İstanbulluoğlu, s.952.

süreklilik sağlayan bir işleve sahip “askıda kalma” anlamı taşıdığı kabul edilmektedir¹²⁷. Yazar, işçiye doğum izni yani askıda kalma süreci içerisinde ücret ödenmeyeceğini kabul etmekle beraber, ücret artışında meydana gelen değişikliklerden işçilerin yararlanması gerektiğini belirtmekte ve doğum izninde geçen sürelerin iş sözleşmesinin askıda olduğu hallerden biri olduğunu ifade etmektedir¹²⁸.

Yargıtay da doğum izninde iş akdi askıda olan kadın işçinin ücret artışından yararlanamayacağını kabul edilmesini cinsiyet ve doğum nedeniyle ayrıma yol açacağını, bunun da İşK’nun 5. maddesindeki eşit işlem yapma borcuna teşkil edeceğini belirtmiştir.

Gebelik halinin askı sonucunu doğuracağı diğer bir hal ise, yine İşK’nun 25. maddesinin (a) bendinde düzenlenen ve işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesine kadar geçmesi gereken olan süredir. İşK m.25/I-(a) da düzenlenen doğum ve gebelik halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkının ortaya çıkabilmesi için gereken süre içinde kadın işçinin iş sözleşmesinin askıdadır¹²⁹.

Şu halde kadın işçinin analık (doğum ve gebelik) nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması için gereken ilk koşul, kadının gebe kalmasıdır. Ancak gebelik döneminin tümü değil, sadece son sekiz haftası (çoğul gebelik halinde 10 hafta) korunmuştur. İkinci koşul, kadın işçinin doğum yapmış olmasıdır. Üçüncü koşul ise, kadın işçinin gebelik durumunu ve muhtemel doğum tarihini işverene bildirmesi gerektiğidir. Ancak kadın işçi bu koşullara uymaz ise, koruyucu hükümlerden yine de yararlanacaktır¹³⁰.

Yukarıda belirttiğimiz koşulların varlığı halinde, iş sözleşmesinin askıda kalma süresi, İşK m. 74’te yer alan süreler ve İşK m.25’te yer alan sürelerin toplamı

¹²⁷ Münir Ekonomi, **Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması**, ÇT, S.3, 2009, s.15, Süzek, B.5, s.635.

¹²⁸ Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s.21.

¹²⁹ Duygu Hatice Özer, **Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve Feshine Etkisi**, Y.9HD, 2007/29103E, 2007/26743K, 17.09.2007.t. Karar incelemesi, ÇT, s.11.

¹³⁰ Tunçomağ/Centel, s.186.

kadar olacaktır. İşK m.74'te yer alan süreler doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere on altı (çoğul gebelikte on sekiz hafta) haftadır. Söz konusu askıda kalma hali arasında kadının düşük yapması da yer almaktadır¹³¹. Bu süreler boyunca iş sözleşmesi askıda kalmaktadır¹³².

Kadın işçinin gebeliği halinde belirtilen sürelerde iş akdinin askıya alınmasından dolayı işveren bu nedene dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Söz konusu bekleme süreleri içinde işçinin iş sözleşmesinin feshedilememesi ve feshin yasaklanması, askı halinin asıl amacı olan iş güvencesinin ve işin sürekliliğinin sağlanmaya çalışılması ile ilgilidir. İşçi ise, bu süre zarfında ücret isteyemez. Koşulları gerçekleştiği takdirde, bu süreler için kendisine bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumunca geçici iş göremezlik ödeneği verilir (SSGSSK 18).

2.1.1.4. Zorlayıcı Nedenler

Zorlayıcı neden iş akdinin dışında bulunan tarafsız, adil ve hakkaniyetli bir bakış açısının itiraz etmediği somut ve elle tutulur olgulardır. Zorlayıcı nedenlerin iş yerinin devamlılığını riske sokan nitelik taşıması gerekir. Zorlayıcı nedenler İşK'nun 25/III ve 24/III bentlerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 25/III bendi işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan maddedir. İş Kanunu'nun 25/III bendine göre, işçiyi kendi çevresinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması halinde, işverenin iş akdini haklı nedenle feshedebileceği bir haftalık süre içinde iş akdi askıda kalır. Bir haftalık süre içinde iş akdi askıda olduğu gibi, bu süreden sonra da işverence haklı nedenle fesih hakkı kullanılmazsa, ücret ödenmesi söz konusu olmaksızın sözleşme askıda kalmaya devam eder¹³³.

¹³¹ İstanbulluoğlu, s.952.

¹³² Sümer, s.114; Süzek, B.5, s.635.

¹³³ Sümer, ss.114–118; Süzek, B.5, s.645.

İş Kanunu'nun 24/III bendinde düzenlenen zorlayıcı neden ise; işçinin haklı nedenle fesih hakkının düzenlendiği maddedir. İş Kanunu'nun 24/III bendine göre; işçinin çalıştığı işyerinde kendi çevresinden değil, işyerinde ortaya çıkan nedenler dolayı iş akdi bir hafta süreyle askıya alınmaktadır.

İşK m.24/III'ün uygulanabilmesi için iş yerinde öngörülme, kaçınılması mümkün olmayan, kusurdan uzak ve dıştan gelen bir nedenle işin görülmesinin olanaksız hale gelmesi, diğer bir deyişle işverenin ifayı kabul imkânsızlığı içine düşmesi gerekir. Örneğin, yangın, deprem, su baskını, toprak kayması gibi doğal afetler veya hükümetçe iş yerine el konulması¹³⁴, belediyece yol çalışmaları nedeniyle iş yerinde çalışmaların durması, ithalat ve hammadde yasakları¹³⁵, salgın hastalık nedeniyle bölgenin dışına çıkışın yasaklanması¹³⁶ gibi nedenler iş akdinin askıya alınmasına yol açar ve işçi bir haftalık süreden sonra İşK'nun 24/III maddesi uyarınca sözleşmeyi haklı olarak feshedebilir. Bir haftalık süre boyunca iş sözleşmesinin askıda olduğunun kabul edilmesi işçi menfaatine getirilen bir yorumdur.

İşyerinde zorlayıcı neden sayılamayacak bazı olaylar nedeniyle işin yapılamaması halinde iş akdi askıya alınmış olmaz ve bu durum İşK'nun 24/III'ün uygulama alanına girmez. Örneğin makinelerde meydana gelen arızalar ve onarım, buhar kazanlarının temizlenmesi, ekonomik durumun iyi gitmemesi, mevsim gereği satışların durması, stok fazlası gibi nedenlerle işverenin işçilerin iş görme edimini

¹³⁴ Yüksek mahkemeye göre hükümet tarafından iş yerine el konulması veya iş yerinin önünden geçen yolun belediyece genişletilmesi üzerine iş yerinin kapatılması işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanıyan zorlayıcı nedenlerdir. Bu kararlar için sırasıyla bkz. YİBK, 19/5, RG, 3.2.1950, 14.02.1949.t, s.7423. Y.9HD, 13604/2687, 23.03.1989.t, Tekstil İşv, Nisan 1989, s.20; Centel, s.185, dn.108-109.

¹³⁵ Y.9HD, 7.7.1978.t, 1778/1905, YKD, Haziran 1978, 937-938, aynı yönde, Y.9HD, 15.12.1992.t, 11203/13640 ve Sümer'in incelemesi, Çimevto İşv., C.8, S.2, Mart 1994, ss.24-27 "...iş yerinde iş, ham madde yokluğuna dayanan zorunlu nedenle bir haftadan fazla süre ile durdurulmuştur. Bu durumda, İş Yasası'nın 16/III (şimdi(25/III) maddesi uyarınca davacı işçi için ihbarsız iş akdini fesih hakkı doğmuş ve davacı da başka yerde iş bulmak suretiyle bu iradesini ortaya koymuştur... yasanın...14. Maddesine göre kıdem tazminatını almak hakkı vardır.

¹³⁶ Mollamahmutoğlu, B.3, s.453; Ekonomi, Ferdi, s.213; Çelik, s.264; Narmanlıoğlu, Ferdi, s.380; Sarper Süzek, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı**, Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi Semineri, 1989, İstanbul 1991, s.164; Ercan Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, C.I-II, B.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.1154; Süleyman Başterzi, **Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri**, AÜHFD, S.3, 2005, ss.151-152.

kabul edemeyeceğini bildirerek akdin askıya alındığını ileri sürmesi mümkün değildir¹³⁷. İşçiler de bu nedenlere dayanarak iş akitlerini İşK'nun 24/III maddesi uyarınca feshedemezler. Bu gibi durumlarda bir zorlayıcı neden söz konusu olmadığından iş akdi bütün hüküm ve sonuçları ile yürürlüğünü sürdürür. İşçi iş görme borcunu yerine getirmek, işveren de işçilerin ücretlerini ve diğer işçilik haklarını ödemek zorundadır. Aksi halde, yani işverenin söz konusu nedenlerle işçileri çalıştırmaması durumunda, işçiler, sundukları iş görme edimini kabul etmeyen işverenden temerrüt hükümlerine dayanarak BK m.325'e göre ücretlerini isteyebilecekleri gibi ücretlerin ödenmemesi nedeniyle İşK'nun 24/II-e maddesi gereğince iş akitlerini feshedebileceklerdir.

Ekonomik krizin zorlayıcı neden olarak kabul edilip edilmeyeceği ve bu bağlamda askıya yol açıp açmadığı doktrinde tartışmalıdır. Zira zorlayıcı sebepler başlıklı İşK'nun 24/III ve 25/III. maddeleri, ekonomik kriz nedeniyle iş akdinin askıya alınabileceğini konusunu da akla getiren muğlak ve aynı zamanda geniş bir düzenlemedir.

Sümer'e göre; üretilen ürünlerdeki stok fazlalığı, işverenin ekonomik sıkıntısı ve piyasadaki durgunluk gibi sebepler zorlayıcı neden kabul edilemez ve bu nedenle askı halini oluşturmaz¹³⁸. Süzek de; ekonomik durumun iyi gitmemesi ve mevsim gereği satışların durması hallerinde akdin askıya alınamayacağını ifade etmiştir¹³⁹.

Mollamahmutoğlu'na göre ise; genel ekonomik kriz dönemleri de; zorlayıcı neden olarak kabul edilmelidir. Çünkü genel bir ekonomik krizin söz konusu olduğu durumlar; hukuken zorlayıcı neden olmamasına karşılık; öncelikle İşK. m.65'de düzenlenen fakat daha sonra kanun değişikliği ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek 2. maddeye kaydırılan düzenleme gereğince askı halini oluşturur¹⁴⁰.

¹³⁷ Süzek, Askı, ss.46-47.

¹³⁸ Sümer, s.113.

¹³⁹ Süzek, B.5, s.657, benzer görüşler için bkz. Ekonomi, Ferdi, s.202; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, B.20, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s.253; Süzek, Askı, ss.46-47; Akyiğit, C.I, s.949, Aktay ve diğerleri, s.203.

¹⁴⁰ Mollamahmutoğlu, B.3, s.569; benzer görüş için bkz. İstanbulluoğlu, s.956,

Ekonomik kriz nedeniyle gidilen kısa çalışma halinde akdin hukuki niteliği çalışmamızın ikinci kısmında anlatılacaktır.

2.1.1.5. İşçinin Gözaltına Alınması ve Tutuklanması

Gözaltına alınma ve tutukluluk hali İşK m.25'te hükme bağlanmıştır. Söz konusu madde metnine göre, “...işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması...” denildiğinden, söz konusu süre içerisinde iş sözleşmesi askıda kalacak, ancak bildirim süresinin aşılması halinde işveren tarafından iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Ancak fesih hakkının kullanılmadığı zaman içinde iş sözleşmesinin askı halinin devam edeceği muhakkaktır. Söz konusu askı süresi dolduktan sonra, tutukluluk devam ettiği sürece sözleşme işveren tarafından her zaman feshedilebilir.

İşK'nun m.25/IV'un uygulanabilmesi için işçinin gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olan olayın iş yerinde veya iş yeri dışında gerçekleşmesi gerekip, işçinin kusurlu veya kusursuz ya da mahkûm olup olmaması önem taşımaz¹⁴¹.

2.1.1.6. Grev ve Lokavt

2.1.1.6.1. Genel Olarak

Grevin hizmet akdine ne gibi bir etki yapacağı hukuk düzeninin bu kurumu nasıl değerlendirdiğine bağlıdır. Grevin hak olarak değerlendirildiği ülkelerde, grev borca aykırılığı meşru kılar ve hizmet akdinin sona ermediği askı hali olarak kabul edilir¹⁴².

¹⁴¹ Mollamahmutoğlu, B.3, ss.510–511; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, C.I, İstanbul 2008. s.517.

¹⁴² Alun Çifter, **Türk Hukukunda Hizmet Akdinin Yasal Grev Süresince Askıda Olmasının Sonuçları**, AÜEHFD, C.VI. S.1–4, s.229.

İş Kanunlarında düzenlenen ve iş sözleşmesinin askıda kalması sonucunu doğuran hallerden biri de, Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanununda hükme bağlanmış ve işçilere tanınmış bir hak olan grevdir¹⁴³.

2.1.1.6.2. Kanuni Dayanak

Hukukumuzda grev hakkı Anayasa'nın 54.maddesinin 1.fıkrasında “*toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler*” denilerek güvenceye alınmıştır. Anayasanın bu hükmü ışığında yasa koyucu da 275 sayılı TSGLK'nda olduğu gibi, 2822 sayılı TSGLK'nun 42. maddesinde de benzer olarak düzenlenmiş ve askıda olma görüşünü benimsemiştir.

Yasal grev, grevcinin çalışmamasını haklı kılar¹⁴⁴ ve grevci işçiyi temel borcu olan iş görme borcundan kurtarır. Yasada her ne kadar işçilerin “hizmet akitlerinden doğan hak ve borçlarından” söz edilmekte ise de yasal bir greve katılmakla asıl askıda kalan, işçinin temel borcu olan iş görme borcudur. Hizmet akdinin karşılıklı bir akit olmasından dolayı da grev nedeniyle askıya alınan akitte karşı edimi oluşturan ücret ve ekleri ödenmez. İşverenin borçlarından kurtulması hizmet akdinin salt askıda kalmasının bir sonucu değil, aynı zaman da karşılıklı bir akit olmasının da sonucudur.

Bu kavramı ifade için Fransız hukukunda, akdin askıda olması¹⁴⁵, İtalyan hukukunda ilişkinin askıda olması¹⁴⁶, Türk iş hukuku doktrininde ise hizmet ilişkisinin askıda olması¹⁴⁷, akdin taliki¹⁴⁸, borçların ifasının askıda olması¹⁴⁹ ve akdin askıda kalması¹⁵⁰ terimleri kullanılmaktadır.

¹⁴³ YHGK, 1982/634E, 1982/849K, 27.10.1982.t.

¹⁴⁴ Can Tuncay, **Toplu İş Hukuku**, Alfa Basım, İstanbul 1999, s.263.

¹⁴⁵ Çifter, s.230, dn.3.

¹⁴⁶ Çifter, s.230, dn.4

¹⁴⁷ Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri**, C.I, 4.Bası, İstanbul 1985, ss.211–212.

¹⁴⁸ Saymen, s.542.

¹⁴⁹ Kenan Tunçomağ, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, 1988, s.525.

¹⁵⁰ Şener Akyol, **Türk İş Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967, s.56.

Bu terimlerin hepsi de temel edim dışında, bütün yan borçları da içerdikleri için tarafların akdi borçtan tamamen kurtuldukları havası vermektedir. Bununla birlikte alışılmış bir deyim olduğu için akdin askıda olması teriminin kullanılması daha yerinde olacaktır¹⁵¹.

Burada üzerinde durulması gereken asıl husus iş sözleşmesinin askıya alınmasına neden olan yasal grevin, kusursuz geçici imkânsızlık kavramı ile bağdaşmayan niteliğidir.

2.1.1.6.2.1. İmkânsızlık Kavramı ve Grev

Bir hareketin grev sayılabilmesi için işçilerin iş yerinde faaliyeti durdurmak veya önemli ölçüde aksatmak amacıyla iş bırakmaları gerekmektedir. Bu amaçla işi bırakma, işçilerin kendi aralarında anlaşmalarına dayanabileceği gibi, bir kuruluşun aynı amaçla verdiği bir karara da dayanabilmektedir.

Kanunda yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere iş yerinde grev yapan işçiler, iş görme edimini iradi olarak yerine getirmezler. Maddi olarak ifa edilmesi mümkün olan edimlerini ifa etmekten kaçınırlar. Bu nedenle grevci işçiler bakımından aslında geçici bir ifa imkânsızlığından bahsedilemez. Hatta bunun tam tersinin söylenmesi mümkündür. Yani, ifa imkânsızlığı içinde olan bir işçinin grevci olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁵².

2.1.1.6.2.2. İfa Edememenin Geçici Olması ve Grev

İfa imkânsızlığının bir borç ilişkisini askıya alabilmesi için geçici nitelikte olması gerekmektedir. İş mevzuatımızın iş sözleşmesinin askıya alındığı halleri düzenleyen bazı hükümlerinde, aynı zamanda askı süreleri belirterek geçicilikten ne anlaşılması gerektiği yasa koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

¹⁵¹ Çifter, s.230.

¹⁵² Süzek, Askı, s.62; Şükran Ertürk, **Kanuni Grev ve Lokavtın Hizmet Akdine Etkisi, İşçi Bakımından Sonuçları**, Çimento İşveren Dergisi, C.5, S.4, Temmuz 1991, s.7.

TSGLK. 42.m.de iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların grev sona erinceye kadar askıda kalacağı belirtilmektedir. Kanun koyucu grev durumunda iş sözleşmesinin askıda kalacağı süreyi “grev sona erinceye kadar” şeklinde açıkça düzenlemiştir. Oğuzman’a göre; geçicilik unsuru sadece yasal grev için aranan zorunlu bir nitelik olduğu için, sözleşmesinin yasal grev sona erinceye kadar askıda kaldığı sonucu doğal olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵³.

Bir grevin yasal grev sayılması birçok formalitenin yerine getirilmesi ile mümkündür. Bu formaliteler yerine getirildiği takdirde, işçilerin bu süre içinde işi bırakmaları yasal grev sayılacak ve iş sözleşmesi bu süre içinde askıda kalacaktır.

2.1.1.6.2.3. İfa Edememenin Yüklenemez Olması ve Grev

Sözleşmelerin genel hükümlere göre askıya alınmasının koşullarından bir diğeri meydana gelen geçici imkânsızlığın borçlunun kusuruna dayanmamasıdır. İş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan bazı sebeplerden dolayı, söz konusu kusursuzluk kavramının yumuşatılması ve iş sözleşmesinin askıya alınması bakımından işçiye yüklenemezlik ya da isnat edilemezlik şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu durumda işçilerin hafif ihmallerinden meydana gelen geçici imkânsızlık halleri bazı durumlarda iş sözleşmesinin askıya alınmasına engel oluşturmamaktadır¹⁵⁴.

Konumuz açısından bu sorun önemi belirgin olarak, usul hataları sebebiyle yasa dışı hale gelmiş grevlere katılan işçilerin iş sözleşmelerinin işverence haklı nedenle feshedilip edilemeyeceği noktasında göstermektedir.

TSGLK 42.m.ye göre, işçilerin sadece yasal bir greve katılmaları halinde iş sözleşmeleri askıda kalacaktır. Bunun yanında TSGLK. m.45/I; yasa dışı bir grev

¹⁵³ Oğuzman, İlişkiler, s.149; Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun Sistemik Tahlili ve İlgili Mahkeme İctihatları**, İstanbul 1967, s.36; Ünal Narmanlıoğlu, **Grev**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara 1990, s.74; Seza Reisoğlu, **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara 1986, s.258.

¹⁵⁴ Süzek, Askı, s.71.

yapılması durumunda işverenin, böyle bir greve katılan işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebileceğini düzenlemektedir. Doktrinde tartışılan konu, yasa dışı bir greve katılmanın tek başına kusur oluşturup oluşturmayacağı ve eğer salt yasa dışı greve katılmanın iş sözleşmesinin feshi için yeterli olmayacağı kabul edilirse, işçinin bu konuda her türlü kusurundan sorumlu tutulup tutulmayacağıdır¹⁵⁵.

Doktrinde yasa dışı bir greve katılan işçinin iş sözleşmesinin TSGLK. m.4'ye göre haklı nedenle feshedilebilmesi için işçinin bu greve fiilen katılmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda kusurunun bulunmasının da gerekli olduğu belirtilmektedir. Buna göre, işçi katıldığı grevin yasa dışı olduğunu bilmemeli veya bilecek durumda olmamalıdır¹⁵⁶. Bu nedenle, işçide yasa dışı olduğunu bildiği bir greve katılma kastı aranmalıdır¹⁵⁷. Dolayısıyla grevci işçilerin iş akitlerinin haklı nedenle feshi için, greve katılmaları yeterli olmayıp, kusurlu olmaları, diğer deyimle grevin yasa dışı olduğunu bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları aranır. O halde yasa dışı greve katılmakla birlikte, grevin yasa dışı olduğunu bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan işçilerin iş akitleri askıya alınacaktır. Zira grevci işçi, yasanın kendisine tanıdığı bir hakkı kullandığı inancı içinde olduğu zaman kusurlu sayılmaz¹⁵⁸.

Reisoğlu'na göre, kolektif iş hukukunda kusurun tespiti, bu hukukun özellikleri göz önünde tutularak yapılmalıdır. Bu nedenle, işçi teşekkülü tarafından alınmış bir karara uyan işçinin grev için kanunun aradığı bütün amaç ve şekil şartlarını bilmemesi kusur sayılamaz. İşçi, kanunun kendisine tanıdığı bir hakkı kullandığı inancı içinde olduğu zaman kusurlu değildir meğerki işçi grevin kanuna

¹⁵⁵ Süzek, Askı, s.82.

¹⁵⁶ Çelik, Dersler, s.538; Oğuzman, Grev, s.13; Oğuzman, İlişkiler, s.260; Reisoğlu, Şerh, ss.366–367, Süzek, Askı, s.82; Esener, İş Hukuku, s.644.

¹⁵⁷ Devrim Ulucan, **Yasa Dışı Greve Katılan İşçinin İş Akinin Sona Ermesi**, İHU, 1970/II, TSGLK.29, (No.3).

¹⁵⁸ Süzek, Askı, s.83; Ünal Narmanlıoğlu, **Yasa Dışı Greve Katılan İşçinin Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshi İçin Gerekli Şartlar**, İHU, 1982/I, TSGLK.29 (No.7); Çelik, Dersler, s.494, Esener, İş Hukuku, ss.644–645; Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, B.2, Kazancı Yayınları, İstanbul 1980, ss.130–131; Aksi görüş, Oğuzman, Borçlar, C.I, ss.267–268; Seza Reisoğlu, **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara 1986, Şerh, s.368; İlke olarak ispat yükünü işverene yükleyen Yargıtay kararları için bkz. Y.9HD, E.1978/6458, K.1978/8736, 29.05.1978, Y.9HD, E.1981/3715, K.1981/6757, 11.05.1981, İşveren, Kasım 1981, CXX, S.2, s.17 ve Ulucan'ın incelemesi, TSGLK.29, (No.3).

aykırı olduğunu bilebilecek durumda bulunsun veya işveren işçilerin tutumunun kanuna aykırı olduğu konusunda onları uyarmış olsun¹⁵⁹.

Yargıtay 1978 tarihinde bu doğrultuda vermiş olduğu bir kararında, işçinin greve fiilen katılmasının yeterli olmadığını, katıldığı grevin yasa dışı olduğunu bilmesi ve bilebilecek durumda olması gerektiğinden bahsetmişti¹⁶⁰.

Bu nedenle sendikanın hiçbir toplu görüşme yapmadan veya uzlaşmaya gitmeden grev kararı uygulaması durumunda greve katılan işçilerin bu davranışlarının kanun dışı olduğunu bilmediklerini ileri sürmeleri mümkün olmayacaktır¹⁶¹. Bunun gibi grev yasağı bulunan bir iş yerinde greve gidilmesi halinde greve katılan işçinin bunu bilmemesi kanunu bilmemek olacağından işçinin greve katılması TSGLK 45.m.nin uygulanması için yeterli olacaktır¹⁶². Aynı şekilde grevin yasa dışı olduğunun mahkemece belirlenmesine veya ihtiyati tedbir kararıyla grevin durdurulmasına rağmen, greve katılmayı sürdüren işçiler kusursuz olduklarını ileri süremeyecekleridir¹⁶³. Yargıtay'a göre bu durumda, grevin durdurulduğuna ilişkin kararın, greve katılan işçinin üyesi bulunduğu sendikaya tebliğ edilmiş olması yeterli olup kararın işçilere bildirilme zorunluluğu yoktur¹⁶⁴.

Bu durumda işçinin bir takım usul eksiklikleri ve hataları sebebiyle yasa dışı olan greve ancak kastıyla katılması halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkının

¹⁵⁹ Reisoğlu, Şerh, s.367; Esener'e göre, greve giden işçiler çoğu zaman yaptıkları grevin kanun dışı olduğunu bilmezler. Kanunda öngörülen formalitelerden birsinin yerine getirilmemiş olması, dolayısıyla grevin kanun dışı olduğuna karar verilmiş olması durumunda greve katılan işçilere ağır bir kusur isnat edilemez. Esener, İş Hukuku, s.644.

¹⁶⁰ Olayda sözü edilen grevin yasa dışı grev sayılması, grev kararının altı iş günü içinde işverene bildirilmemesinden kaynaklanan bir prosedür eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Y.9HD, 6458/13342, 20.06.1978.t; Çenberci, Şerh, s.594; Ayrıca 6718/8388, 8.6.1978.t, Yasa, Ekim 1978, ss.1765–1766, Y.9HD, 6458/8736, 29.05.1978.t, ve Ulucan No:3, Y.9HD, 11449/12316, 20.11.1990.t, Tekstil İşv. s.15–16.

¹⁶¹ Reisoğlu, Şerh, s.367.

¹⁶² Ulucan, No:3, s.29.

¹⁶³ Yargıtay'a göre ihtiyati tedbir kararı ile durdurulmasına rağmen greve katılan davacının grevi sürdürmüş olmasına göre iş sözleşmesini önelsiz ve tazminatsız olarak bozulması doğrudur. HGK. 22.11.1978.t, 636/982; Çenberci, Şerh, s.594.

¹⁶⁴ Y.9HD, 10532/11350, 21.09.1978.t.

kullanabileceği (TSGLK m.45) ve işçinin kastıyla yasa dışı greve katılma hali dışında kalan durumlarda iş sözleşmesinin askıya alınacağı kabul edilmektedir¹⁶⁵.

İşçinin, yasa dışı grev kararının alınmasına katılması veya diğer işçileri yasa dışı greve teşvik etmesi halinde, bilerek bu işe katıldığı kabul edilmelidir. Bunun gibi, bazı usul sorunlarına ilişkin olmayıp, bütün işçilerce grevin yasa dışı olduğunun bilindiği varsayılabilir durumlarda, örneğin arabulucuya gitmeden ya da yasa dışı bir oturma grevine başvurulmasında, işçilerin bu davranışın yasa dışı olduğunu bilmediklerini ileri sürmeleri mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde, grevin yasa dışı olduğunun mahkemece belirlenmesine veya ihtiyati tedbir kararıyla grevin durdurulmasına rağmen greve katılmayı sürdüren işçiler kusursuz olduklarını ileri süremeyeceklerdir¹⁶⁶. Bu gibi durumlarda işveren, işçinin grevin yasadışı olduğunu bildiğini ispatlamak zorunda değildir, haklı nedenle iş ahdini feshedebilir¹⁶⁷.

Öğretide, yasa dışı greve katılan işçilerin iş akitlerinin haklı nedenle feshedilebilmesi için bu işçilerin kusurlu bulunması gerektiği hakkında görüş birliği olmasına karşın, işçilerde bulunması gereken kusurun ağırlığı konusu tartışılmamıştır. Öğretide Esener, haklı nedenle fesih hakkının doğumu için işçilerin ağır kusurlu olması gerektiğini ifade etmekte;¹⁶⁸ Ulucan'ın ise kastın¹⁶⁹ varlığını aramaktadır.

Süzek, işverenin fesih hakkını ancak işçinin yasadışı greve katılma kastının olması halinde kullanabileceğini ifade etmiştir¹⁷⁰. Bilindiği gibi ihmalde, hukuka aykırı sonuç istenilmemekle beraber hal ve durumun gerektirdiği tedbirlerin alınmaması yüzünden, bu sonucun doğmasına neden olma söz konusudur. Ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesi hafif ihmal, her makul

¹⁶⁵ Süzek, Askı, s.84.

¹⁶⁶ Resioğlu, Şerh, s.357; Akyol, s.48; Narmanlıoğlu, No:7; Ulucan, No:3; Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Y.9HD, 22.12.1977, E.1977/12378, K.1977/17528, YKD, Ocak 1979, C.V, S.1, s.64.

¹⁶⁷ Süzek, Askı, s.84.

¹⁶⁸ Esener, İş Hukuku, ss.644-645.

¹⁶⁹ Ulucan, No:3.

¹⁷⁰ Süzek, Askı, s.84.

insanın alması gerekli tedbirlerin alınmamış olması ise ağır ihmal sayılır¹⁷¹. Makul, tedbirli bir işçi ölçüt olarak alındığında, böyle bir işçiden kural olarak grevi yasa dışı kılan bazı usul eksikliklerini bilmesi beklenemeyecektir. Ancak bu usul eksikliklerini bilerek yasa dışı greve katıldığı ispatlanabilirse veya grevin yasa dışı olduğunu açık ve seçik olarak bilebilecek durumda olmasına rağmen greve katılırsa, iş akdi haklı nedenle feshedilebilir. O halde, işçinin kastıyla yasa dışı greve katılması hali dışında kalan durumlarda iş akdi askıya alınacaktır.

Görüldüğü gibi, grev halinde de, iş akitlerinin askıya alınmasında, “kusursuzluk” kavramı yerine ifa etmemenin işçiye “yüklenemez” olması koşulunun tercih edilmesi daha yerindedir. Çünkü bu durumda da “kusur” kavramı esas alınır, yasa dışı greve ihmali ile katılan işçinin sözleşmesinin askıya alınması mümkün olmaz. Buna karşılık, işçi ihmali sonucunda yasa dışı greve katılırsa, edimini ifa etmemesi kendisine “yüklenemeyecek” ancak kastının varlığı halinde iş akdi haklı nedenle feshedilebilecektir.

Grevin iş sözleşmesini askıya almasının açıklaması, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin askıya alınmasının teorik temelini oluşturan kusursuz geçici imkânsızlık ve bunun uzantısı olan ifanın beklenemezliği kavramlarıyla başka bir deyişle bireysel hukuka ait çözümlerle değil, grevin kolektif niteliği ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Aksi takdirde sadece bireysel hukuktan yola çıkılması, bizi iş sözleşmesinin askıya alınmasına değil, işverenin grevci işlerin iş sözleşmelerini, İşK’nun 17. (4857 s.K, m.25) maddesi uyarınca haklı nedenle feshine götürecektir¹⁷². Çünkü Süzek’e göre; bireysel iş ilişkileri ve medeni hukuk ilkeleri çerçevesi içinde kalındığında, her ne kadar grevci işçide iş sözleşmesini sona erdirmek iradesinin bulunmadığı kabul edilebilecekse de, karşı tarafı, onun rızası olmaksızın sözleşmesinin koşullarını tek taraflı olarak değiştirmeye nasıl zorlayabileceği sorusu yanıtız kalacak, sözleşme devam ettiği sürece karşı tarafı değişikliğe zorlamak mümkün olamayacağı için böyle bir hareket iş sözleşmesinin kusurlu ihlali yani

¹⁷¹ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.442vd; Tandoğan, ss.54–55, Fikret Eren, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.I, B.2, Ankara 1998, s.113vd; İnan, ss.268–269.

¹⁷² Aynı doğrultuda, Süzek, Askı, s.63.

kusurlu olarak iş görme edimini ifa etmeme sayılacak ve işveren grevci işçinin iş sözleşmesini feshedebilecektir¹⁷³. Kanımızca, Süzek'in bu görüşü grevin yasal düzenlenmesinin temelini oluşturur. Zira grevin işçilere yasal bir hak olarak tanındığı ve bu süre içinde de sözleşmenin askıya alındığının açıkça düzenlenmesi karşısında grevin, sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmeye çalışıldığı durum olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Ancak biz de grevin iş sözleşmesini askıya almasının teorik temelini bireysel iş hukuku ile değil grevin kendine özgü kolektif özelliği ile açıklanabileceği fikrindeyiz.

2.1.1.6.3. Askı ve Grev

Grev ve lokavt iş mücadelesinin iki formunu teşkil etmektedirler¹⁷⁴. Her iki hareket de iş sözleşmesi üzerinde askıya alınma sonucunu doğurmaktadır (2822 sayılı TSGLK m.42).

Hugo Seiter'e göre; sübjektif-özel grev hakkı, grevin devamı süresince işçiye iş sözleşmesinin varlığını sürdürürken iş görme borcunu tek taraflı olarak askıya alma yetkisi veren bir haktır¹⁷⁵.

Çifter; grevin hak olarak değerlendirildiği ülkelerde, grevin borca aykırılığı meşru kıldığını ve hizmet akdinin sona ermeyerek askı halinin ortaya çıktığını ifade etmiştir¹⁷⁶.

Akyol'a göre, grevin iş sözleşmesi üzerindeki etkisi, grev anlayışı ve grevin bir hak olarak tanınmış olup olmadığı ile ilgilidir. Grev eğer bir hak olarak tanınmamışsa, işverene grevcilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle fesih imkânı verir. Oysa yasal grev, işçiye iş görme edimini ifa etmede erteleme yönünde bir hak tanımaktadır. Bu durum ise işçinin devamsızlığını haklı kılar ve grevin bir hak

¹⁷³ Süzek, Askı, s.63.

¹⁷⁴ Gamillscheg Franz, Arbeitsrecht II, Kollektives Arbeitsrecht, München 1984, s.141; aktaran, Polat Soyer, **İş Mücadelesinde İşverenin Üçüncü Kişiler Karşındaki Sorumluluğu**, İzmir 1988, s.1 dn.1.

¹⁷⁵ Seiter, s.19, aktaran Aslı Tutucu, **Yasal Grevin İş Akdinden Doğan Hak ve Borçlara Etkileri**, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 1997, dn.244.

¹⁷⁶ Çifter, s.229.

olması nedeniyle devamsızlık haklı sebeple fesih hakkını doğurmaz. Grevciler işi bırakmakla, sözleşmeyi sona erdirmeyi değil, toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında çıkan uyuşmazlığı lehlerine çözmeyi ve isteklerini işverene kabule zorlamayı amaçlamaktadırlar. Yasal grevde işçiler, anayasa ile teminat altına alınmış bir hakkı kullandıklarından grev devamsızlığı meşru kılan bir sebeptir. Grevin toplu niteliği ve işçiler için anayasal bir hak olma özelliği, grev halinde iş sözleşmesinin askıya alınmasının teorik temellerini oluşturmaktadır¹⁷⁷.

Yasal bir greve katılan işçilerin sözleşmeden doğan borçlarının askıya alınması ve iş sözleşmelerinin feshedilmemesi, modern iş hukukunda işçinin iş güvencesi sağlama amacının bir belirtisidir. Yani akdin askıda olması, işin sürekliliğini ve iş güvencesini sağlar. Böylece yasal greve rağmen işçilerin işe devamlılığı sağlanmış olmaktadır¹⁷⁸. Askıda kalma bir taraftan da işverenin işletmesi için gerekli olan elemanları yani iş gücünü kaybetmek tehlikesinden kurtarmaktadır. Ancak askıda kalma ile daha çok işçilerin korunduğu şüphesizdir. Bu nedenle askıda kalmanın asıl amacı, grevi işçinin devamsızlığını haklı kılan bir sebep sayarak, bu devamsızlık yüzünden iş sözleşmesinin feshedilmesini önlemektir¹⁷⁹. Zira grev nedeni ile iş sözleşmelerinin feshedileceği korkusunun olması halinde, işçilerin anayasal hakları olan grev haklarını etkin bir biçimde kullandıklarından söz edilemeyecektir.

Kanundaki madde metni, sadece greve katılan işçilerin sözleşmelerinin değil, greve katılmayıp iş yerinde çalışmayı arzu edip işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin sözleşmelerinin de askıda kalacağını hükme bağlamıştır.

Grev/lokavtın sona ermesinden sonra işverenin işçiyi işe başlatması zorunludur. Aksi halde işveren temerrüde düşmüş sayılacaktır. Aynı şekilde işçilerin de askı süresi sona erdikten sonra işe başlamaları gerekmektedir. İşe başlamazlar ise işçinin temerrüdü ortaya çıkacaktır. Bu nedenle işveren işçileri haklı nedenle işten

¹⁷⁷ Akyol, s.3.

¹⁷⁸ Sarper Süzek, **İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara 1976, s.141.

¹⁷⁹ Akyol, ss.56,57; Süzek, Askı, s.14; Demir, s.82.

çıkabilecek ve yerlerine yeni işçi alabilecektir. Tuncay'a göre, grevin başladığı tarihte işçinin hasta olması ya da iznini kullanması nedeniyle işe gelmediğini bildirmesi halinde greve katıldığı varsayımı doğru değildir. Bu halde işçiyi grevci olarak düşünmemek gerekir. Ancak işçinin işe gelmemesini haklı kılan nedenlerin sona ermesinden sonra işe gelmemesi halinde, işçiyi greve katılmış saymak gerekmektedir¹⁸⁰.

2.1.1.7. Ailevi Nedenler

Ailevi nedenler İşK. m.46/3'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre “evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri” askı sürelerini oluşturacaktır¹⁸¹. Askı süresinin bitimi halinde işverenin fesih hakkı doğar. Ancak işveren tarafından kullanılmayan fesih söz konusu ise, askı süresinin devam edeceği açıktır.

2.1.1.8. İşletme Riski Niteliğinde Bir Takım Nedenler Halinde Tarafların Anlaşması

İş yerinde ekonomik kriz, üretim fazlalığı, ham madde temin edilememesi, üretilen mal ve hizmete talep eksikliği gibi nedenler halinde işverenin iş yerini işçilerle anlaşarak geçici bir şekilde kapatması halinde de iş sözleşmesi askıya alınmış olur. Uygulamada ücretsiz mecburi izin, mecburi tatil gibi isimler altında görülen bu durum¹⁸², işçiler tarafından açık veya örtülü bir şekilde kabul edilmiş olmak kaydıyla iş sözleşmesini askıya alıcı etki gösterir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu m.22/f.1 hükümlerine göre işverenin mecburi izin adı altındaki önerisi, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği içerir. Bu önerinin işçilerce yazılı olarak kabul edilmesi halinde iş sözleşmesinin askıda olduğu sonucuna varmak isabetli olacaktır. Aksi halde sözleşme askıda olmayacaktır.

¹⁸⁰ Tuncay, s.263.

¹⁸¹ Süzek, B.5, s.447.

¹⁸² Mollamahmutoğlu, B.3, 455.

Buna karşılık İş Kanunu'nun 22/2.fıkrasına göre taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceklerinden, m.22/f.2 kapsamında sözleşmenin askıya alınması her zaman mümkündür. Şu halde m.22/1 anlamında bir değişiklik önerisi için işçinin yazılı kabulü zaruri iken, 22/2. bağlamında değişiklik sözleşmesi için yazılı bir icap ve kabul kural olarak gerekmez.

Tarafların, yukarıdaki ve benzer nedenlerle anlaşarak iş sözleşmeleri askıya almaları, geçici ve makul bir süre içindir. Taraflar iş sözleşmelerini askıda kabul ettikleri izin süresini belirlemişlerse, askı hali bu süre boyunca devam eder. Öğretide bir görüşe göre, eğer bir süre belirlenmemişse, işçiler, iyi niyet kurallarına göre kendilerinden beklenebilecek belirli bir süreden sonra, iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebileceklerdir¹⁸³.

Buna karşılık Yargıtay “...askı süresince işe çağrılmayı bekleyen, işe çağrılmaması üzerine işverene ihtarname göndererek iş başı yaptırılmasını isteyen işçinin iş sözleşmesinin ihtarname ile işverene verilen sürenin sonunda işveren tarafından feshedildiği...” yönünde görüş bildirmiştir¹⁸⁴. Bu görüş son derece yerindedir.

Ücretsiz izin uygulaması ve bu halde iş sözleşmesinin askıya alınmasına dördüncü bölümde ayrıntılı bir şekilde değinileceğinden burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

2.1.2. Deniz İş Hukukunda Askıya Alınma Halleri

854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabii olan işçiler iş güvencesi kapsamına dâhil edilmemektedirler. Ancak iş güvencesi kapsamında olmasalar bile DİŞK'nda askıda kalma hallerini düzenleyen bir takım maddeler mevcuttur.

¹⁸³ Süzek, B.4, s.377.

¹⁸⁴ Y.9HD, E.2004/32205, K.2004/28466, 20.12.2004.t.

DİŞK. m.14/3'e göre, "...geminin herhangi bir sebeple 30 günden fazla bir süre seferden kaldırılması, gemi adamının herhangi bir sebeple gemide çalışmasına engel bir hastalığa ya da sakatlığa uğraması..." hallerinde söz konusu süreler boyunca iş sözleşmesi askıda kalacaktır.

Kanun koyucu geminin seferden kaldırılması halinde belirli bir süre belirlemiş olmakla beraber hastalık ya da sakatlık hallerinde herhangi bir süre öngörmemiştir. Elbette bir sürenin belirlenmemiş olması bu sürelerin sonunun olmadığı anlamına gelmemektedir. Daha önceki bölümlerde de anlattığımız gibi, bu sürelerin tayini dürüstlük kurallarına göre belirlenmelidir. Belirlenecek sürelerin aşılmasıyla birlikte taraflar iş sözleşmesini feshedebileceklerdir. Gemi adamının hastalığı devamlı veya doktor raporu ile sabit ise işveren gemi adamının iş sözleşmesini ihbarsız feshetme hakkına sahiptir¹⁸⁵.

Geminin seferden kaldırılması için gerekli olan sebeplere, tamirat, karantina veya bakım gösterebilir. Geminin seferden kaldırılması kararı kuşkusuz işverenin kişisel kararıdır. Ancak kanun, işverenin bu tarzda bir karar alabilmesi için geçerli nesnel ölçüler belirlemediğinden işverenler keyfi olarak gemiyi seferden alıkoyarak iş sözleşmesini feshedebilmektedir¹⁸⁶. Bu haller dışında Yargıtay, gemi adamının eşinin hastalığı nedeniyle işe gidememesi halini de askı hali olarak değerlendirmiştir¹⁸⁷.

2.1.3. Basın İş Kanununda Askıya Alınma Halleri

2.1.3.1. Gazetecinin Hastalanması

Gazetecinin hastalığı BİŞK. m.12'de belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, "gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akdi işveren tarafından feshedilemez.

¹⁸⁵ Oğuz Özbek, **Deniz İş Hukuku**, Birsen Yayınevi, İstanbul 1984, s.44

¹⁸⁶ Devrim Ulucan, **Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgileri Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi 3**, İstanbul, 1986, s.40.

¹⁸⁷ Y.9HD, E.12236, K.14417, 18.12.1970.t.

Ancak bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi cihetine gidilebilir...”

Söz konusu maddeye göre, hastalık sebebinin altı ayı aşmaması halinde işverence sözleşmenin feshedilmesi geçersizdir. İşveren hastalığın ancak altı ayı aşması halinde sözleşmeyi feshedebilir. Fakat bu durumda kıdem tazminatı ödemek zorunda kalır. Bu halde işveren geçerli nedene dayandığı için işçinin işe iade imkânı bulunmamaktadır. Geçerli nedene dayanmayan fesih ise kıdem tazminatının yanı sıra ihbar tazminatının da ödenmesi gerekmektedir. Bunun yanında işçi işe iade davası açabilmektedir.

Çil'e göre; gazetecinin kendi kusurunun olup olmaması ya da hastalığın iş yerinden kaynaklanıp kaynaklanmaması kanunun sağladığı korumayı etkilemez¹⁸⁸.

Söz konusu sürede iş sözleşmesi askıda kalmaktadır. Ancak bu dönemde gazetecinin ücret almaya devam edip edemeyeceği ile ilgili kanunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe; İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi mevcut değildir. Bu nedenle iş kanunlarında hüküm bulunmadığı zaman Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanması doğru olacaktır¹⁸⁹.

Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında¹⁹⁰, İş Kanunu'nun diğer iş kanunlarının ana kanunu olduğu görüşü benimsenmiştir. Bu nedenle DİŞK ve BİŞK'ndaki boşlukların genel nitelikteki İş Kanunu ile doldurulması görüşünü benimsemiştir. Doktrinde bu görüşü kabul eden yazarlar da bulunmaktadır¹⁹¹.

¹⁸⁸ Şahin Çil, **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Mayıs Toplantısı, İstanbul, Şubat 2006, s.164.

¹⁸⁹ Çelik, Dersler, s.15; A. Can Tuncay, **Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri**, Evrim Yayınları, İstanbul 1989, s.64.

¹⁹⁰ Örneğin; Y.9HD, E. 4311/K.377, 04.05.1967.t; Müjdat Şakar, **İş Hukuku Uygulaması**, Der Yayınları İstanbul 2006, s.24.

¹⁹¹ Şakar, Uygulama, s.24.

Genel olarak kabul edilen görüşe göre, açıklama yapacak olursak, BK. m.328’de yer alan hüküm gereğince uzun süre için yapılan sözleşmede, işçi hastalık gibi sebeplerden ötürü kısa bir süre için işini ifa edemez ise, bu müddet boyunca ücret istemeye hakkı olduğu sonucuna varabiliriz. Ancak burada da, MK. m.2’deki dürüstlük kuralı gereğince kısa süreyi belirlememiz gerekecektir. Uyuşmazlık halinde bunu belirleyecek olan makam mahkemelerdir. Buradaki hastalık deyiminin kazayı da içerdiği kabul edilmektedir¹⁹². SSK gereğince ödenecek olan geçici iş göremezlik ödeneği de bu ücreti etkilemeyecektir.

2.3.1.2. Askerlik

Bu konu BİŞK’nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre,

“Talim veya manevra dolayısıyla silâh altına alınan gazeteci bu müddet zarfında ücret ödeme hakkının muhafaza eder. Ancak yedek subay olarak veya sair suretlerle askeri hizmet karşılığı aylık alan gazetecinin almakta bulunduğu bu aylık kendi işinden aldığı ücretten az ise, işveren gazeteciye, yalnız aradaki farkı ödemekle mükelleftir. Kısmi veya umumi seferberlik dolayısıyla silâh altına alınan gazeteci hakkında üç ay için bu maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanır...”

Şu halde gazetecinin silâh altına alınması üç halde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, talim ve manevra dolayısıyla silâh altına alınmadır. Bu süre içinde, gazeteci çalışmadığı halde, ücret istemeye hak kazanır. Ancak askerlikten alınan aylık, işverenin verdiği ile eşit ya da daha yüksek ise işveren herhangi bir ödeme yapmayacaktır. Bu sürede iş sözleşmesi feshedilemez ve sözleşme askıdadır.

İkinci olarak, kısmi ve umumi seferberlik halinde silâh altına alınan gazeteci ilk üç ay ücret istemeye hak kazanacaktır. Üç ayı aşan süre geçerli fesih için bir sebep oluşturacaktır. İlk üç aylık sürede iş sözleşmesi askıda kalacaktır.

¹⁹² Müjdat Şakar, **Basın İş Hukuku**, Beta Yayın Evi, İstanbul, Ekim 2002, s.73.

Son olarak, muvazzaf askerlik nedeni ile silâh altına alınan gazeteci için son ücretin yarı oranında ve askerlik süresince ücret ödenecektir. Muvazzaf askerlik durumu geçerli fesih için bir sebep oluşturmamaktadır. Ancak belirli süreli sözleşmelerde süre muvazzaf askerlik döneminde bitmiş ise, sözleşmenin sona erdiğini kabul edilir. 4857 sayılı İşK muvazzaf askerlik fesih nedeni kabul edilirken BİŞK’nda askı halini oluşması gazeteciler lehine düzenlenmiş bir uygulamadır.

2.1.3.2. Gebelik

Bu durum, BİŞK’nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre;

“Kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin 7.ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet zarfında müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez”.

Şu halde kadın gazetecinin sözleşmesi hamileliğin yedinci ayından doğumu izleyen ikinci ayın sonuna kadar askıda kalacaktır. Bu süre içinde işveren son ödenen ücretin yarısını ödenemeye devam edecektir. Bu sürede işverence fesih yapılamayacaktır. Ancak feshin yapılması halinde feshi geçerli nedene dayanmadığı için gereken hükümler burada işlemeye başlayacaktır. Aynı şekilde bu sürede ödenmesi gereken ücretler ödenmez ise, işveren günlük yüzde beş daha fazla ödemeye tabi tutulacaktır¹⁹³.

Doğum gerçekleşmez yani düşük meydana gelir ya da çocuk ölü doğarsa, bu durumun ortaya çıkmasından itibaren bir ay süreyle işveren son ücretin yarısını ödemeye devam eder¹⁹⁴.

¹⁹³ Çil, Basın, s.165.

¹⁹⁴ Şakar, Basın, s.76.

2.1.3.4. Mahkûmiyet ve Yayın Tatili

Bu durum BİŞK'nun 17. maddesinde açıklanmıştır. Söz konusu hükme göre,

“...mensup olduğu mevkutedeki bir yayın dolayısıyla hürriyeti tahdide uğrayan gazeteci ücretini işverenden almakta devam eder. Ancak hürriyetin tahdidini mucip olan yayın, mezkûr gazeteci tarafından mevkute sorumlu müdürünün veya sahibinin haberi olmadan yapıldığı veya yaptırıldığı yahut sorumlu müdürün tetkikatından geçirilerek neşri takarrür eden şekil üzerinde tahrifat, tadilat, tay veyahut ilaveler yapmak veya yaptırmak suretiyle vuku bulduğu takdirde mezkûr gazeteci bu hükümden faydalanamaz...”

Şu halde, bir yayın sebebi ile gazetecinin hürriyeti sınırlanmış ise işverenin ücret verme borcu devam edecektir. Aynı zamanda işçinin arada yapılan toplu zamlardan yararlanma imkânı da bulunmaktadır¹⁹⁵. Bu hükümlülük halinde iş sözleşmesi askı halinde devam edecektir. Bu durumda işverenin geçerli fesih hakkı yoktur.

Aynı şekilde, yayını tatil edilen iş yerlerinde iki ay süreyle ücret ödenmeye devam edeceği kurala bağlanmıştır. Aslında burada bahsedilen ücret değil kıdem tazminatıdır¹⁹⁶. Bu durumda söz konusu iki aylık süre askı süresi olarak kabul edilecektir.

¹⁹⁵ Nuri Çelik, **Ekonomik Krizde Toplu İşten Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları**, Prof.Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.433; Kübra Doğan Yenisey, **Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı**, Galatasaray Üniversitesi 17–18 Mayıs 2002, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.81; Ali Nafiz Konuk, **Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, MESS Mercek Dergisi, Y.9, S.34, Nisan 2004, s.53.

¹⁹⁶ Tuncay, Basın, s.59.

2.1.3.5. Olağanüstü İzin

BİŞK. m.19/2'ye göre,

“Birinci fıkra hükmü dışında gazeteci, çocuğu dünyaya geldiği zaman üç, eşi veya çocuğu, anası veya babası öldüğü zaman dört, çocuğu evlendiği, kardeşi, büyükanne veya büyükbabası veya torunu öldüğü zamanlar iki gün olağanüstü ücretli izine hak kazanır. Bu izinler senelik izinden sayılmaz”.

Bu süreler sözleşmelerle artırılabilceği gibi bu örneklere yenilerinin eklenmesi de mümkündür¹⁹⁷.

2.2. İŞ AKDİNİN SÖZLEŞMEYLE ASKIYA ALINMASI ve ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMASI

2.2.1.Ücretsiz İzin

Ülkemizde 1994 ve 1998–2001 yıllarında kendisini gösteren ekonomik krizler sırasında satışların azalması nedeniyle üretimi yavaşlatmak isteyen işverenlerin yaygın bir biçimde uyguladığı önlemlerden biri de, işçileri belirli bir süre ücretsiz izine çıkarmak olmuştur¹⁹⁸.

İşverenler, genel ekonomik kriz dönemlerinde yahut münferit zorlayıcı nedenlerden dolayı, işyerlerinde faaliyetleri tümüyle veya belli bölümlerde kısmen veya tamamen durdurmakta, bunun sonucu, atıl kalan işgücünü ücretsiz izne çıkartmaktadırlar. İşçiler veya örgütlü ise sendikaları, işverenin bu uygulamasını kabul etmemekte, çaresiz kalan işyerleri de neticede bu uygulamayı kabul etmeyen

¹⁹⁷ Tuncay, Basın, s.62.

¹⁹⁸ Nuri Çelik, **Ekonomik Krizde Toplu İşten Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları**, Prof.Dr.Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.433; Yenisey, Ekonomik Kriz, s.81; Konuk, s.53.

işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirmek zorunda kalmaktadır. Bu nedenle de çok sayıda işçi işini kaybetmektedir¹⁹⁹.

Özellikle ekonomik kriz ile bunun yanında işveren ve işletme ile sınırlı ekonomik güçlükler, satışların durması, stok fazlalığı, maliyetlerin artması gibi durumlar işverenlerin ücretsiz izin talepleri için gerekçe olabilmektedir. Bu şekilde, genelde işletme gerekleri nedeniyle gidilen ve sözleşmenin askıya alınması sonucunu doğuran çalışmanın geçici olarak tamamen durdurulması hali ücretsiz izin olarak adlandırılmaktadır²⁰⁰.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/III ve 25/III maddeleri gereğince zorlayıcı nedenlerin söz konusu olması halinde akit bir hafta boyunca askıda kalacaktır. Söz konusu bir haftadan sonra taraflardan biri sözleşmeyi feshetmezse, sözleşme açık veya zımnî olarak askı halinde devam edecektir. Her iki tarafın rızasıyla devam eden bu askı hali, uygulamadaki ücretsiz iznin ortaya çıktığı ilk haldir²⁰¹.

İşletmeden kaynaklanan umulmayan haller veya ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınması tarafların karşılıklı anlaşmasına bağlıdır. Bunun ise uygulamada görülen ücretsiz izin olduğu apaçiktır²⁰². Dolayısıyla işletmeye bağlı nedenlerle ve tarafların rızasıyla sözleşmenin askıya alınması, ücretsiz iznin ortaya çıktığı ikinci haldir²⁰³.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde gidilen bir durum olması bakımından ücretsiz izin, tüm askı uygulamalarında olduğu gibi iş ilişkisinin sürekliliğine hizmet eden ve işletme gerekleri ile iş sözleşmesinin feshini önleyen bir araçtır. Fakat ücretsiz iznin feshe alternatif olabilmesi ancak geçici bir ifayı kabul engeline dayanması, başka bir deyişle işveren açısından iş görme edimini kabul edememe

¹⁹⁹ Konuk, s.53.

²⁰⁰ Latife Çiğdem Ertaş, **Kısa Çalışma**, Yüksek Lisans Tezi, s.27.

²⁰¹ A. Murat Demircioğlu ve Murat Engin, **Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma**, İTO Yayınları, İstanbul 2002, s.97.

²⁰² Diğer bir yolunun kısa çalışma halinde sözleşmenin askıda kalması olacağından ikinci kısımda bahsedilecektir.

²⁰³ Demircioğlu/Engin, s.98.

durumunun geçici olması şartına bağlıdır. İşyerinin faaliyeti sürekli veya belirsiz bir süre için durduruluyorsa, ücretsiz izin uygulaması feshi önlemekten ziyade işvereni fesih riskinden kurtaran bir araç haline gelebilir. Her durumda ücretsiz izin uygulamasının işçi açısından sonuçları ağırdır. Ücretsiz izin uygulamasında ekonomik risk tamamen işçiye yüklenmekte, işçi hiçbir geliri ve sosyal hakkı olmadan güç durumda kalabilmektedir²⁰⁴. Özellikle uzun süreli ücretsiz izin işçi açısından fesihten daha hafif değil daha ağır bir müdahale olabilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan işverenlerin başvurduğu ücretsiz iznin, genelde ekonomik kriz dönemlerinde, satışların azalması ve buna bağlı maliyetlerin artmasına bağlı meydana gelen iş gücü fazlalığının belli bir süre de olsa asimile edilmek amacıyla gidilen bir yöntem olduğu görülecektir.

2.2.2. Ücretsiz İzin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Oluşturması

İş akdinin esaslı unsurlarından biri olan ve işçinin iş görme ediminin sinallagmasını oluşturan ücrete ilişkin işçi aleyhine her türlü değişiklik esaslı değişiklik niteliği taşır²⁰⁵.

Nitekim Yargıtay da yeni İş Kanunu döneminde verdiği kararda işçinin ücretinde ve gördüğü işin niteliğinde işveren tarafından tek taraflı aleyhe değişiklik yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Bu karara göre:

“Davanın normatif dayanağı 4857 Sayılı Yasanın 22. maddesidir. Söz konusu madde çalışma koşullarında esaslı değişikliği esas almıştır. Mahkemece doğru bir sonuca varılabilmesi için davacının son işinin

²⁰⁴ Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003, s.107.

²⁰⁵ Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul 1981, s.13; Kübra Doğan Yenisey, **Çalışma Koşullarında Değişiklik**, III. Yılında İş Yasası, İstanbul, s.122; Mikdat Güler, **Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri**, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, s. 121.

*önceki işle aynı değerde olup olmadığı, görev, unvan, kariyerinde ve ücretlerinde bir olumsuzluk olup olmadığı belirlenmelidir*²⁰⁶.

İşçinin ücretinden mahrum kalacağı ücretsiz izin dönemlerinin işçi aleyhine sözleşmede esaslı değişiklik oluşturduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim iş hukuku öğretisinde pek çok yazar bu konuda hem fikirdir²⁰⁷.

Başterzi'ye göre; ücretsiz izinlerde, işverene ait olması gereken işletme riski işçiye yüklenmiş olmaktadır. Çünkü işveren, işçileri işten çıkarma maliyetine katlanma zorunda kalmaksızın iş akitlerini askıya alma olanağı elde etmekte, buna karşılık işçi hukuken işsiz kalmadan, fiilen işsizliğin sonuçlarına katlanmakta, bu dönemde gelir güvencesinden ve sosyal haklarından yoksun kalmaktadır. İşçi, kısa süreli çalışma koşulları (4447 sayılı Yasa, Ek m.2) gerçekleşmediğinden kısa çalışma ödeneği ve işsiz de sayılmadığından (4447 sayılı Yasa, m.47/e, 51) işsizlik ödeneği alamamaktadır. Yeni bir iş bulmanın güçlüğüne düşünerek işini korumaya çalışan, bu nedenle de ücretsiz izin önerisini kabul eden işçiler işletme riskini yüklenmiş olmaktadır²⁰⁸. Bu nedenle ücretsiz izin uygulamaları kural olarak çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik oluşturur.

Başterzi ile benzer görüşteki yazarlar da, işverene iş akdinin temel unsurlarından olan ücreti tek taraflı biçimde değiştirme yetkisinin tanınmasının sözleşme teorisi ile bağdaşmadığını, sözleşmenin temel dengelerini ve kurulmuş olan düzeni tümüyle bozacak esaslı bir müdahale niteliği taşıdığını belirtmişlerdir²⁰⁹.

²⁰⁶Y.9HD, 14805/28304, 20.12.2004; Osman Güven Çankaya ve diğerleri, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.600.

²⁰⁷ Sarper Süzek, **Değişiklik Feshi**, Tisk Akademi, C.I, S.I, s.12; Süzek, B.5, s.434; aynı yöndeki görüşler için bkz. Demircioğlu/Engin, s.96; Uşan, s.230; Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.228; Çankaya ve diğerleri, **İşe İade Davaları**, s.63.

²⁰⁸ Süleyman Başterzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkinine Etkisi**, Ankara 2007, s.169; Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi**, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003, s.107; Alp, s.228.

²⁰⁹ Yenisey, **Değişiklik**, s.122; Münir Ekonomi, **Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.166; Güler Alpagut, **İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları**, İHSGHD, S.9, 2006, s.61; Murat Şen, **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik**, Ankara 2005, s.163; Güler, ss.123-124.

1475 sayılı yasa döneminde öğretide benimsenen ve Yargıtay’ca da uygun görülen bu görüş 4857 sayılı İş Kanunu’nda yasal dayanağa kavuşmuş bulunmaktadır. Gerçekten de ücretsiz izin uygulamasının çalışma koşullarında değişiklik anlamına geleceği açıktır. Ücretsiz izin uygulamaları kural olarak çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik oluşturduğundan İş Kanunu’nun değişiklik feshine ilişkin 22. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekecektir²¹⁰. Esaslı değişiklik oluşturan ücretsiz izin uygulamasının işçi tarafından kabul edilip edilmeyeceği farklı sonuçlar yaratır.

2.2.3. Ücretsiz İzne Çıkarılma Önerisinin Kabul Edilmesi ve Anlaşma Suretiyle Ücretsiz İzin

2.2.3.1.Genel Olarak

Ücretsiz izin, çalışma koşullarının işçi aleyhine esaslı değişikliği olduğundan İşK’nun 22. maddesindeki prosedürün işletilmesini gerektirir. İş Kanunu'nun 22. maddesi söz konusu değişiklik için iki yol öngörmektedir. Anlaşma suretiyle ücretsiz izin uygulaması bunlardan ilkidir.

İşK’nun 22. maddesinin 2.fıkrasına göre; “ taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler. Şekil bakımından İş Kanunu m.22’ye uygun olarak böyle bir anlaşmanın geçerliliği için yazılı olması veya en azından işçinin yazılı rıza beyanının bulunması gereklidir. Dürüstlük kuralı somut olayda aksinin kabulünü gerektirmedikçe sözlü veya zımni bir anlaşma geçerli kabul edilemez. Ayrıca geçerli bir değişiklik sözleşmesinden söz edilebilmesi için, sözleşmenin ana unsuru olan ücretsiz izin süresinin açıkça belirlenmiş olması gerekir²¹¹. Ücretsiz izin süresinin işverenin takdirine bırakılması veya “ekonomik kriz bitinceye kadar” gibi muğlak bir ifade ile belirlenmesi durumunda, değişiklik sözleşmesinin geçerli olarak kurulmadığını ve iş sözleşmesinin askıya alınmadığını

²¹⁰ Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler**, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9ozel/ssuzek.pdf>, s.127.

²¹¹ Eyrenci ve diğerleri, s.141.

kabul etmek gerekir. Ekonomik riskin işverene ait olması ilkesi karşısında bu riskin hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan işçiye yüklenmesi yerinde olmaz. Sona erme zamanı işverenin takdirine veya gerçekleşme zamanı belirsiz bir olaya bağlanarak ücretsiz izin uygulamasının ise, ekonomik riskin aşırı bir şekilde işçiye yüklenmesi anlamına geleceği açıktır. Sözleşmeden doğan hak ve borç dengesini bu ölçüde bozan bir sözleşme hükmü, dürüstlük kuralına aykırı, haksız ve geçersizdir²¹². Ücretsiz iznin kesin veya yaklaşık süresi başlangıçta öngörülemiyorsa, ücretsiz izne dair anlaşmanın kısa süreli yapılması ve süre bitiminde ifayı kabul engeli devam ediyorsa yenilenmesi mümkündür.

2.2.3.2. Ücretsiz İzin Sebebinin Belirtilme Zorunluluğu

İşçinin sözleşmesini askıya alacak ücretsiz izin teklifine karşı kabul veya ret beyanında bulunabilmesi yani bu konudaki iradesini ortaya koyabilmesi bakımından, ücretsiz izne çıkarılma nedeni hakkında bilgi sahibi olmak isteyeceği açıktır. Aksi halde işçinin sebebini bilmediği ve üstelik de ücret gelirinden yoksun kalacağı böyle bir öneriyi serbest iradesi ile kabul ettiği söylenemez. Bu nedenle işçiye böyle bir öneride bulunacak işverenin, bunun nedeni hakkında işçiyi bilgilendirmesi kaçınılmaz görülmektedir.

Nitekim Yargıtay da 2005 yılında verdiği bir kararda, işverence yapılan askıya alma işleminde neden gösterilmemesini fesih niteliğinde kabul etmiş ve feshin geçersizliğine dolayısıyla da işçinin işe iadesine karar vermiştir²¹³.

Buna karşılık Eyrenci/Taşkent/Ulucan'a göre, İş Kanunu 22'nin düzenlemesi karşısında, anlaşmanın konusu bakımından herhangi bir sınırlandırma getirilme olanağı yoktur. Zira işçinin razı olduğu değişikliğin nedeni ve sonuçları ne olursa olsun anlaşma geçerlilik kazanacaktır²¹⁴. İş Kanunu m.22, işverenin değişiklik önerisinin geçerli bir nedene dayanmasını aramamış ve anlaşma ile değişikliğin

²¹² Alp, s.230, dn.312.

²¹³ Y.9HD, E.29066, K.30405, 19.09.2005.t, Tühis, Kasım 2005, ss.108-109.

²¹⁴ Eyrenci ve diğerleri, s.142.

denetlenmesini öngörmemiştir. Bu nedenle işçinin razı olduğu ücretsiz izin uygulaması bir nedene dayanmasa bile hüküm doğuracaktır. İş Kanunu m.22’de tarafların anlaşması suretiyle iş sözleşmesini her zaman değiştirilebileceklerini düzenleyen açık hükme rağmen, yeni dönemde de tarafların ücretsiz izne dair anlaşmasını ve işçinin iradesini geçersiz saymak açıkça yasaya aykırı bir yorum olacaktır. Ücretsiz izin anlaşmasının geçersiz olabilmesi için işçiyi korumanın çok ötesinde BK m.19-20’deki nedenlerden birinin bulunması aranmalıdır. Burada müzayaka durumu ve buna dayalı olan gabini kabul etmek de söz konusu değildir. Çünkü işçi ücretsiz izin önerisini kabul etmemek ve iş sözleşmesinin bildirimli feshinden doğan hakları kullanmak olanağına sahiptir²¹⁵.

2.2.3.3. Ücretsiz İzin Süresinin Belirtilmesi Zorunluluğu

2.2.3.3.1. Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği üzere ücretsiz iznin ne kadar süreceği önemlidir. Çünkü belirtildiği gibi böyle bir uygulama, çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamı taşır. Bu nedenle de işçinin ücretsiz izin önerisini değerlendirebilmesi için ne kadar süreceği hakkında bilgi sahibi olması gerekir. İşçi ancak böyle bir durumda, ne kadar süre için ücret gelirinden yoksun kalacağını bilecek ve sağlıklı bir değerlendirme yaparak kendince isabetli bir karara varabilecektir. Zira işçinin ücretsiz izin uygulamasını kabul etmemesi ihtimali de vardır. Bu nedenle asıl olan işverenin öneri de bulunurken askı süresinide belirtmesidir²¹⁶.

İş hukuku öğretisinde, kimi yazarlar, işverenin işçiye yapacağı öneride, ücretsiz izin süresini açıkça belirtmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir²¹⁷. Bir kısım yazarlar ise askı süresinin belirtilmesinin şart olmadığını, ancak ücretsiz izne neden olan olayın niteliğinden bunun geçici olduğu sonucunun çıkarılabilmesi gerektiğini

²¹⁵ Öner Eyrenci, **Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler**, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, 2001, s.58

²¹⁶ Eyrenci ve diğerleri, s.141.

²¹⁷ Alp, ss.229–230; Engin, İşletme Gereklere, s.109; Fevzi Demir, **Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Alınması**, Sicil, S.2, Haziran 2006, s.2

kabul etmektedir²¹⁸. Çünkü son görüşe göre, işçilerin kabul ettiği askıya alınma önerisinde, akdin askıya alınacağı süre öngörülmemiş olsa bile, bunun sınırsız bir süre devam edeceği düşünülemez²¹⁹.

Süzek, işverenin bu konuda yapacağı öneride, ücretsiz izin süresinin belirtilmesinin uygun olduğunu belirtmekle birlikte, bunun yasal bir zorunluluk olmadığını ifade etmektedir²²⁰. Yazara göre; İş Kanunu'nun 22.maddesinden böyle bir zorunluluğun çıkarılması mümkün değildir.

Kanımızca Süzek'in bu görüşüne katılmak pek mümkün görünmemektedir. Zira eğer işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik teşkil eden ücretsiz izin uygulamasının işverence somut ve belirli bir süreye bağlanmayabileceği kabul edilirse, bu durumun işçi aleyhine olumsuz sonuçlar doğuracağı çok açıktır. Yazarın ücretsiz izin süresinin uzun süre devam etmeyeceğinin işin mahiyeti gereği belli olacağı ayrık duruma bağlaması da bu gerçeği değiştirmeyecektir. Çünkü böyle bir durumda, ücretsiz izin uygulaması işverenin kontrolü altına girecek ve işverenin, -durumun gereği şeklindeki gerekçelerine kılıf uydurma- alanı genişleyecektir. İşverene bu yönde inisiyatif tanıyan düzenlemelerden olabildiğince uzak durulmalıdır. İşin mahiyetine aykırı düşmeyecek belirli bir sürenin öngörülmesi halinde ise bu sıkıntılar ortadan kalkmış olacaktır.

Taşkent'e göre²²¹; işverenin ücretsiz izin önerisinde bulunurken her ne kadar süresini belirtmesi zorunluluğu olduğunu kabul etmek gerekse de; işverenin bazen işe ara vermenin ne kadar süreceğini tahmin etmesinin mümkün değildir. Zira yazara göre, ücretsiz iznin başlangıcında ne kadar süreceğinin belirtilmesi gerektiği vazgeçilmez bir şart olarak kabul edilmemelidir. Çünkü bu husus, durumun gereklerine göre değişkenlik arz edebilir. Ancak Eyrenci'nin²²² de vurguladığı gibi, böyle bir durumda dahi ücretsiz izin uygulamasının geçici olduğu yolunda bir

²¹⁸ Savaş Taşkent, **İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.1, S.3, 2006, s.23; Eyrenci, Ücretsiz İzin, s.109.

²¹⁹ Süzek, B.4, s.384.

²²⁰ Süzek, Ücretsiz İzinler, s.128.

²²¹ Taşkent, Ücretsiz İzin, s.23.

²²² Eyrenci, Ücretsiz İzin, s.42.

izlenim yaratmalı ve işçide böyle bir kanı oluşturmalıdır. Zira aksi halde iş sözleşmenin askıya alınmasından bahsedilemez.

Taşkent'in bu görüşünde, ücretsiz izin uygulamasının bir kez daha öncelikli olarak işverenin menfaatlerine hizmet ettiği sonucuna varılır. Zira işverenin tamamen kendisine ait olan işletme riskini, ücretsiz izne çıkarmak suretiyle işçi ile paylaştığı unutulmamalıdır. Bunun üstüne bir de sırf ekonomik sıkıntının ne kadar süreceğinin belli olmadığı gerekçesiyle süresi belirtilmeksizin ücretsiz izne çıkartma, işletme riskinin tamamen işçiye yükletildiği anlamına gelecektir. İşverenin ekonomik sıkıntının ne kadar devam edeceğini ve ne zaman sonlanacağını bilemeyeceği gerçeği kabul edilmekle birlikte, bunun tahminen öngörüldüğü somut bir süre belirlenmeli ve duruma göre bu sürenin bitiminde yeniden değerlendirmeler yapılmalı, gerekiyorsa işçinin onayı alınarak ücretsiz izin süresi uzatılmalıdır. Aksi halde işçi, hiç bilmeyeceği ve ne zaman geri çağrılacağını dahi tahmin edemeyeceği bir askı dönemine girer ve sözleşme feshedilmediği sürece de işverene bağlı kalmaya devam eder.

İşverence önerilecek süre, yukarıda açıklandığı şekilde askının tanımı ve teorisi gereği geçici nitelik taşınmalı, dürüstlük kurallarına uygun makul bir süre olmalıdır. Taraflar, geçicilik koşula uygun makul bir süre üzerinde anlaşmaları takdirde iş akdi bu süre içinde askıya alınır ve işçi ile işveren lehine haklı nedenle fesih hakkı sınırlanır. Askı süresi dolduğunda ise, iş akdinden doğan bütün hak ve borçlar kendiliğinden yürürlüğe girer ve iş ilişkisi kaldığı yerden aynen devam eder.

Başlangıçta işveren tarafından askıya alınmanın geçici niteliği ile bağdaşmayan ve makul olmayan uzunluktaki ücretsiz izin süresi işçi tarafından kabul edilse bile aşağıda ele alınacağı üzere dürüstlük kuralının gerektirdiği makul süre sonunda işçi, iş akdini haklı nedenle feshedebilecek daha lehe bir çözüm ile sözleşme, işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır²²³.

²²³ Münir Ekonomi, **İş Yerinin Kapatılması**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.438; Taşkent, Ücretsiz İzin, s.25; Başterzi, s.170, aksi görüşte; Çelik, Çözüm Arayışları, s.343; Alp, s.230.

Aksine bir tutum yani, makul bir sürenin geçmesine rağmen “ücretin ödenmemesi” ve/veya “çalışma şartlarının uygulanmaması” işçiye derhal fesih hakkı tanıyan İşK m.24/II-e ve f fıkralarında getirilmiş olan emredici hükümlerin özüne dokunulması sonucunu doğurur²²⁴.

Başka bir deyişle, askı süresi konusundaki anlaşma, İşK 24/II'nın başlığında belirtildiği gibi “iyi niyet kurallarına” aykırı, makul süreyi aşacak şekilde belirlenemez. İşçiyi ücretinden ve diğer haklarından yoksun bırakan böyle bir askı, İş Kanunu'nun işçinin derhal fesih hakkına ilişkin anılan emredici hükümlerinin kullanılabilmesine engel olamaz²²⁵. Yasa, ancak iyi niyet kurallarının sınırları dâhilinde böyle bir anlaşmaya imkân tanımakta, askı süresi geçici makul süreyi aştığı takdirde sözleşme, İşK m.24/II'de yer alan emredici hükümlere aykırı hale gelmektedir.

Bizce de işverenin, söz konusu ekonomik sıkıntılar ve zorlayıcı nedenler dolayısıyla ortaya çıkan durumun kendisi açısından ne kadar süreceğinin bilinemeyeceği gerekçesiyle süresi belirsiz ücretsiz izin dönemlerine gidebilmesine fırsat verilmemelidir. Aksi halde bu durum, işveren açısından kaçış kapısı olarak görülecek ve kendi üzerinde bulunan işletme riskini işçi üzerine yükleyerek içine düşmüş olduğu sıkıntıyı atlatmaya çalışacaktır. Her ne kadar bu durumun işletmelerin ve dolayısıyla da istihdamın devamlılığı bakımından işçi yararına olduğu ileri sürülebilse de; daha ziyade işverene hizmet ettiği çok açıktır. Bu nedenle işverenin yapacağı iş, öngörmese dahi somut, durumun gereklerine uygun ve ihtiyaçları karşılaması ihtimal dâhilindeki bir süre için ücretsiz izin önerisinde bulunmak, bu süre içinde ücretsiz izne çıkarma amacının gerçekleşmemesi halinde de yine yazılı onay ile bu süreyi uzatmak olacaktır.

²²⁴ Başterzi, ss.170–171.

²²⁵ Ekonomi, İş Yerinin Kapatılması, ss.438–439.

Yargıtay 1980’li yıllarda verdiği çeşitli kararlarında, 11 ay süren ücretsiz izinleri, daha sonra ise 8 veya 6 aylık ücretsiz izinleri süre yönünden sorgulamamıştır²²⁶. Yüksek mahkeme, başka bir olayda ise iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile askıya alınmasından itibaren yaklaşık 3 ay, başka bir olayda da 52 gün geçmesini askı süresinin uzaması olarak nitelendirmiş ve bu süreler sonunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini belirtmiştir.

Yargıtay’ın; iş sözleşmesinin askıya alınmasını kabul eden işçinin, henüz iki aya bile ulaşmadan, ücretinin sözleşme şartlarına göre ödenmediğini öne sürerek sözleşmeyi feshetmesini hukuka uygun bulan bu kararı, öğretide Taşkent tarafından eleştirilmiştir²²⁷.

Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, fiilen çalışılmayan bir dönemin sigortalı hizmet süresi olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin meydana gelen bir uyuşmazlık dolayısıyla verdiği kararda; ...sözleşme serbestîsi kuralına göre işveren ile işçi arasında ücretsiz izin anlaşması yapılabileceğini ve böyle bir sözleşmenin yasaya ve hukuka aykırı olmadığını...hakkın kötüye kullanılmaması ve ekonomik krizin geçmesinden sonra sigortalının tekrar işe alınması koşuluyla tarafların müşterek iradeleriyle kararlaştırılan ücretsiz izin süresince akdin askıya alınmasının mümkün olacağını kararlaştırılmıştır²²⁸. Yargıtay Hukuk Dairesinin bu konuda sınırlama sayılabilecek bir koşul ve ilke öngörmesi yerindeyse de, somut bir ölçü vermemesi eleştiri konusu olmuştur.

Görülüyor ki Yargıtay çoğu kararında tarafların askı için anlaşmalarını yeterli görmekte, süre bakımından objektif bir ölçü veya koşul vermekten kaçınmaktadır. Ücretsiz izin süresinde somut bir sürenin öngörülmesi bakımından çeşitli çözümlerin sergilendiği görülmektedir:

²²⁶ Kararlar için bkz. Eyrenci, Ücretsiz İzin, s.42; ayrıca, Y.9HD, E.11114, K.13801, 30.09.1988.t, Tekstil İşveren, Ocak 1999, s.15.

²²⁷ Taşkent, Ücretsiz İzin, s.24.

²²⁸ Y.10HD, E.11825, K.4071, 14.04.2005.t, Legal İHSGHD, S.7, 2005, ss.1383–1390.

Bunlardan en liberal olanına göre yasada bunu engelleyen bir hükme yer verilmediğinden 6 ay süren, hatta 6 ayı aşan ücretsiz izin sürelerine ilişkin anlaşmaları geçerli saymak gerekir²²⁹.

Alp, ücretsiz izin süresinin, işverenin takdirine bırakıldığı veya ekonomik kriz bitinceye kadar gibi muğlâk ifadelerin yer aldığı durumlarda, değişiklik sözleşmesinin geçerli kurulmadığı ve iş sözleşmesinin askıya alınmadığı sonucunun benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir²³⁰.

Süzek, işverenin yaptığı ücretsiz izne çıkarılma önerisinin işçi tarafından herhangi bir süre koşulu içermeksizin kabul edilmiş olması halinde bile, bu durumun iş sözleşmesinin askıya alınmasının niteliği gereği geçici bir süre devam etmesi gerekeceğini kabul etmektedir. Eğer askı için belli bir süre öngörülmemiş ise, işçiler ancak iyi niyet kurallarının gerektirdiği kadar bekleyecekler, bu süreden sonra da iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceklerdir. Yazar; ücretsiz izne çıkarılan işçinin uzun bir süre işe çağrılmamasını, olayın özelliğine göre, “ücretsiz izne çıkarma önerisi altında gizli fesih iradesi” olarak değerlendirmekte ve böyle bir durumda Yargıtay’ın sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağını kabul eden içtihadının benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir²³¹. Yani bu durumda dürüstlük kuralı, geçmiş dönemde olduğu gibi yeni dönemde de işçiyi korumaya yardımcı olacak, işverenin temeldeki fesih iradesini ücretsiz izin adı altında gizlediği ve asıl amacının ihbar ve kıdem tazminatlarından kurtulmak olduğunun kabul edildiği durumlarda dürüstlük kuralına göre işverenin davranışı fesih iradesi olarak değerlendirilecektir²³². Dürüstlük kuralı tüm hakların kullanımında geçerli olduğuna göre, işverenin iş sözleşmesini anlaşma ile değiştirme hakkını kullanırken de bu kurala uyması, hakkını işçiye zarar verecek şekilde kötü niyetli kullanmaması gereklidir. İş ilişkisini sürdüremeyeceğini anlayan işverenin, işçiye bunu açıkça söylemek ve feshin sonuçlarına katlanmak yerine kendi menfaatine uygun olan

²²⁹ Çelik, B.13, s.434.

²³⁰ Alp, s.230.

²³¹ Süzek, B.4, ss.384–385.

²³² Sarper Süzek, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı**, Yargıtay’ın İş Hukuku’na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, İstanbul 2000, s.83.

ücretsiz izin uygulamasını uzatması kötü niyetli bir davranıştır. Bu nedenle Yargıtay'ın ücretsiz izne çıkarıldıktan sonra uzun süre geri çağrılmayan, ancak yeni bir işe girdiği işveren tarafından duyulunca işe davet edilen işçinin durumunda işverenin gizli fesih iradesini kabul eden içtihadı, yeni dönemde de tarafların anlaşması suretiyle ücretsiz izin uygulamasında geçerli olabilecektir. Aslında yazara göre; ücretsiz iznin ne kadar süreceği konusunda sabit bir ölçünün belirlenmesi yerine dürüstlük ilkesinin gerektirdiği makul geçici sürenin takdirinin yargı organına bırakılması daha uygun olacaktır²³³.

Bununla birlikte öğretide bir görüş, ücretsiz izindeki makul sürenin belirlenmesinde, yasal kısa çalışmada (4447 sayılı Kanun Ek 2. maddesinde) yer alan üç aylık sürenin esas alınabileceğini belirtmiştir²³⁴.

Ekonomi; sadece işçi ve işverenin ücretsiz izin konusunda anlaşıp süresini belirlemedikleri hallerde değil, başlangıçta tarafların belirleyeceği sürenin tespitinde de dürüstlük kuralının gerektirdiği makul sürenin aşılmamış olmasını üst sınır olarak kabul etmiştir²³⁵.

Ekonomi, taraflarca ücretsiz izin süresinin ister belirlenmiş olsun ister olmasın, makul bir süreyi aşmaması gerektiğine işaret etmekte; ancak söz konusu makul süre için herhangi bir öneride bulunmamaktadır. Yazara göre; sürenin somut olayın özelliğine göre belirlenmesi gerekir.

Kanımızca, sözleşme özgürlüğünden veya İş Kanunu'nun 22.maddesinin herhangi bir engelleme veya denetleme öngörmemesinden, ücretsiz izin uygulamasının uzun süreli de olabileceği kanaatine varmak mümkün değildir. Her şeyden önce, böyle bir karar, uygulama ve MK'nun 2.maddesindeki "dürüstlük kuralı" ile sınırlıdır. Gerçekten de, işverenin kimi yükümlülüklerinden kurtulmak için

²³³ Süzek, B.5, s.439.

²³⁴ Murat Engin, **İşletme Gereklere ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi**, Legal İHSGHD, S.2, 2004. s.542; Engin, İşletme Gereklere, s.109; aynı doğrultuda Taşkent, Ücretsiz İzin, s.26.

²³⁵ Ekonomi, Ferdi, s.438.

kötü niyetle ve açıkça işçiyi feshetme amacıyla bu yola başvurmamasını hukuk düzeni korumayacaktır²³⁶. Ayrıca ücretsiz izin süresinde, iş sözleşmesinin askıda kaldığı ve yukarıda açıklandığı üzere askının koşullarından birinin de geçicilik olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu terimin yorumlanmasında söz konusu teori öncelikle değerlendirilecektir.

Taşkent'e göre;

“hakkın kötüye kullanılmadığının kabul edilmesi halinde geçerli olan süre” “ekonomik kriz geçtikten sonra işe çağırılma” veya “dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir süre” şeklindeki ifadeler oldukça soyut ve soruna net bir çözüm getirmeden uzaktır. Yazara göre; “Şayet askı durumu yasal bir neden veya dayanaktan kaynaklanıyor ise o süreç askı halinin sınırını oluşturacaktır. Söz gelimi, iş sözleşmesi hastalık, analık, yasal bir görev veya grev ve lokavt gibi nedenlerle ya da tarafların anlaşmasıyla muvazzaf askerlik görevi dolayısıyla askıya alınmışsa, askı halinin yasada belirlenen süre veya dönem için devam edeceği açıktır. İş sözleşmesinin bunlar dışında kalan zorunluluklar dolayısıyla askıya alındığı hallerde ise, Engin'in önerdiği gibi, İş Kanunu'nun 65. maddesi ölçü olarak alınmalı ve 3 aylık süre sınır olarak kabul edilmelidir. Söz konusu 3 ay dolduğunda işçiyi işe çağırmayan işverenin iş sözleşmesini geçersiz bir biçimde feshettiği kabul edilmelidir. Kuşkusuz, süre dolduğu halde, askıya almayı gerektiren neden devam ediyorsa, taraflar anlaşarak –aynı sınırlamayla- yeni bir askı süresi belirleyebilirler²³⁷”.

Taşkent de yasal askıya alınma süreleri dışında tarafların anlaşarak gittikleri askı halinde, kısa çalışmadaki 3 aylık sürenin makul süre olarak kabul edilebileceği görüşündedir.

Önerilen 3 aylık sınırın aşılmasında koşuluyla, tarafların ücretsiz izin (iş sözleşmesinin askıya alınması) konusunda anlaşmaya varmaları üzerine iş koşulları değişmiş sayılır. Bu aşamada taraflar iş sözleşmesini değişen koşullarla sürdürmek yükümü altına girmiş olurlar. Sözleşme değişen koşullarla varlığını sürdürdüğüne göre, işçinin kısa bir süre sonra iş sözleşmesini feshetmesi haklı görülmez. Buna karşılık Yargıtay verdiği bir kararında, işveren tarafından iş sözleşmesi 06.04.2004

²³⁶ Alp, s.231; Süzek, B.4, s.385.

²³⁷ Taşkent, Ücretsiz İzin, s.26.

tarihinde askıya alınan ve “başlangıçta askıya karşı çıkmayan” işçinin, tam 52 gün sonra, yani aradan 2 ay geçmeden, askı süresinin uzadığını öne sürerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshedilmesini hukuka uygun bulmuştur. Yüksek mahkemeye göre;

“...davacının başlangıçta askıya karşı çıkmadığı, ancak askı süresinin uzaması üzerine 28.05.2004 tarihli yazı ile hizmet akdini 4857 sayılı yasanın 24/II-e maddesi gereğince haklı olarak feshettiğini işverene bildirdiği... anlaşıldığından akdin... haklı nedenle davacı tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir²³⁸”.

Bilindiği gibi, İş Kanunu 24/II-e maddesi, ücretinin yasa ve sözleşme şartlarına uygun olarak ödenmemesi durumunda işçiye haklı nedenle fesihle bulunma olanağı vermektedir. Sözleşme şartlarının değişmesini, yani belli bir süre için ücret almamayı ve karşılığında da çalışmamayı kabul eden işçinin, daha sonra ücretinin ödenmediğini öne sürerek sözleşmeyi feshetmesini haklı bulan Yargıtay kararı Taşkent tarafından eleştirilmiştir²³⁹. Yazara göre eğer bu görüş yerleşirse, iş yeri değişikliğini kabul edip yeni iş yerinde çalışmaya başlayan işçi de bir süre sonra sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecek, dahası işçinin belli bir süre için yaptığı ücretsiz izin talebi bir süre sonra iş görme borcunun yerine getirilmemesi gerekçesiyle işveren tarafından feshedilebilecektir. Yazar burada aynı bakış açısını işçi tarafından düşünmüş, aslında işçinin çok lehine bir yorumun dahi benzer mantıkla işçi aleyhine dönüştürülebileceği kaygısını güderek makul sürenin belirlenmesinde daha titiz davranılması gerektiğine dikkat çekmiştir.

²³⁸ Y.9HD, E.28789, K.8012, 30.03.2006.t, ÇT S.10, 2006/3, ss.184–185.

²³⁹ Taşkent, Ücretsiz İzin, s.26.

2.2.3.3.2. Sürenin Sona Erdiğinin Kabulü ve Anlaşmanın Taraflarca Feshi

İşçinin makul süreyi aşan beklmelerinde, sözleşmenin sona erdiği kabul edilmekle birlikte, sözleşmenin sona eriş biçimi üzerinde de durmak gerekir.

Yargıtay, askı konusunda verdiği bazı kararlarında, taraflarca askıya alınmanın kabul edildiği ve ücretsiz izin süresi konusunda bir anlaşmanın olduğu hallerde, makul sürenin aşılması halinde sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle feshedebileceğine hükmetmektedir. Anılan kararda;

“...Davacının... askı süresinin uzaması üzerine 28.05.2004 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 davacı tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir” sonucuna varılmıştır²⁴⁰.

Yargıtay 2005 tarihli verdiği kararında iş sözleşmesinin askıya alınmasındaki makul sürenin aşılması halinde, sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağını kabul etmiştir²⁴¹. Yargıtay bu doğrultudaki başka bir kararında da işçinin açık bir iradesi olmadan, uzunca bir süre ücretsiz izne çıkarılması halinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi anlamına geleceğini belirtmiştir²⁴².

Yargıtay yine, sözleşmenin askıya alınmasına karşı çıkmayan işçinin, daha sonra askı halinin uzun sürdüğü gerekçesiyle işverene ihtarname çekerek 7 gün içerisinde iş çağrılmasını istemesi karşısında, bu talebinin kabul edilmemesini, işverenin feshi işlemi olarak değerlendirmiş; feshi de geçersiz bularak işçinin işe iadesine karar vermiştir.

²⁴⁰ Y.9HD, 28701/40137, 20.12.2005.t, ve Şahlanan'ın İncelemesi, Tekstil İşv, Haziran 2006, Hukuk 2, ss.2-4, Y.9HD, 30.03.2006.t, 29789/8012, ÇT, 10, ss.184-185.

²⁴¹ Y.9HD, 28701, K.40137, 20.12.2005.t, Tekstil İşveren Hukuk, S.2, Haziran 2006, s.2.

²⁴² Y.9HD, E.5112, K.7788, 27.04.1998.t, İşv. Der., Haziran 1998, ss.15-16; Y.9HD, E.12158/2003, K.1460/2004, 29.01.2004.t, Y.9HD, E.2004/32205, K.2004/28466, 20.12.2004.t; **ÇİL**, Şahin, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s.223.

Yüksek mahkeme verdiği isabetli başka bir kararında,

“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 verilmelidir²⁴³” şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay ücretsiz izin süresinin belirlenmediği veya dürüstlük kuralının gerektirdiği makul süreden uzun olduğunun saptandığı hallerde, makul sürenin sonunda işçi lehine haklı nedenle fesih hakkının doğduğunu ancak bu durumda işçilerin kıdem tazminatı isteyebileceklerini ve fakat haklı nedenle de olsa sözleşme kendileri tarafından feshedilmiş olduğundan ihbar tazminatı talep edemeyerek iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklarını belirtmiştir²⁴⁴.

Görüldüğü gibi Yargıtay'ın son zamanlarındaki içtihatlarında ücretsiz izin süresinin kararlaştırılmadığı ya da kararlaştırılmasına rağmen makul süreyi aştığının kabul edildiği hallerde işçinin haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğunu, sürenin makul olmayacak kadar uzun sürmesi ile ücretsiz izin süresinin bitmesine rağmen işçinin işe başlatılmaması durumunda ise sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılacağını kabul etmiştir.

Uygulamada, kimi işverenlerin gerçekte işçilerin iş akitlerini sona erdirmeyi amaçladıkları ancak feshin onlara yükleyeceği ihbar ve kıdem tazminatlarını ödemekten kaçınmak istedikleri görülebilir. Bu işverenler aslında sözleşmeyi bir süre askıya alma niyeti olmaksızın, temelde var olan fesih iradelerini, ücretsiz izne çıkarma görüntüsü altında gizleyerek işçiyi iş akdini feshe zorlama yoluna gitmektedirler²⁴⁵. Ücretsiz izin verdikleri işçiyi uzun bir süre tekrar işe çağırmadıkları için de ücretinden yoksun kalan işçi zorunlu olarak başka bir işe girmek durumunda kalmaktadır. İşverenler de bu durumda sözleşmenin kendileri

²⁴³ Y.9HD, 30333/705, 13.01.2005, Çankaya ve diğerleri, İşe İade, s.355.

²⁴⁴ Y.9HD, 11203/13640, 15.12.1992.t, Tekstil İşv., Eylül-Ekim 1993, Kararlar eki, Y.9HD, 21362/35588, 15.12.1995.t, Tekstil İşv., Haziran 1996.

²⁴⁵ Demircioğlu/Engin, s.100.

tarafından değil de işçi tarafından sona erdirildiğini, bu nedenle de herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmadıklarını ileri sürmektedirler²⁴⁶.

İşçi her ne kadar İşK 22 uyarınca işverenin yazılı olarak yaptığı süre belirtilmeyen ücretsiz izne çıkarılma önerisini kabul etmiş olsa da, sözleşmenin askıya alınması yukarıda görüldüğü gibi niteliği gereği dürüstlük kuralının gerektirdiği geçici makul süre kadar devam etmelidir. Bu sürenin aşılmasına rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde, işverenin ücretsiz izne çıkarılma önerisinin altında gizlenen bir fesih iradesinin varlığı kabul edilmelidir. Bu gibi durumlarda Süzek'e göre, sözleşmenin işveren tarafından feshine bağlanan hukuki sonuçlar doğar ve dolayısıyla ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği gibi ayrıca koşulları varsa iş güvencesi hükümlerin de işletilmesi gerekir.²⁴⁷.

Başterzi'ye göre de, işverenler bazen yüksek işten çıkarma maliyetlerinden kurtulmak için fesih yerine işçileri belirsiz bir süre ücretsiz izne çıkarmaktadırlar. Belirsiz veya uzun süre ücretsiz izne çıkarma durumlarında, dürüstlük kuralına göre, işverenin gerçek iradesi araştırılmalı ve fesih iradesinin ücretsiz iznin arkasına gizlenmeye çalışıldığı anlaşılırsa, iş sözleşmesinin işverence feshedildiği sonucuna varılmazdır. Her ne kadar feshin, yenilik doğuran bir hak olması ve karşı tarafın içinde bulunduğu hukuki ilişkiyi etkilemesi nedeniyle açıkça yapılması gerekse de, işçinin ücretsiz izne çıkarılma durumunda işverenin davranışının güven teorisine göre fesih iradesi taşıdığı sonucuna varılıyorsa feshin geçerli bir şekilde yapıldığı kabul edilir²⁴⁸.

Süzek, bu durumda sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılması gerektiği görüşüyle hemfikir olmakla birlikte İşK'nun 19.maddesi karşısında, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak açıkça belirtmek zorunda olduğunu dolayısıyla bu şekilde yapılmış sayılan feshin içerik araştırmasına girilmeksizin şekle

²⁴⁶ Süzek, B.4, s.385; Ekonomi, İş yerinin Kapatılması, s.439; Engin, Ücretsiz İzin, s.107; Alp, ss.228–231; Başterzi, Feshe Karşı Koruma, ss.71–72.

²⁴⁷ Süzek, B.4, s.385; benzer Alp, s.231; Taşkent, Ücretsiz İzin, s.426; Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, s.439.

²⁴⁸ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.76.

aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edileceğini belirtmektedir²⁴⁹. Yargıtay 9HD'nin 13.01.2005t. 30333esas /705 karar sayılı kararı da bu doğrultuda verilen bir karardır.

Yargıtay 1475 sayılı İş Kanunu döneminde de bu konuyu ele aldığı bazı kararlarında, işçinin açık veya örtülü rızasıyla uzun süreli ücretsiz izne çıkarılmasının, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği anlamına geleceğine hükmetmekteydi²⁵⁰.

²⁴⁹ Süzek, B.5, s.436.

²⁵⁰ Bu kararlar için bkz. Y.9HD, 5112/7788, 27.04.1998.t, İşv., Haziran 1998, ss.15-16, Y.9HD, 10391/14924, 26.10.2000.t, Tühis, Mayıs-Ağustos 2001, ss. 44-45; Engin'e göre, "... Yargıtay eski yasa döneminde geliştirdiği içtihadıyla işçinin uzun süreli ücretsiz izne çıkartılmasının iş sözleşmesinin usulsüz feshi anlamını taşıdığına hükmetmiştir. Buna karşılık umulmayan hallere dayanan ücretsiz iznin, hukuka uygun bir uygulama olduğu gibi, feshin son çare olması ilkesi gereği denenmesi gereken bir fesih alternatifidir. Ücretsiz izin önerisini haklı getiren bir geçici ifayı kabul engeli varsa fesih iradesinden söz etmek mümkün değildir. Yargıtay'ın da ücretsiz izne ilişkin kararlarında ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. Yargıtay, ortada işletme gereklerine dayalı geçerli bir neden yok iken işverenin ücretsiz izne çıkarma iradesini fesih olarak yorumlamaktadır. Ancak ortada geçerli bir neden varsa ücretsiz izin uygulamasına geçerlilik tanımaktadır", Engin, Ücretsiz İzin, s.542; ayrıca bkz. Alp, s.229. Gerçekten Yargıtay'a göre, "Davacı belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Bu şekilde çalışan davacının iş sözleşmesinin tek taraflı olarak askıya alınması, sözleşmenin feshi anlamındadır. Fesih niteliğindeki askıya alma işlemi geçerli nedenlere dayanmamaktadır. Feshin geçersizliği ve işe iade kararı vermek gerekmektedir. Mahkemece, yazılı şekilde yapılan işin mevsimlik iş ve iş sözleşmesinin askıya alındığının kabulü hatalıdır", Y.9HD, 16820/13581, 30.04.2007.t, Tekstil İşveren, Hukuk, S.336, Şubat 2008, s.7 Çankaya ve diğerleri, İşe İade, s.64. Yargıtay uygulamasında, işverenin işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarması, işçinin buna muvafakat etmemesi halinde, işveren tarafından yapılan fesih (bildirimli) olarak nitelendirilmekte ve işçi bunun üzerine kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmaktadır. Gerçekten, "...işverenin ücretsiz izin uygulamasına işçilerin karşı çıktıkları hususunda dosyada bir delil mevcut değildir. Böyle olunca işçiler ile işveren arasında ücretsiz izne ayrılma konusunda örtülü bir anlaşmanın varlığının kabulü gerekir. İşçiler ücretsiz izin uygulamasına karşı çıkmamışlardır. Dairemizin uygulamasına göre işverenin işçilerin açık ve zımni rızaları dışında yaptığı ücretsiz izne çıkarma uygulaması akdin feshi niteliğindedir", Y.9HD 24775/26831, 10.10.2006, kararın değerlendirilmesi ve yerindeliliği için, Fevzi Şahlanan, Ücretsiz İzin, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Hukuk 19, S.334, Aralık 2007, ss.2-4. Şahlanan bu karar incelemesinde, öncelikle ücretsiz izin uygulamasının çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturduğundan bahsetmiştir. Yazara göre; bu nedenle ücretsiz izin uygulamasının İşK'nun 22. maddesindeki usulüne uygun yapılması gerekmektedir. Bu nedenle işverenin bu yöndeki iradesini yazılı bir şekilde yapması ve işçilerin de bu öneriyi 6 iş günü içinde yazılı şekilde kabul etmiş olmaları gerekmektedir. Ne var ki, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmasını işçilerin açık yazılı kabulüne bağlayan yasa hükmü uygulamada ihtiyaçlara tam olarak cevap vermemektedir. Özellikle yapılan değişikliğe hiçbir şekilde itiraz etmeyen ya da işçinin davranışlarının zımni bir kabul anlamına geldiğinden kuşku duyulmayan hallerde, işçinin daha sonra söz konusu değişikliğe dayanarak hak talep etmesi açıkça bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek bir davranış olarak algılanabilecektir. Bu nedenle aynı durum işverenin ücretsiz izin uygulamasında da ortaya çıkabilecektir. Nitekim yukarıda bahsedilen kararda Yargıtay İşK'nun 22. maddesinden hiç bahsetmemiş ve ücretsiz izin uygulamasının geçerliliğini işçilerin İşK'nun 22. maddesinde yer alan işçilerin "yazılı kabulü" şartına bağlamayıp, "işçilerin itiraz etmemiş olmasını" yeterli olarak görmüştür. Netice olarak yüksek mahkemenin ücretsiz izne ilişkin bu gerekçesi İşK'nun 22. maddesinin isabetli olmayan düzenlemesi ile bağdaşmamakta, ancak olayın oluş şekline ve ihtiyaçlara uygun düşmektedir. Kaldı ki anılan 22. maddenin son fıkrasında yer alan " taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman

Süzek'e göre²⁵¹ yüksek mahkemenin bu içtihadı 4857 sayılı İş Kanunu açısından geçerliliğini korumaktadır. İşçi her ne kadar 4857 sayılı Yasanın 22. maddesi uyarınca işverenin yazılı olarak yaptığı ücretsiz izine çıkarılma önerisini kabul etmiş olsa da, iş akdinin askıya alınması, yukarıda görüldüğü gibi niteliği gereği geçici (makul) bir süre devam etmelidir. Ücretsiz izine çıkarılan işçinin uzun bir süre tekrar işe çağrılmaması olayın özelliğine göre, işverenin ücretsiz izine çıkarma önerisi altında gizlenen fesih iradesidir. Yüksek mahkemenin isabetli içtihadına uygun olarak bu durumlarda, sözleşmenin işçi tarafından değil de işveren tarafından feshedildiği²⁵² kabul edilmeli dolayısıyla işverenin ihbar (17/4) ve kıdem tazminatı (1475s. İşK m.14) ödemesi gerektiği gibi koşulları varsa iş güvencesi hükümlerinin (İşK m.18vd.) de işletileceği sonucuna varılmalıdır(İşK m.18/1)²⁵³. Ancak Yargıtay'ın bu içtihatlarına ters olarak verdiği kararları da mevcuttur²⁵⁴.

değiştirebilirler” şeklindeki yasa hükmüyle de yapılan uygulamanın pozitif bir dayanağı olduğu da söylenebilir. İşçilerin ücretsiz izin uygulamasını kabul etmemesi halinde ise, işverence yapılan ücretsiz izin uygulaması yine işverence yapılan fesih olarak değerlendirileceğinden kuşku duymamak gerekmektedir. Ancak işverenin ücretsiz izin uygulamasının, hiçbir şekilde iş akdini feshetme iradesinin gizleme amacıyla yapıldığına dair bir emaraden söz edilemeyecek durumlarda ise, işçinin ücretsiz izne çıkarılması, iş akdinin işverence feshi olarak yorumlanmamalı işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi olarak yorumlanmalı ve işçinin ihbar tazminatı hakkının doğmadığı yalnızca kıdem tazminatı hakkının doğduğu sonucuna varılmalıdır. Bize göre yazarın bu son görüşüne katılmak mümkün değildir. Ücretsiz izne çıkarılan işçinin iş akdinin, işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü mümkün değildir. Bu nedenle biz, somut olayın özellikleri de değerlendirilerek, eğer gerçekten işverence ücretsiz izne çıkarmanın fesih iradesini gizleme şekline delalet etmemesi sabitse, ücretsiz izin uygulamasını iş akdinin askıya alınması olarak kabul etmek aksi halde ise iş akdinin işverence haksız feshi olarak değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. Y.9HD, 4267/16734, 9.10.2003.t, İşveren, C.XXXVIII, S.1, Ekim 2003, s.27; aynı yönde, Y.9HD, 16196/23958, 23.12.1996.t, (yayınlanmamıştır); Y.9HD, 3282/7216, 7.5.2002.t, (yayınlanmamıştır). Yine ücretsiz izin ile ilgili Yargıtay uygulamasının değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. M. Fatih Uşan, **İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları**, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2000, ss.1213 vd, Taşkent, Ücretsiz İzin, s.20 vd.

²⁵¹ Süzek, B.4, s.385.

²⁵² Y.9HD, 2003/12158E, 2004/1460K, 29.01.2004.t; Çil, Şerh, s.223; Y.9HD, 32205/28466, 20.12.2004.t.

²⁵³ “...uzun süre ücretsiz izne çıkarma eğilimi akdin feshi niteliğindedir. Daha sonra davacı işçinin sözleşmeyi feshetmesi hüküm ifade etmez. İşçinin ihbar tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir”. Y.9HD, 2000/10391E, 2000/14924K, 26.10.2000.t. Tühis Mayıs-Ağustos 2001, s.44.

²⁵⁴ “...Davacı feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davacının, davalıya ait olan işyerinde mevsimlik işçi olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin belirli aralıklarla askıya alınıp yeniden işe başlatıldığı, davacı tarafından fesih olarak değerlendirilen ve bu dava konusu yapılan askıya alma işleminden bir süre sonra yeniden işe başlatıldığı anlaşılmaktadır. Mevcut olgulara göre, davacı işçinin iş sözleşmesi davalı işveren tarafından feshedilmemiş olup her yıl yapıldığı gibi askıya alınmış olduğundan davanın reddine karar vermek gerekmiştir”. Y.9HD, 2007/8472E, 2007/18732K, 12.06.2007.t, benzer yöndeki kararı, Y.9HD, 2006/25610E, 2006/32373K, 11.12.2006.t.

2.2.3.3.3. Sözleşmenin Feshi Karşısında Geçerli Nedenlerin Var Olup Olmadığı Sorunu

4857 sayılı İş Kanunu'nun 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 tek başına herhangi bir önem taşımaz. Başka bir deyişle işveren bu nedenlere dayanarak tek taraflı olarak iş akdini askıya alamaz²⁵⁵. İşçiler için ücretsiz izin uygulaması, çalışma koşullarında aleyhe esaslı değişiklik yarattığından, İşK m.22'deki usule uygun olarak ücretsiz izine çıkarılmayı kabul veya reddedeceklerdir. İşçi ücretsiz izne çıkarılmayı kabul etse de, askı süresi makul süreyi aşamayacaktır. Bu süre dolduğunda işçi haklı nedenlerle iş akdini feshedebilecek veya daha lehine olarak sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılmasını ileri sürebilecektir.

Burada belirtilmesi gereken husus, işletme gereklerinin veya işverenin iyi niyetinin varlığının, geçici makul sürenin tayininde ve işverence yapılan feshin geçerli veya haklı olup olmadığının belirlenmesinde önem taşıyıp taşımadığıdır. Ne var ki; iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerin iş akitlerinin kötü niyetle feshedildiği (İşK m.17/6) iddialarına karşı işveren iyi niyetli olduğunu kanıtlama olanağına sahipse de, iş güvencesine tabi olanların sözleşmeleri ancak fesih

“...Davacı işçiye davalı Belediye iş yerinde çalıştığı sırada, 01.04.2004 yılında iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin ikinci bir emre kadar askıya alındığı bildirilmiştir. Dairemizin yerleşik uygulamaları doğrultusunda işverence iş sözleşmesinin tek taraflı olarak askıya alınmasında bu uygulamaya işçi tarafından kabul edilmediği takdirde, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği, kabulde ise vizeye tabi işçilerin iş sözleşmelerini askı almış ve daha sonra yeniden işe başlatmıştır. Bununla birlikte, işverence 01.04.2004 tarihinde gerçekleştirilen işlemde, askı süresi bildirilmemiş ve belirli bir süre sonunda yeniden çağırılacağı açıklanmıştır. Davacı işçi, işverenin bu işlemi üzerine 02.07.2004 tarihine kadar işe başlatılmasını beklemiş ve nihayet bu davayı açarak ihbar ve kıdem tazminatı ile toplu iş sözleşmesinde öngörülen tazminatı talep etmiştir. Davacının tazminat isteklerini de kapsayan bu davası haklı nedenle fesih niteliğindedir. Bu durumda kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece davacı tarafın isteğinin kabulü, belirtilen gerekçeyle yerinde ise de, işçi iş sözleşmesini kendisi feshettiğinden ihbar tazminatı ve toplu iş sözleşmesi ile işverenin feshine bağlanan iş güvencesi tazminatının kabulü (Şahlanan'a göre; “burada kastedilen tazminatın 4857 Sayılı Kanun'un öngördüğü iş güvencesi tazminatı olmayıp, feshe bağlı, iş iade talebi olmaksızın öngörülmüş bir nevi cezai şart niteliğindeki tazminat olması gerekir) doğru olmamıştır. İhbar tazminatı ve iş güvencesi tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerektiğinden kararın bozulması gerekmiştir”. Y.9HD, 2005/28701E, 2005/40137K, 20.10.2005.t kararı.

²⁵⁵ Taşkent, Ücretsiz İzin, ss.23–27; Süzek, B.4, s.387; Alp, ss.229–231; Engin, Ücretsiz İzin, ss.543–544, Başterzi, s.172.

bildiriminin yazılı olarak yapılması ve nedeninin açık olarak belirtilmesi (İşK m.19) koşuluyla geçerli kabul edilecektir. Askıya alınan sözleşmede makul sürenin sonunda yapılan veya yapılmış sayılan fesihlerde, söz konusu koşullar yerine getirilmemiş olacağından, bu fesihler işletme gereklerinin var olup olmadığı (m.18/1) araştırmasına girilmeksizin belirtilen şekle aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilecektir.

Bu nedenlerle, işçinin kabulü ile gerçekleşen ücretsiz izinlerde işveren, ya askıya alınan sözleşmenin makul geçici süresi dolmadan işçiyi işbaşı yaptırmak ya da İşK'nun 22. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak işçiye tekrar ücretsiz izin önerisinde bulunmak durumundadır²⁵⁶.

Bununla beraber, bazı hallerde işveren hiçbir şekilde iş akitlerini feshetme iradesi bulunmaksızın, iyi niyetle ve samimiyetle geçici bir süre için iş akdini askıya almak isteyebilir. Böyle bir durumda ücretsiz izne çıkarılma önerisi işçi tarafından da kabul edilmişse ve askı süresi uzamamışsa, olayın özelliğine göre işverenin davranışı gizlenmiş bir fesih iradesi olarak yorumlanmayacak ve sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği sonucuna varılamayacaktır. Yargıtay'ın bir kararına göre,

“hava muhalefeti sebebiyle inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü nedeniyle... davalı işverenin davacı ile birlikte pek çok işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediği açıktır. Ortada makul bir sebep olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemine değer vermek gerekir. Bunun sonucu olarak da davacı işçinin bu koşullarda dava açmak suretiyle hizmet akdini haklı nedenle fesih ettiği kabul edilmelidir. Bu değerlendirmelere göre ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi isabetlidir. Ancak kıdem tazminatı hesap edilip hüküm altına alınmalıdır²⁵⁷.

Demircioğlu/Engin'e göre; zorlayıcı nedenler, ekonomik güçlükler ve diğer haklı işletme güçlüklerine dayanan ücretsiz izin hukuka uygun bir uygulamadır. Yani

²⁵⁶ Süzek, B.5, s.439.

²⁵⁷ Y.9HD, 13381/18384, 6.12.2000.t, Tühis, Mayıs-Ağustos 2001, ss.51-52.

ücretsiz izin uygulamasını haklı gösteren bir neden varsa fesih iradesinden söz etmek mümkün değildir²⁵⁸.

Yargıtay'ın kararına konu bir olayda, işçi, işveren tarafından sendikaya üye olması üzerine rızası alınmadan ücretsiz izine çıkarılmak adı altında iş akdinin feshedildiğini, bu nedenle iş güvencesi hükümlerinin uygulanarak, feshin geçersizliğine ve işe iade edilmesine hükmedilmesini talep etmiştir. Yüksek mahkeme işçinin isteğini şu gerekçeyle reddetmiştir:

“somut olgulara göre, işverence 11.07.2003 tarihinde alınan ve fesih mahiyetinde kabul edilen ücretsiz izne çıkarma işlemi, ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşma nedenlerine dayandığından, geçerli bir nedendir. İşçilerin bu karara karşı feshin gerçekleştiği gün sendikaya üye olmaları, bu nedeni ortadan kaldırmayacağı gibi... hakkın kötüye kullanımudur... yukarıdaki nedenlerle işverenin işlemi geçerli nedene dayandığından...istemin reddine karar verilmesi gerekmiştir²⁵⁹”.

Yargıtay söz konusu bu kararda her ne kadar işçinin ücretsiz izne çıkarılması için geçerli nedenlerin varlığının kabulü gerektiğinden bahsetmişse de; somut olaya bakıldığında bu kararın iyi irdelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira her ne kadar işverence işletme gereklerinden kaynaklandığından bahisle ücretsiz izin uygulamasına gidilmiş olduğu iddia edilse de; işçinin eş zamanlı olarak sendikal faaliyette bulunması, yapılan feshin geçerliliğini sorgulamamıza neden olacak ve feshin sendikal nedenlerden kaynaklandığı hususunda kuşku uyandıracaktır. Ayrıca, her ne kadar kararda belirtildiği gibi, ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin artması, ücretsiz izne çıkarma konusunda geçerli bir neden olarak değerlendirilse de²⁶⁰ olayda işveren ücretsiz izne çıkarma önerisini yasaya uygun olarak yapmamıştır. Diğer bir deyişle, işveren ücretsiz izne çıkarma önerisini, İş Kanunu'nun 22. maddesine uygun olarak yazılı bir biçimde yapmak ve öneri işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmediği takdirde, değişikliğin

²⁵⁸ Demircioğlu/Engin, s.110.

²⁵⁹ Y.9HD, 22915/22947, 29.12.2003.t, İşv., Ocak 2004, ss.18-19; bu kararın incelemesi için bkz. Engin, Ücretsiz İzin, ss.543-544.

²⁶⁰ Süzek, B.4, s.387.

geçerli bir nedene dayandığını yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş akdini feshetmek zorundadır. Bu usule uyulmadan ücretsiz izne çıkarma ve yapılan fesih -işletme gereklerine- dayansa da geçersizdir²⁶¹.

İşverenin samimiyetle ve fesih iradesi olmaksızın işçilerini ücretsiz izne çıkarmak suretiyle iş akitlerini askıya almasına itibar edilmesi gerektiğinin en büyük nedeni, ücretsiz izin uygulamasının, iş güvencesi açısından feshin son çare olmasını sağlamaya çalışan iş hukuku kurumlarından biri olmasıdır. Her ne kadar feshin son çare olması ilkesi, yasal olarak düzenlenmemişse, Türk İş Hukuku açısından bu ilkenin varlığı tereddüt uyandırmayacak bir şekilde kabul edilmiştir. Dolayısıyla işverenin fesihten önce, ücretsiz izin uygulamasına da cevaz vermek gerekir. İşveren, işçilerin iş akitlerini feshetmektense onları ücretsiz izne çıkarabilir²⁶². Zira bunu kabul etmek, işçiyi korumak ve iş akitlerinin devamlılığını sağlamak açısından gereklidir. Bu nedenle işverenin bazı durumlarda *-ekonomik kriz gibi iş yerinin devamlılığını riske sokan kritik zamanlarda olduğu gibi-* ücretsiz izin uygulamasına gitmesi ve üretimi durdurması olağan karşılanmalıdır. Yani bu gibi durumlarda işverenin ücretsiz izne çıkarma iradesinin; samimi ve iyi niyetli olduğunun kabulü zorunludur. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2003/17012 E. 2004/5494 K. sayılı kararında ekonomik kriz nedeniyle zorunlu ücretsiz izin uygulamasına geçen işverenin kötü niyetli olmadığına hükmetmiştir. Burada işverenin samimi ve iyi niyetli davranıp davranmadığı, yapılan işlemin iş yerinin devamlılığı amacına uygun olup olmadığına göre belirlenmelidir.

Başterzi'ye göre de, ücretsiz izin uygulaması, feshin son çare olması ilkesi bakımından geçerli nedenle feshe gidebilmesi bakımından işverenin öncelikle başvurması gereken alternatif bir uygulamadır. Aksi halde işverenin yapacağı fesih geçersiz olacaktır²⁶³.

²⁶¹ Engin, Ücretsiz İzin, ss.543-544.

²⁶² Engin, Ücretsiz İzin, s.543.

²⁶³ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.76.

Ama her hal ve şartta, yukarıda belirttiğimiz gibi, ücretsiz izin uygulaması, iş sözleşmesinde esaslı bir değişikliktir. Bu nedenle de işverenin ücretsiz izin uygulaması için işçinin muvafakati gerekli olduğu unutulmamalıdır²⁶⁴.

2.2.4. Ücretsiz İzne Çıkarılma Önerisinin Kabul Edilmemesi ve Değişiklik Feshi

İşçinin ücretsiz izin önerisini reddi ve iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi durumunda ise, iş güvencesine tabi olan iş ilişkilerinde işverenin işletme gereklerinden doğan geçerli bir nedene dayanması aranacaktır²⁶⁵. Burada ölçüt değişmemektedir: işletme gerekleri ile işçinin çalışma olanağı sürekli olarak ortadan kalkmış olmalıdır. İşverenin isteğinin fesih değil de, ücretsiz izin olması sonucu ve denetim ölçütünü değiştirmeyecektir. İş kanunu m.22'nin değişikliğinin denetlendiği bir sistem öngörmemesi karşısında, ücretsiz iznin nedeni ve süresi işletme gerekleri ile feshin denetiminde dikkate alınmayacaktır²⁶⁶. Bununla birlikte özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işverenin anlamını kaybeden üretimi tamamen durdurmuş olması halinde, bu durumun uzun süreceği de anlaşılabilir ya da en azından yakın bir dönemde sona ereceği öngörülemiyorsa, işçinin çalışma olanağının ortadan kalktığını ve geçerli bir sebebin doğduğunu kabul etmek gerekecektir²⁶⁷. Genel olarak kısa çalışmaya dair İşsizlik Kanunu EK 2.maddenin şartlarının gerçekleştiği her durumda ücretsiz izin önerisinin ve bu yöndeki değişiklik feshinin de geçerli bir nedene dayandığı kabul edilmelidir. Burada denetim daha çok feshin son çare olması ilkesinde yoğunlaşacaktır. İşverenden ücretsiz izin uygulaması yerine önce ücretli izinleri öne çekmesi, bu yapılamıyor veya yeterli olmuyorsa İşsizlik Kanunu Ek.2. maddedeki kısa süreli çalışma olanağından yararlanması beklenmelidir. Genel

²⁶⁴ "...Dosya içeriğinden bu kısa süreli ücretsiz izne çıkarmak suretiyle yapılan işlem sonucu sürenin bitimde işçilere yeniden işbaşı yaptırıldığı anlaşılmaktadır. İşverenin ücretsiz izin uygulamasına işçilerin karşı çıktıkları hususunda dosyada bir delil mevcut değildir. Böyle olunca işçiler ile işveren arasında ücretsiz izne ayrılma konusunda örtülü bir anlaşmanın varlığının kabulü gerekir. İşçiler ücretsiz izin uygulamasına karşı çıkmamışlardır. Dairemizin uygulamasına göre işverenin işçilerin açık ve zımni rızaları dışında yaptığı ücretsiz izne çıkarma uygulaması akdin feshi niteliğindedir", Y.9HD., 24775/ 26831, 10.10.2006.t, ÇT, S.12, 2007/1, s.201-202.

²⁶⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.141.

²⁶⁶ Karşı, Engin, İşletme Gerekleri, s.109.

²⁶⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s.109.

ekonomik kriz ve zorlayıcı neden bulunmadığı için İşsizlik Kanunu Ek.2. maddenin şartlarının gerçekleşmediği durumlarda dahi, ücretsiz izin yerine işçilerin rızasının alınması ile kısa süreli çalışma uygulamasına geçilmeye çalışılmalıdır. İşverenin özellikle kısa süreli çalışma olanağını denemeden doğrudan ücretsiz izin ve feshe başvurması halinde geçerli bir nedenin varlığını kabul etmek güçtür.

Bunun yanında, feshin önlenmesi, işletmenin ve işçilerinin işinin kurtarılması amacıyla son çare ilkesine dayanarak değişiklik feshinin belirli koşullar altında geçerli olabileceği bir model geliştirilebilir²⁶⁸. Gerçekten de ücretsiz izin uygulaması makul bir nedene dayanıyor, geçici olduğu öngörülebiliyor²⁶⁹ ve daha hafif başka bir alternatifi bulunmuyorsa, daha da önemlisi ücretsiz izne başvurulmadığı takdirde işletmenin iflası ve kapanmasına yol açabilecek zararların doğacağı öngörülebiliyorsa, işçilerin işini kaybetmesi iş ve içerik güvencesinin amacına aykırı olacağından, ücretsiz izne olanak tanınmalıdır. Bunun için işverenin ücretsiz izne dair kararının mahkeme denetiminden geçmesi gerekmektedir. Ücretsiz izin uygulaması, işletme gereklerinden kaynaklanan bir geçerli neden olmaktan ziyade, feshin son çare olması ilkesinden doğan kendine özgü bir fesih nedeni olacaktır. Somut olayda ücretsiz izne razı olmayan işçinin, bildirimli feshin diğer sonuçlarından yararlanamaması anlamına gelecek bu fesih, ağır şartlara bağlanmalı ve denetlenmelidir. Ücretsiz izin uygulamasının, işçinin iş ilişkisini korumak ve ona bu süreçte geçici işlerde çalışma olanağı açmak bakımından işçi lehine yönleri de olmakla birlikte, daha çok işveren lehine bir düzenleme olduğu dikkate alınmalıdır. İşveren ücretsiz izinle hem işçilere ücret ödemekten de kurtulmakta ve işçileri işletmeye bağlı tutmakta, hem de feshin sonuçlarından kurtulma olanağı bulmaktadır. Menfaat dengesinde bütün bu hususlar gözetilmeli, feshin denetimi ücretsiz izinde fedakârlığın işçi ile işveren arasında paylaştırılmasını sağlayacak anlaşmaların yapılması yönünde olmalıdır²⁷⁰.

²⁶⁸ Alp, s.232.

²⁶⁹ Engin, İşletme Gerekleri, s.109.

²⁷⁰ Eyrenci, Ücretsiz İzin, s.59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ASKININ SONUÇLARI

3.1. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1.1. Askıda Kalmannın Fesih Hakkına Etkisi

3.1.1.1. Haklı Nedenle Fesih Hakkına Etkisi

İş akdinin askıya alınmasının ilk önemli sonucu, tarafların, askı süresi içinde sözleşmeyi haklı nedenle feshedememeleridir. Başka bir deyişle, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu yaratan durum, karşı tarafa haklı nedenle fesih hakkı vermez. İşçinin kendisine yüklenemeyen nedenlerle geçici ifa imkânsızlığı içine düşmesi ve bu nedenle iş yerine devamsızlığı veya işverenin bu ifayı kabul imkânsızlığı içine düşmesi, haklı bir fesih nedeni olarak ileri sürülemez. İşçi, örneğin hastalanması, geçici bir kamusal göreve gitmesi, zorlayıcı nedenlerle iş yerine gelememesi ya da greve katılması gibi nedenlerle iş görme edimini yerine getiremiyorsa, işveren sırf bu nedenlere dayanarak iş akdini feshedemez. Aksi takdirde yapılan fesih haksız fesih sayılarak, buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanır. Taraflar ancak yasada belirtilen askı süresinin geçmesi veya bu konuda herhangi bir yasal düzenleme yoksa askı süresinin uzamasının dürüstlük kuralları gereği akde devamı katlanılmaz hale getirmesi durumunda iş akdini haklı nedenle fesih hakkını elde ederler. Örneğin; bir yıllık kıdemi olan işçinin iş sözleşmesi, kastı olmaksızın yakalanmış olduğu hastalığından dolayı İşK'nun 25/I-(a) maddesi gereğince 4 hafta+6hafta toplam 10 hafta boyunca askıda kalacaktır. Bu askı süresi içinde işveren iş sözleşmesini işçinin hastalığından dolayı bildirimsiz olarak feshedemeyecektir (İşK. m.25/I-(a)). Ancak bu sürenin devamı süresince başka bir haklı nedenle fesih halinin gerçekleşmesi durumunda, işveren iş sözleşmesini bu haklı nedene dayandırarak feshedebilecektir²⁷¹. Askı süresinin geçmesinden sonra ise

²⁷¹ Esener, İş Hukuku, ss.629-630; Oğuzman, İlişkiler, s.213; Ekonomi, Ferdi, ss.221-222; Taşkent, Ücretsiz İzin, s.21; Sözer, s.119; Akyiğit, C.II, s.1295 ve dn.14; Aktay ve diğerleri, s.168, Kılıçoğlu/Şenocak, C.I, ss.303-304; krş.,Tuğ, ss.10-11.

gerek hastalık nedeniyle gerekse de başka bir haklı fesih nedeninin ortaya çıkması halinde, işveren bu hakkını kullanabilecektir. Askı süresinin geçmesinden sonra hastalık nedeniyle sözleşmenin feshi artık salt askıyı doğuran neden dolayısıyla fesih yasağına aykırılık oluşturmayacaktır.

Askı süresi içinde haklı nedenle fesih hakkına getirilen sınırlama mutlak sınırlama değildir. İş akdinin askıda kalması, taraflara temel edimlerini ifa etmeme imkânı verir. Bu nedenle askı süreci içinde işçinin iş görme edimini ifa etmemesi, işverene haklı nedenle fesih hakkı vermez. İş akdinin askıya alınması, işçinin işyerine devamsızlığını haklı kılar. Buna karşılık işveren de kural olarak işçiye ücret ödemez. Askı süresi içinde tarafların temel edimleri dışında kalan, işçinin sadakat ve işverenin işçiyi gözetme gibi bazı borçları devam eder. O nedenle, bu süre içinde işçinin iş akdinden doğan sadakat borcuna aykırı bir davranış içine girmesi halinde işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. O halde iş akdinin, grev, hastalık gibi bir nedenle askıya alındığı dönemde işçinin, işverenin itibarını zedeleyecek davranışlarda bulunması, mesleki veya ticari sırlarını açıklaması, diğer işçileri işverene zarar verecek davranışlara teşvik etmesi gibi sadakat borcuna aykırı davranışları sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açabilir. Hukukumuzda da askı süresi içinde bu gibi durumlar ortaya çıktığında işveren İşK m.25/II-e uyarınca iş akdini haklı nedenle feshedebilir²⁷².

Mollamahmutoğlu; askı süresi içinde askı haline neden olan sebeplerin, işçinin veya işverenin haklı nedenle feshine kural olarak engel olduğunu belirtmekle birlikte; bu durumun askıya yol açan nedenin mahiyetine göre farklılık yaratabileceği görüşündedir. Yazara göre kimi askı halleri, sözleşmenin feshi önünde mutlak engel oluştururken (grev) kimi askı nedenleri (uzun süren hastalık, doğum izni gibi) fesih için de neden oluşturabilir. Örneğin; İşK'nun m.25/I-(a) hükmüne göre; hastalığın, işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğar. Yani burada hastalık

²⁷² Tunçomağ/Centel, s.70vd; Akyol, ss.81–82; Çelik, Dersler, s.179; Ekonomi, Ferdi, ss.206–207; Süzek, Kötüye Kullanma, ss.141–142; Narmanlıoğlu, Ferdi, s.31vd; Emine Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Ankara 1987, s.146vd.

askı hali için mutlak değil nispi fesih engelidir. İşveren tarafından iş sözleşmesi bu nedene dayanılarak feshedilinceye kadar askı hali devam edecektir.

Bu konu üzerinde iş akdinin askıya alınmasının teorik temeli üzerinde ayrıntılı olarak durulduğundan burada ayrıntıya girmekten kaçınılacaktır²⁷³.

3.1.1.2. Süreli Fesih Bildirimi Hakkına Etkisi

3.1.1.2.1. Hakkın Doğumuna Etkisi

İş akdinin askıya alınmasında, taraflar sözleşmenin askıya alınması sonucunu yaratan duruma dayanarak haklı nedenle fesih hakkını kullanamayacaklardır. Ancak bu durum dışında bir haklı nedenle fesih nedeni ortaya çıkarsa bu hak kullanılabilir. Buna karşılık, iş akdinin askıya alınması sırasında tarafların süreli fesih bildirim hakkını kullanıp kullanamayacakları üzerinde durulmalıdır.

Türk iş hukuku öğretisinde baskın görüş, askı döneminde, süreli fesih bildirim hakkının kullanılabilirliği (doğduğu), ancak askı süresi içinde bildirim önellerinin işlemeyeceği yönündedir²⁷⁴. Yargıtay da grevle ilgili bir kararında bu görüşü benimsemiştir. Yüksek mahkemeye göre,

“grev hakkının doğumu ile işçi ve işveren arasındaki hizmet ilişkileri askıda kalmaktadır, hizmet akdinin askıda bulunduğu süre içinde fesih bildirim öneli cereyan etmeyeceğinden grevin sonuna kadar durur. Hizmet akdi, ancak 4857 sayılı iş kanununun 17. maddesinde yazılı haklı nedenlerin bulunması halinde işverence feshedilebilir”²⁷⁵.

Öğretideki baskın görüşe rağmen, iş akdinin grev nedeniyle askıya alınması halinde, işverence süreli fesih hakkının kullanılamayacağı ileri sürülmüştür. Yani her ne kadar askı süresi içinde geçerli nedenlerle fesih hakkının doğduğu kabul edilse de bu durum grev halindeki askı hali için geçerli değildir. Bu görüşe göre, grev

²⁷³ Bkz. Birinci Bölüm, II. İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi.

²⁷⁴ Ekonomi, Ferdî, ss.221–222; Oğuzman, İlişkiler, s.213; Esener, İş Hukuku, s.629, Süzek, Kötüye Kullanma, s.143; B.4, s.390; Reisoğlu, Şerh, ss.346–347; Akyol, s.103vd; Sözer, s.119.

²⁷⁵ Y.9HD, E.3741, K.6119, 11.06.1970.t; Çenberci, Şerh, s.560, dn.15; Y.9HD, E.77/8389, K.77/10606, 08.07.1977.t ve Ulucan'ın İncelemesi, İHU, TSGLK, s.5.

esnasında iş akdinin feshedilmesi kural olarak, feshin işçi aleyhine ve greve katılma nedeniyle yapıldığını gösterir²⁷⁶. Benzer görüşteki Tuğ'a göre,

“grev ve lokavt esnasında işveren tarafından ihbarlı fesih hakkı kullanılamaz, kullanılırsa bu fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösterir ve işveren bu durumda fesih hakkını geçerli bir nedene dayandırdığını ispatlayamaz. Çünkü ihbarlı fesih hakkı, ancak geçerli nedenlerin varlığına dayandırılırsa kullanılabilir”²⁷⁷.

Mollamahmutoğlu; askı halinde işçinin iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla işverence feshedilebileceği görüşüne katılmakla beraber; grev ve lokavt nedenleriyle askı halinin bu genel kuralın istisnası olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Şöyle ki, yazara göre; grev ve lokavtın, iş sözleşmeleri üzerindeki kanunen askıya alıcı etkisi, iş mücadelesi koşulları içindeki işçinin -kusurlu davranışlarıyla neden olmamak koşulu ile- işverenin olumsuz eylem ve işlemlerine karşı korunması amaçlıdır. Bu durumda süreli fesih hakkının kullanılamayacağı kabul edilmelidir²⁷⁸. Zira yazara göre; kanuni grev veya lokavt nedeniyle askı halinde, süresi içinde ileri sürülecek geçerli nedenle fesih hakkının meşruiyeti çok tartışmalı olacağından bu hakkın kullanılmaması gerekir²⁷⁹. Çünkü bu dönemde yapılacak feshin, işçinin grev hakkının kırılmasına yönelik olacağı sonucu varılacaktır.

Narmanlıoğlu'na göre; işveren, grev ve lokavt sırasında bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmelerini feshedilemeyeceğinden geçerli nedenle fesih hakkı da askı süresi içinde kullanılamaz²⁸⁰.

²⁷⁶ Tunçomağ/Centel, s.464; Tuğ, ss.10–11; Hakkı Ferit Saymen, **Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Esasları**, Toplu Sözleşme Bilgileri, Bankalararası Produktivite Merkezi Seminer Notları, Ankara 1964, s.52; Tunçomağ/Centel, s.464, dn.11 ve Esener, İş Hukuku, s.629, dn.62; Sabih Selçuki, **İlmi-Kazai İctihatları İş Kanunu**, B.3, İstanbul 1973, s.233; Selçuki, 275. sayılı TSGLK. Döneminde sözleşmenin feshini ihbarın taraflara tanınmış bir hak olduğunu, TSGLK.27.maddesinin işçilerin iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçlarının grev sona erinceye kadar askıda kalacağını düzenleyen hükmün göz önünde bulundurulduğunda, grev sırasında bizzat bu hakkın kullanılmasının mümkün olmadığı görüşünü ileri sürmektedir.

²⁷⁷ Tuğ, s.10–11, ayrıca kendisine göre, bu dönem içinde feshi ihbar yapılabileceğini kabul etmek grevde iş güvenliğini ön plana alarak iş sözleşmelerinin askıda olduğunu söyleyen kanunun esprisine de ters düşmek olacaktır. Bu nedenle iş kanununun işçiyi koruma amacından hareketle bu konuda açık olmayan kanunu işçi lehine yorumlamak gereklidir.

²⁷⁸ Mollamahmutoğlu, B.2, s.460.

²⁷⁹ Mollamahmutoğlu, B.2, s.460.

²⁸⁰ Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s.695.

Fakat öğretilerde çoğunluk görüşü, grev ve lokavtta da süreli fesih hakkının kullanılabilmesi, buna karşılık bildirim süresinin, grev ve lokavttan bitiminden itibaren işlemeye başlayacağı yönündedir²⁸¹.

Grev ve lokavtta süreli fesih hakkının kullanılabilmesini kabul eden görüş, düşüncesini, askının özelliklerinden doğan hukuki sonuçlar dışında; iş sözleşmesi askıda bulunan işçinin diğerlerine nazaran durumunun kötüleştirilmeyeceği esas olduğu gibi ayrıcalıklı bir duruma da sokulamayacağı nedenine dayandırmaktadır.

Kanımızca, belirtilen gerekçeye katılmak mümkünse de, sözü edilen neden iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre içinde fesih bildirim yapılamamasının değil yapılan feshin geçersiz fesih sayılacağına nedenini oluşturmaktadır. Zira görüş sahiplerinin anlatmak istediği de budur. Bu durumda işverenin yaptığı feshin geçerli fesih olup olmadığı, yargı organı tarafından denetlenecek ve eğer feshin geçersiz olduğu anlaşılırsa, iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçi işe edilecektir. Tabi iş sözleşmesinin askıya alındığı dönemde yapılan feshi ihbar, feshin geçerliliğinde ön yargıya neden olacak ve bu durumun titizlikle incelenmesi gerekecektir.

İş akdinin askıya alındığı dönemde salt askıya neden olan olgunun taraflara haklı nedenle fesih hakkı tanımayacağı gerçeği geçerli nedenlerle fesih hakkının kullanımında da kendisini gösterecektir. İş yeri, işletme veya işin gerekleriyle işçinin davranışlarından kaynaklanan fakat aynı zamanda askıya neden olacak olgular, askı döneminde işveren açısından fesih için geçerli neden oluşturmayacaktır.

Türk hukuku bakımından işverenin ihbarlı fesih hakkını kullanabilmesi, ancak işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanıyorsa mümkün olabilecektir. Grev ve lokavt sırasında iş yerinde ekonomik hayat geçici bir süre durdurulduğuna göre, işverenin fesih hakkının kullanımını meşru kılan işletme, iş yeri ve işin gereğinden, grev hakkı yasal hak olduğu için de feshi gerektirecek davranıştan

²⁸¹ Oğuzman, İlişkiler, s.203; Reisoğlu, Şerh, s.346; Esener, İş Hukuku, s.629; Süzek, Askı, s.94; Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s.695; Kılıçoğlu, Sendikalar, s.484.

bahsedilemeyecektir. Bu da grev ve lokavt esnasında geçerli fesih hakkının çok kısıtlandığı anlamına gelecektir.

Bu nedenle teorik bakımdan grev ve lokavt esnasında işveren lehine İşK'nun 18. maddesi uyarınca, geçerli nedenlerle fesih hakkının doğabileceği kabul edilmekle birlikte meşruiyetinin çok titizlikle değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Süzek'in de belirttiği üzere, işverence yapılacak süreli fesih hakkının doğru doğmadığının tespiti açısından, iş sözleşmesinin askıya alınmış olması ile alınmamış olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır²⁸². Başka bir deyişle, sözleşmenin askıya alınmış olması, askının özelliklerinden doğan hukuki sonuçlar dışında, sözleşmesi askıya alınan işçiyi diğer işçilere nazaran daha üstün, ayrıcalıklı bir konuma sokmamalıdır. Çünkü böyle bir hukuki sonucu doğuracak hiçbir geçerli hukuki nedenden söz edilemez. Alguna da, hizmet akdinin askıda olduğu süre içinde süreli fesih bildirimini yapılamayacağı görüşünü isabetsiz bulmaktadır²⁸³.

4857 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesi açısından, 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki sistem terk edilmiştir. Bilindiği gibi, 1475 sayılı İş Kanunu'nda, işverenin feshi hakkına getirilen tek sınır, hakkın kötüye kullanılması teorisi idi. Bu sistemde, taraflar arasındaki belirsiz süreli bir iş akdinin varlığı halinde, taraflar lehine süreli fesih bildirimini doğduğu kabul edilmekte, ancak bu hak objektif iyi niyet kurallarına aykırı kullanılırsa, fesih kötü niyetli yapılmış sayılarak tazminat ödenmesi söz konusu olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu, fesih serbestisi olarak adlandırılan bu anlayışı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı sözleşmesine uygun olarak, birçok ülkenin de kabul ettiği şekilde terk etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu, işverene iş akdini derhal feshetme olanağı tanıyan haklı fesih nedenleri yanında, İşK'nun 18.maddesi anlamında geçerli nedenlerin olması halinde belirsiz süreli iş akitlerini önel vermek suretiyle fesih imkânı tanınmış ve bu geçerli nedenlerin varlığının ispat yükümlülüğünü işverene yüklenmiştir. Bu iki sistemdeki en önemli fark, ilkinde belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih bildirim

²⁸² Süzek, Askı, s.91.

²⁸³ Çifter, s.242.

hakkının kendiliğinden doğması ancak sözleşme feshedildikten sonra yapılan feshin sadece hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı bakımından denetlenebilmesi, ikincisinde süreli fesih hakkının yalnız geçerli nedenlerin varlığı halinde doğması ve aksi halde yapılan feshin geçersiz fesih kabul edilmesidir. Bu ikinci durumda fesih hakkının kötüye kullanılmasından değil, yasaya aykırı bir fesihten söz edilecektir.

İş akdinin askıya alınması sırasında süreli fesih bildirim hakkının kullanılmasına da bu çerçevede yaklaşmak gerekir. Her şeyden önce şunu belirtelim ki, işveren tarafından iş akdinin haklı nedenle feshinde olduğu gibi, süreli fesih bildirim de sözleşmenin askıya alınması sonucunu yaratan olguya dayalı olarak fesih yapılamaz. Yani böyle bir nedene dayalı fesih bildirim işveren aleyhine hukuki sonuçlar yaratacaktır. Örneğin grev ve lokavt suretiyle iş akdinin askıya alınması sırasında iş sözleşmelerinin işverence süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi, işçilerin yıldırılması (intimidation) amacına yönelik olduğundan İşK'nun 18/a maddesi uyarınca geçerli neden kabul edilmemiştir.

Molamahmutoğlu'na göre; grev ve lokavt sırasında işverenin iş sözleşmesini süreli feshi, her şeyden önce -apriori- hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir²⁸⁴. Tabii yazarın bu görüşünü yalnızca grev nedeniyle iş akdinin askıya alınması hali için sınırlamamak gerekir. Hangi nedenle olursa olsun iş akdinin askıya alınmasına neden olan olgu tek başına işveren açısından geçerli neden kabul edilemeyecektir.

Süreli fesih bildirim hakkını, 4857 sayılı İş Kanunu'nda kabul edilen şekilde geçerli nedenlerin varlığına bağlayan sistemlerde, gerek iş sözleşmesinin normal seyrinde gerekse de askı dönemlerinde söz konusu bu nedenler gerçekleşmeden fesih hakkı doğmaz ve kullanılmaz. Aksi takdirde yapılan fesih, geçersiz sayılır ve geçersiz feshin sonuçlarını doğurur. Buna karşılık geçerli neden söz konusu ise, örneğin hastalık nedeniyle iş akdinin askıda olmasına karşın, işveren iş yerinden kaynaklanan ekonomik nedenlerle gerçekten işçi çıkarmak zorunda kalmışsa, hasta

²⁸⁴ Hamdi Mollamahmutoğlu, **Türk Hukukunda Lokavt**, Turhan Kitapevi, Ankara 1993, ss.110–111; aynı yönde Tunçomağ/Centel, s.460; Tuğ, s.10; Çelik, B.20, ss.589–590.

işçiye karşı fesih bildirim hakkı kullanılabilir. Bununla beraber, ekonomik nedenin varlığının her zaman işverene geçerli nedenle fesih hakkı vermeyeceği, işverenin üzerinde bulunan işletme riskinin bu anlamda doğrudan işçiye yükletilemeyeceği de unutulmamalıdır²⁸⁵. Örneğin, yukarıda da bahsedildiği üzere, grev nedeniyle işçinin iş akdinin askıda olduğunun kabul edildiği dönemde, işverenin ekonomik güçlük içine düşmesi grevin niteliği gereği olduğundan ve bu dönemde işçilere ücret de ödenmediğinden (TSGLK m.42/4) fesih bildirim hakkı doğmayacak, yapıldığı takdirde geçersiz sayılacaktır. Bu nedenle öncelikle iş akdi askıda olmasaydı eğer yapılan feshin geçerli bir fesih olup olmadığı değerlendirilmeli, eğer yapılan fesih geçerli bir fesih kabul edilecekse bu takdirde askıya almaya neden olan olgu ile örtüşüp örtüşmediği incelenmelidir. Eğer aynı nedenle fesih yapıldığı saptanırsa işverenin yapmış olduğu fesih geçersiz kabul edilecek, aksi halde ise geçerli bir feshin varlığından bahsedilebilecektir.

İş Kanunu m.25/1-(a) bendi, işçinin kastından veya derli toplu olmayan yaşantısından yahut içkiye düşkünlüğü dışında yakalanacağı bir hastalık yahut maruz kalacağı bir iş kazası nedeniyle işe devamsızlığının kıdemine göre, İşK'nun 17.maddesinde yer alan bildirim önellerinin de ekleneceği süre içinde iş akdinin askıda kalacağını ve bu nedenlerin işverene bu süre içinde haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceğini düzenlemiştir. Ancak, "işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmediği" örneğin ardı ardına iki iş günü ve ayda en fazla beş iş günü sürdüğü durumlarda, geçerli fesih hakkı kullanılabilir ve işveren buna göre iş sözleşmesini feshedebilecektir. Eğer işçi feshin geçerli nedene

²⁸⁵ İşletmenin faaliyetinde önemli ve devamlı düşüş, ciroda ve siparişlerde sürekli azalma, finansman ve bütçe veya üretim açığı, müşteri çevresi kaybı, işyerinin durumunu olumsuz etkileyen ekonomik kriz vb. ekonomik güçlükler süreli feshi geçerli kılan işletme gerekleri arasında sayılabilir. Bu nedenlerin ortaya çıkmasıyla işverenin işyerinde faaliyeti eskisi gibi sürdürme olanağının kalmaması örneğin üretimin düşürülmesi, işyerinin bir bölümünün kapatılması nedeniyle bir iş gücü fazlası ortaya çıkmış, işçinin işi ortadan kalkmış olmalıdır. Örneğin üretimin kısılmasına rağmen, işçinin gördüğü iş aynı düzeyde görülmeye devam ediyorsa, işyerinde bu işçiye hala ihtiyaç vardır, yapılacak fesih geçersizdir. Geçerli bir feshin söz konusu olabilmesi için ekonomik güçlüğün gerçek olması gerekir. Bunun gibi işveren sadece feshin geçerli olduğunu değil, zorunlu (kaçınılmaz) olduğunu da kanıtlamak zorundadır. Süzek, B.5, ss.530-531 vd.

dayanmadığını iddia ederse feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü işverende olacaktır (İşK m.20/2).

3.1.1.2.2. Bildirim Önellerine Etkisi

Türk İş Hukuku öğretisinde askı süresi içinde bildirim önellerinin işlemeyeceği konusunda görüş birliğinin olduğu söylenebilir²⁸⁶. Bu durumda fesih bildirimini sözleşmenin askıya alınmasından önce yapılmışsa, askının kalkmasından sonra başlayacak şekilde askı döneminde işlemeyecektir. Aynı şekilde, fesih bildirimini askı süresinde yapılmışsa bildirim önelleri işlemeye başlamayacak, fesih ancak askının kalkmasından sonra mümkün olabilecektir.

İş hukuku öğretisinde, iş sözleşmesinde askı süresi içerisinde bildirim önellerinin işlemeyeceği konusunda görüş birliği olmasına karşın, bunun gerekçelerine pek değinilmemiştir. Bu görüş haklı gerekçelerle savunulabilir.

Yukarıda sözleşmenin askıya alınmasının işçiyi salt askıya alınmaya bağlanan hukuki sonuçlar dışında, diğer işçilere göre daha ayrıcalıklı bir duruma sokmaması gerektiğinden bahsetmiştik. Bu nedenle askıyı yaratan nedenler dışında, işverence kullanılacak süreli fesih bildirimini açısından başvurulacak usulün diğer işçilere uygulanan usulden farklı olmaması gerekir. Bu görüşün doğal sonucu ise fesih bildirimini hakkının kullanılabilceği durumlarda iş sözleşmeleri askıya alınan işçilerin bildirim önellerinin de diğer işçilerde olduğu gibi bildirim anından itibaren işlemeye başlayacağını kabulü olmalıdır. Ne var ki, askı hali her ne kadar askıya tabi işçileri diğerlerine nazaran daha üstün bir duruma getiremeyecekse de kendilerini, sözleşmeleri askıya alınmamış olanlara göre daha kötü duruma da sokmamalıdır. Oysaki askı süresince bildirim önellerinin işleyeceği kabul edildiğinde, sözleşmesi askıya alınan işçiler diğerlerine nazaran daha kötü bir duruma sokulmuş olacaklardır. Çünkü belirsiz süreli iş akitlerinin fesih bildirimiyile

²⁸⁶ Tunçomağ/Centel s.464; Ekonomi, Ferdi, s.222; Esener, İş Hukuku, ss.629–630; Oğuzman, İlişkiler, s.213; Reisoğlu, Şerh, ss.346–347; Demir, s.83, Süzek, Fesih, s.143; Akyol, ss.106–108; Kaplan, s.137; Sözer, s.119; Tuğ, s.11.

sona erdirilmesinde bildirim önellerinin getirilmesinin amacı hiç kuşkusuz tarafların beklenilmeyen, ani fesihlerle karşı karşıya kalmasını önlemek, özellikle işçilerin bu süre içinde yeni iş aramalarını ve kendilerini feshe hazırlamalarını sağlamaktır. Oysa işçinin iş görme edimini yerine getirememesi nedeniyle sözleşmenin askıya alınması sonucunu yaratan askı durumlarının çoğunda, işçi aynı zamanda yeni iş arama olanaksızlığı içine düşer. Örneğin işçinin hastalanması, iş kazasına uğraması, zorunlu askeri veya kamusal bazı görevleri yerine getirmesi, zorlayıcı nedenlerle iş yerine gelememesi hallerinde kural olarak yeni iş araması ya hiç mümkün değildir ya da çok güçleşmiştir. Aynı şekilde elinde olmayan sebepler yüzünden bu durumlara düşen işçinin fesih sürecinin askı hali devam ederken ilerleyeceğini kabul etmek işçinin aleyhine bir yorum olacak ve süreli fesih müessesinin mahiyeti ile bağdaşmayacaktır.

Askı döneminde işçinin yeni iş arama olanaksızlığı içine düştüğü hallerde bildirim önellerinin işlemeyeceğinin haklı olarak savunulabilmesi, iş arama olanağının bulunduğu durumlarda önellerin işleyeceği anlamına gelmemelidir. İş arama olanaksızlığı, bu görüşün dayanaklarından sadece birisini oluşturur. Zira grev veya iş yerinde ortaya çıkan zorlayıcı nedenlerle işçinin işe gelmemesi gibi hallerde işçinin iş arama olanağı ortadan kalkmaz ancak buna rağmen bu dönemlerde bildirim önelleri işlemeyecektir.

Bu gibi halleri ve tüm askıya alma durumlarını kapsamak üzere şu gerekçe ileri sürülebilir. Fesih bildirim önellerinin askı süresinde işlediği kabul edilirse, askı süresi içinde önellerin dolması halinde sözleşme sona erecek, dolayısıyla yapılmış olan süreli fesih bildirim adeta derhal feshe dönüştürülmüş olacaktır. Oysaki derhal fesih olanağının doğması için akdin askıya alınmasını sağlayan durum dışında bir haklı fesih nedenini ortaya çıkması gerekir. Özellikle grev esnasında, fesih bildiriminde bulunan işveren, bildirim önellerinin işlemesi sonucunda grevci işçileri işten çıkarmak, bunların yerine yenileri almak olanağına kavuşur²⁸⁷. Böyle bir durum ise ne askıya almanın ne de toplu iş uyuşmazlıkları hukukunun amaçlarına uygun düşer.

²⁸⁷ Akyol, s.106; Süzek, *Kötüye Kullanma*, 143; Reisoğlu, *Şerh*, s.347.

Askı döneminde işveren, bildirim önellerine ilişkin ücretlerini peşin ödemek suretiyle de işçileri derhal işten çıkaramaz. Böyle bir fesih beyanı, ancak askı döneminin sonu için hüküm doğurabilir. Doktrindeki yazarlar, işverenin iş sözleşmesinin yasal grev sebebiyle askıda kaldığı süre içinde bu imkânı kullanmasının, grev süresince işyerine yeni işçi alınması sonucunu doğuracağını ve bu anlayışın ise kanunun sistemi ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle mümkün olamayacağını ileri sürmektedirler. Bu nedenle işveren ihbar önellerine ilişkin tazminatı peşin olarak ödese dahi işçiyi ancak grev sona erdikten sonra işten çıkarabilecektir²⁸⁸.

Reisoğlu bu düşüncüyü biraz daha ileri götürerek, işverenin grev uygulamasından önce feshi ihbarda bulunup, ihbar önellerine ait ücreti peşin ödemesiyle iş sözleşmesine grevden önce son vermesi görüşünün de kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre; eğer böyle bu düşünce kabul edilmezse, grev kararı ile grevin uygulanması arasında geçecek süre içinde işverenlerin greve katılacak işçilerin iş sözleşmelerini feshetmeleri ve bildirim önellere ait ücretleri ödemeleri suretiyle yeni işçi almalarının önü açılacaktır²⁸⁹. Yazar, işçinin bildirim önellerine ilişkin ücretinin peşin olarak ödenmesi ve kanuni bildirim süresi sona ermeden grevin başlaması durumunda, iş sözleşmesinin ancak grev sona erdikten sonra ortadan kalkacağını ifade etmiştir²⁹⁰.

Kanımızca iş sözleşmesinin ihbar önellerine ilişkin ücretin peşin ödenerek feshedilmesi durumunda sözleşmenin hangi anda sona ermiş sayılacağına ilişkin doktrinde yer alan görüşlerden, iş sözleşmesinin bildirim önellerine ilişkin ücretin peşin olarak ödendiği anda değil fakat bildirim sürelerinin bitiminde sona ermiş sayılacağını kabul eden görüşün benimsenmesi, Reisoğlu'nun ileri sürdüğü düşüncenin kabul edilmesini kolaylaştıracaktır.

²⁸⁸ Reisoğlu, Şerh, s.347; Oğuzman, İlişkiler, s.203; Oğuzman, Grev, s.101; Tunçomağ/Centel, s.464; Tuğ, s.11; Ergun İnce, **İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep**, İHD, Ağustos, 1969, C.I, S.8, s.242.

²⁸⁹ Reisoğlu, Şerh, s.347.

²⁹⁰ Reisoğlu, Şerh, s.347, aksi görüş Oğuzman, yazara göre, “...İşverenin grevden önce feshi bildirip, önele ait ücreti peşin ödemesi durumunda sözleşmenin grevden önce sona ereceğini kabul edilmelidir” Oğuzman, Grev, s.102.

Sürelî fesih bildirimî hakkının doğumunu yasal nedenlerin gerçekleşmesine bağlayan hukuk sistemlerinde bu nedenlerin var olmaması halinde kural olarak fesih geçersiz sayılmaktadır. Bizim hukuk sistemimizde peşin ödeme suretiyle fesih geçerli sayılacak, ancak askı döneminin sonunda hüküm ve sonuç doğuracaktır. Kuşkusuz bu feshî karşı, feshin geçerli nedene dayanılmadığı ileri sürülebilecek ve buna göre değerlendirme yapılacaktır²⁹¹.

3.1.2. Askıda Kalmannın Ücrete Etkisi

3.1.2.1. İşverenin Ücret Ödemekle Yükümlü Olmaması

İşçinin, kendisine yüklenemeyen nedenlerle iş görme edimini geçici olarak ifa imkânsızlığı içine düşmesi halinde iş akdinin sona ermediği, imkânsızlığın devam ettiği süre içinde ifanın ertelendiği, diğer bir deyimle sözleşmenin askıya alındığı görülmüştü. Hukukumuzda kusursuz temerrüdün kabul edilmesi sonucu işçinin temerrüde düştüğü hallerde de sürekli borç ilişkilerinin ve haklı nedenle fesih kurumunun özellikleri gereği iş akdinin askıya alınmış olacağı belirtilmişti. Bu durumda iş görme ediminin ifasını talep edemeyecek olan işverenin askı dönemi içinde ücret ödeme borcunun devam edip etmeyeceği gündeme gelecektir.

Günümüz hukuk öğretisinde iş akdinin askıya alınması halinde, işverenin kural olarak ücret ödemekle yükümlü olmadığı konusunda bir görüş birliğinin varlığından söz edilebilir²⁹². Kural olarak diyoruz, çünkü aşağıda görüleceği gibi işçinin korunması amacıyla bu ilkeye istisnalar getirilmiştir. O halde, teorik olarak iş akdinin askıya alınması halinde işçinin ve işverenin bu sözleşmeden doğan temel borçlarının(iş görme-ücret) askıya alındığını belirtmek yerinde olacaktır. Ekleyelim ki, askıya alınma halinde ücret ekleri de ödenmez. Askıya alınma halinde iş akdi varlığını sürdürmeye devam edecek ancak tarafların bu sözleşmeden doğan temel

²⁹¹ Grevden önce peşin ödeme yoluyla iş akdinin sona erdirilmesinin hukuki sonuçları hakkında bkz. Reisoğlu, Şerh, s.347; Süzek, Kötüye Kullanma, s.144.

²⁹² Tunçomağ/Centel, s.347; Oğuzman, Fesih, s.90; Reisoğlu, Hizmet Akdi, s.92; Çenberci, Şerh, s.58; Centel, s.241; Akyol, ss.55-57; Demir, ss.82-83; Tuğ, s.12.

borçları ertelenecektir. İş akdinin askıya alınması halinde ücretin ödenmemesinin teorik dayanağı farklı görüşlere dayandırılmıştır.

3.1.2.2. Ücret Ödenmemesinin Hukuki Dayanağı

3.1.2.2.1. Ödemezlik Def'i

Birçok yazar tarafından iş akdinin askıya alınması, ödemezlik def'inin ileri sürüldüğü bir durum olarak görülmekte ve iş görme edimini yerine getiremeyen işçiye karşı ücret ödenmemesi bu def'i hakkının kullanılması olarak açıklanmaktadır. Bilindiği gibi karşılıklı sözleşmelerde, taraflardan birinin diğerini borcunu ifaya zorlayabilmesi için kendi borcunu ifa etmiş veya en azından ifasını teklif etmiş olması gerekmektedir (BK m.81). Başka bir deyimle kendisinden ifa talep edilen taraf kendi alacağına ifa edilmemesi gerekçesiyle ifadan kaçınma konusunda bir def'i hakkına sahip olacaktır.

Karşılıklı sözleşmelerde kural olarak edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir. Bununla beraber, ifa sırası sözleşmede taraflarca belirlenmiş olabileceği gibi, sözleşmenin niteliğinden de çıkarılabilir. Öte yandan, ifa sırası bazen yasa bazen de gelenek tarafından tayin edilmiş olabilir. Türk iş hukukunda ücretin iş görme ediminin ifasından sonra ödeneceği kabul edilmektedir²⁹³. İş akdinde işçinin önce ifa borcu altında olduğu kabul edilince, iş görme edimini yerine getiremeyen işçiye karşı işverenin ödemezlik def'i hakkını kullanarak ücreti ödemekten kaçınabileceği de doğal olarak ileri sürülmektedir.

Ödemezlik def'i ifa alacaklısı lehine iki önemli işlevi yerine getirir. Bu def'inin kullanılması, karşılıklı sözleşmelerde taraflara, karşı edim ifa edilinceye kadar kendi borcunu ifadan kaçınma olanağı sağlar. Ödemezlik def'ini kullanan, akdi ilişkinin bozulmasını değil, sadece karşı edim ifa edilinceye kadar kendi borcunu ifa

²⁹³ Centel, ss.297–298, bu konunun ve ücretlerini ödemeyen işverene işçilerin ödemezlik def'ini kullanmalarının ayrıntılı bir biçimde tartışılması için bkz. Soyer, İHU, İşK.26; ayrıca Ali Güzel, **İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi**, ÇT, 2005/2, s.133.

etmeyeceğini beyan etmiş olur. Böylece kendi ediminin karşılıksız olarak elinden çıkmasını engellemiş ve edimini yerine getirmesi için diğer tarafa baskı uygulamış olur. Bu itibarla ödemezlik def'inin hem alacaklıyı güvence altına alma, hem de karşı tarafa baskı yapma işlevi vardır²⁹⁴. Hatta Fransız öğretisinde ödemezlik def'inin alacaklı lehine getirilmiş etkili bir savunma aracı olduğu, borçluya taahhüt edilen ücreti veya başka bir edimi ödememe tehdidi altında tutan bir tür cezaya yakın zorlama niteliği taşıdığı ileri sürülmektedir²⁹⁵.

Bu bilgileri işçi-işveren ilişkileri alanına aktardığımızda şu görüntü ortaya çıkmaktadır: Kendisine yüklenemeyen nedenlerle geçici olarak iş görme edimini ifa edemeyen işçiye karşı, işveren bu edimin ifa edilmesi için işçiyi baskı altına alacak, onu zorlamak amacıyla ödemezlik def'i hakkını kullanacak ve işçiye ücret ödemeyebilecektir. Böylesi bir yaklaşımın, iş akdinin askıya alınmasının hukuki dayanak ve amaçları ile bağdaşmazlığı ortadadır. Sözleşmenin askıya alınmasında işverenin ücret ödemesinin hukuki dayanağını oluşturmak açısından bu gerekçenin yetersizliği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de iş akdinin askıya alınmasında, ücretin işverence ödenmemesinin, işçileri baskı altına alarak iş görmelerinin sağlanması aracı olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Çünkü esasen işçiler zaten geçici iş görme imkânsızlığı içine düştükleri için iş akdi askıya alınmıştır. Maddi imkânsızlık ortaya çıkmasa bile, işçilerden iş görmeleri o koşullarda dürüstlük kuralları gereği beklenmemektedir. O halde iş akdinin askıya alınmasında, ödemezlik def'i, niteliği gereği işverenin edimlerini yerine getirme imkânsızlığı içine düşen işçileri ifaya zorlama amacına hizmet etmeyecektir. Aynı şekilde yasal (anayasal) haklarını kullanan grevci işçilerin de, ücretlerinin ödenmemesinden mütevellit işe başlamaya zorlanmalarından söz edilemeyecektir.

Öte yandan, ödemezlik def'i hakkından yararlanacak kişi, bu hakkı kullanmak yerine kural olarak iş akdini feshedebilir. Buna karşılık, iş akdinin askıya

²⁹⁴ Oğuzman, Fesih, s.224.

²⁹⁵ Süzek, Askı, dn.29.

alınmasının hukuki temelini iş akitlerinin devamını sağlamak ve doğrultuda feshin son çare olması ilkesini etkin bir biçimde sağlamak olduğundan bu doğrultuda birbirleriyle uyuşmadıkları görülmektedir.

3.1.2.2.2. İş Akdinin Sinallagmatik (İki Taraflı) Niteliği

İş akdinin askıya alınmasında işverenin kural olarak ücret ödeme borcundan kurtulmasının hukuki nedeni, iş akdinin karşılıklı (tam iki taraflı) bir sözleşme olmasıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı asli bir edim yüklenmektedir. Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturur. Edimler arasında tam anlamıyla bir karşılıklılık ve bağımlılık vardır. Bu tür sözleşmelerde bir edim değişimi (mübadesi) söz konusudur. Edimlerin bu değişim ilişkisine sinalagma adı verilmektedir²⁹⁶.

Tam iki taraflı sözleşme olan iş akdinde de işçinin borcu olan iş görme ile işverenin borcu birbirinin karşılığıdır²⁹⁷. Bu borçlar birbirlerine tamamen bağımlıdır ve ücretin hukuki sebebini işçinin iş görme borcu oluşturur. İşçinin alacağı ücret, çalışmasının karşılığını oluşturduğu ve karşılıklı sözleşmenin niteliği gereği ücret tamamen iş görmeye bağımlı olduğundan, işçinin çalışmaması halinde, ücret söz konusu olmayacaktır. İş Kanunu'nun 32. maddesinin "*genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*" biçimindeki ifadesi de, hukukumuzda ücretler bakımından bu esasın benimsendiğini göstermektedir.

İşçinin kendi iradesi veya kusuru ile iş görme edimini yerine getirmemesi ücretin ödenmemesine yol açacağı gibi, kendisine yüklenemeyen nedenlerle çalışmaması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Başka bir deyimle, ücretin hukuki

²⁹⁶ Eren, C.I, s.240; Turhan Esener, **Borçlar Hukuku**, Ankara 1969, s.18; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.144; İnan, s.80; Oğuzman, **Fesih**, ss.219–220.

²⁹⁷ Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, B.18, Beta Yayıncılık İstanbul 2005, s.77; Ekonomi, Ferdi, s. 78; Tunçomağ/Centel, ss.73–74; Oğuzman, **Borçlar**, C.I, s.220.

sebebini işçinin çalışması oluşturduğundan, iş akdinin askıya alındığı hallerde de kural olarak işçi ücrete hak kazanamayacaktır²⁹⁸.

3.1.2.3. Ücretin Sosyal Niteliği ve Kurala Getirilen İstisnalar

3.1.2.3.1. Ücretin Ödenmesi Gerekliliği

İş akdinin askıya alınmasında kural, bu sözleşmenin sinallagmatik niteliği gereği askı döneminde işçiye ücret ödenmemesidir. Ne var ki, iş akdi kuşkusuz herhangi bir karşılıklı sözleşme değildir. Bu sözleşme özellikleri gereği, diğer sinallagmatik akitlerle aynı hukuki rejime tabi tutulamaz. Çünkü burada, karşılıklı edimlerden birisi olan ücret, işçinin ve ailesinin çoğu kez tek geçim kaynağını oluşturur. O nedenle iş akdine, diğer karşılıklı akitlerin edimler arası değişim kurallarını katı bir biçimde uygulamak, edimlerden birisinin ifa edilmemesi durumunda diğer edimin de yerine getirilmeyeceğinin mutlak olduğunu ileri sürmek, iş hukukunun sosyal boyutuna uygun düşmemektedir. Sözleşmenin konusu, bir eşya değil, bir insan emeği olduğu için, yukarıda belirtilen genel ilkeye istisnalar getirilmesi zorunluluğu olmuştur²⁹⁹.

Anayasanın 2.maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi de ücretin korunmasını zorunlu kılar. Sosyal hukuk devleti kavramıyla, devletin hukuk düzenini oluştururken, insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlayarak, güçsüzleri ve yardıma muhtaç olanları koruması anlaşılır³⁰⁰. Bu ilke uyarınca devlet, işçiyi korumak amacıyla ve emredici hukuk kuralları koymak suretiyle işverenin ücret ödeme borcuna müdahale etmek durumundadır³⁰¹. Bu özelliği ile de ücret, iş hukukunda sosyal bir nitelik kazanmıştır.

Günümüzde, ücretin sosyal bir nitelik kazanması sonucunda yukarıda belirtilen kurala istisnalar getirilmiş ve yasa koyucular tarafından bazı hallerde işçiye

²⁹⁸ Centel, s.241; Sözer, ss.44–45; Akyol, s.55.

²⁹⁹ Sözer, s.45.

³⁰⁰ Tunçomağ, İş Hukuku, C.I, s.6; Centel, s.88.

³⁰¹ Ekonomi, Ferdi, s.130; Çelik, Dersler, s.114; Centel, s.89.

bir iş karşılığı olmaksızın ücret ödeneceği kabul edilmiştir. Modern iş hukukunda genel eğilim de, iş akdinin askıya alındığı birçok durumun, işçiye giderek genişleyen ölçüde ücret (veya sosyal sigorta ödenekleri) ödenmesi yönündedir.

İş akdinin askıya alınmasında işçiye ödenen ücretin gerekçesini yukarıda belirtilenlere ek olarak şu görüşlerle de açıklamak mümkündür. Her şeyden önce askı halinde taraflar arasındaki iş akdi ve işçinin işletmeye aidiyeti devam etmektedir. Çalışma yaşamının akışı içinde ortaya çıkabilecek her koşul altında işçinin çalışma yükümü olduğunu kabul etmek mümkün değildir. İşçinin ücret hakkı, her zaman iş akdinin ifasını geçici olarak engelleyebilen rastlantıların etkisinde kalmamalıdır. İşveren, işçinin askı sonucunu doğurabilecek ifa engellerini doğal kabul etmeli, bu tür iş kesintilerinin ortaya çıkabileceğini, sürekli bir iş ilişkisini kurarken hesaba katmış olmalıdır. Çünkü bu tür engeller çalışma yaşamının normal seyrinde daima meydana gelebilmektedir. Öte yandan, ifa engellerinin bazı hallerinde işçi bakımından bir şanssızlık (iş kazası gibi) söz konusudur. Bu durumda işçiye ücretinden yoksun bırakmak adalet duygusunu zedeleyebilir³⁰². Nihayet, işverenin alanında ortaya çıkan ifa engellerinin sonuçlarının işçiye yüklenmemesi gerektiğini savunan işletme rizikosu teorisi de işçiye ücret ödenmesi sorununa kayda değer katkılar getirmektedir.

3.1.2.3.2. Türk Hukuku Bakımından Kurala Getirilen İstisnalar

Hukukumuzda da, iş akdinin askıya alınmasında, bu sözleşmeden doğan temel borçların, diğer bir deyişle iş görme borcu ile ücret borcunun askıya alınmış olduğu kabul edilmektedir. Askı süresince iş akdi varlığını sürdürmeye devam eder, ancak tarafların bu sözleşmeden doğan temel borçları bu süre içinde ertelenir.

İş akdinin askıya alınmasının koşullarının gerçekleşmesi halinde işçi iş görme edimini yerine getir(e)mez. Görünürde ölü bir dönemden sonra sözleşme tekrar askı öncesinde olduğu gibi hükümlerini doğurmaya devam eder³⁰³. Fakat geçici şekilde

³⁰² Sözer, ss.45–46.

³⁰³ Mollamahmutoğlu, B.3, s.572.

hüküm ifade etmeme, asli borçlar yönünden yani işin ifası ve ücret ödeme borçları bakımından söz konusudur³⁰⁴. Askı döneminde işçinin borcunu ifa etmemesi, diğer bir deyişle işe devamsızlığı hukuken meşru sayıldığından işveren, söz konusu süre içinde bu nedene dayanarak iş akdini sona erdiremez. Buna karşılık askı süresince işveren de kural olarak, ücret ödemekle yükümlü değildir. Askıya alınma halinde, sadece asıl ücret değil, ücret ekleri de ödenmez³⁰⁵.

s

İş akdinin askıya alınmasında, işverenin ücret ödeme borcundan kural olarak kurtulmasının hukuki nedenini yukarıda da bahsedildiği gibi bu sözleşmenin karşılıklı bir sözleşme olması oluşturur. İş görme ve ücret borçları birbirlerine bağımlıdırlar, ücretin hukuki sebebinin işçinin iş görme borcu oluşturur. Karşılıklı sözleşmenin niteliği gereği ücret, iş görmeye bağlı olduğundan, işçinin çalışmaması halinde ücret söz konusu olmayacaktır³⁰⁶. İş Kanunu'nun 32. maddesinin “genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında...ödenen tutardır” biçimindeki ifadesi de, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

Bununla beraber iş hukukunun koruyucu ve ücretin sosyal niteliği nedeniyle mevzuatımızda sınırlı bazı hallerde iş akdinin askıya alınmasına rağmen işçiye ücret ödeneceği kurala bağlanmıştır³⁰⁷.

• İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinin III. bentlerinde zorlayıcı nedenlerle iş akdinin askıya alınmasında işçilere bir hafta³⁰⁸ süreyle yarım ücret ödeneceği düzenlenmiştir (İşK m.40).

• Basın İş Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca talim veya manevra dolayısıyla silâh altına alınan gazeteci bu süre içinde ücret hakkını muhafaza eder ve iş akdinin muayyen bir gün için yapıp yapılmadığına bakılmaksızın iş akdi feshedilemez.

³⁰⁴ Bir karara göre, “...ücretin oluşması için hizmet ediminin yerine getirilmesi şarttır. İş akdinin askıya alındığı dönemde bir çalışma olmamıştır. Bu itibarla çalışılmayan askı süresi için ücret ödenmesi söz konusu edilemez”. Y.9HD, E.1985/685, K.1985/3638, 4.4.1985.t.

³⁰⁵ Süzek, Askı, s.97vd; Tunçomağ, İş Hukuku, C.I s.347; Oğuzman, Fesih, s.90; Reisoğlu, Hizmet Akdi, s.92; Tuğ, s.12.

³⁰⁶ Süzek, Askı, s.100.

³⁰⁷ Süzek, Askı, s.101 vd.

³⁰⁸ İmkânsızlığın geçici olması İş Kanunu'nda bir hafta, Deniz İş Kanunu'nda 30 gün (14/III) ve Basın İş Kanunu'nda (17/IV) 2 ay olarak sınırlandırılmaktadır.

Ancak askeri hizmet karşılığı aylık alan gazeteciye, eğer bu aylık kendi işinden aldığı ücretten az ise, yalnız aradaki fark ödenir. Hatta muvazzaf askerlikte normal askerlik müddetince gazeteciye son almış olduğu ücret yarı nispetinde ödenir.

- İş aklının askıya alındığı hallerde ücret ödeneceği toplu iş sözleşmeleri veya iş akitleri ile de karşılaştırılabilir.

- Her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinde “uzun müddet için yapılan hizmet aklında işçi hastalıktan, askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir süre için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeye hakkı vardır” hükmüne yer verilmişse de, İş Kanunu'na tabi işçiler açısından BK 328'de sayılan hallerde ücret ödenmeyeceği İş Kanunu'nun değişik maddelerinde öngörülmüştür (İşK 25/I, 3, 31/3)³⁰⁹. Yargıtay'a göre de, BK 328 genel hüküm niteliği taşıdığından İş Kanunu'na yani iş akitlerine uygulanamaz³¹⁰.

- Zorlayıcı nedenlerle, iş yerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durması halinde, 4447 sayılı Kanun Ek 2. madde hükümlerine göre, faaliyetin en az dört hafta durması, zorlayıcı nedenin devam süresince ve herhalde 3 ayı geçmemek üzere işçilere, işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği ödenir. Bu ödeneğin ödenmesine, m.24/bent II ve m.40'taki her gün için yarım ücret ödemesi yapılacak olan bir haftalık sürenin bitiminden itibaren başlanır. İşsizlik sigortası ödeneklerinden yararlanma koşullarını taşımayan işçiler için bu süre zarfında ve genel olarak askı süresince, m.40 hükmüne göre, bir haftaya kadar yarım ücret dışında herhangi bir ödeme söz konusu olmaz. Genel ekonomik kriz nedeniyle iş yerinde faaliyetin kısmen veya tamamen durması halinde de işçiler, çalıştırılmadıkları süreler için kısa çalışma ödeneğinden yararlanırlar. Ancak, kısa çalışma ödeneğinden yararlanılabilecek azami üç ay olan kısa çalışma süresinden sonra iş sözleşmesinin askı halinden bahsedilemeyeceği ve yukarıda da belirtildiği gibi işverenin ücret ödeme yükümünün doğduğunu kabul etmek gerekir. Zira genel ekonomik kriz, hukuken zorlayıcı neden olmadığından kanunun üç ayla sınırlandırdığı kısa çalışma süresi geçtikten sonra iş sözleşmesinin askıda kalmasını gerektiren hukuksal bir durum mevcut olmayacaktır. İşsizlik sigortası ödeneğine hak kazanma koşullarını

³⁰⁹ Süzek, Askı, ss.104–105; Sözer, s.48; Centel, s.241vd; karşı görüş Tunçomağ, İş Hukuku, C.I, s.201.

³¹⁰ Y.4HD, 3726/4463, 4.7.1957.t; Centel, s.242.

taşımayan işçiler, 4447 sayılı Kanun Ek 2. madde 2.fıkra hükmüne göre, ödenekten yararlanamayacakları gibi ücret de talep edemeyecekler; bunlar da kısa çalışma süresi olan azami üç aylık sürenin bitiminden itibaren iş sözleşmelerinin askı hali sona ereceğinden bu tarihten itibaren ücret talep edebileceklerdir. Görüldüğü gibi hukukumuzda, askı halinde ücret ödenecek haller çok sınırlı tutulmuştur³¹¹.

3.1.2.3.3. Türk Hukuku Bakımından Ücretin Ödenmeyeceğinin Öngörüldüğü Haller

Kanunda açıkça ücretin ödenmeyeceğinin hükme bağlandığı durumlar vardır. Bunlar:

- Geçici süreli askerlik veya diğer kanuni bir ödev nedeniyle iş sözleşmesi askıda kalan işçilerin ücreti ödenmeyecektir (İşK m.31). Yani muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silâh altına alınan yahut kanundan doğan bir çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesi için geçmesi gereken zorunlu süre olan 2 aylık süre içinde ücret işlemez. Buna karşılık, Basın İş Kanununda, talim veya manevra nedeniyle silâh altına alınan gazetecinin bu süre içinde ücret hakkını muhafaza edeceği, işçi seferberlik dolayısıyla silâh altına alınmışsa bu hakkın üç ay için söz konusu olduğu, muvazzaf askerlik hizmetini devamınca ise son aldığı ücretin yarısının ödeneceği hükme bağlanmıştır.

- Gözaltına alınma ve tutukluluk, hastalık, gebelik ve doğum (analık) hallerinde işe gitmeyen işçinin ücreti ödenmeyecektir (İşK m.25). Hastalık ve iş kazası hallerinde işçiye ücret ödenmemesinin nedeni işçinin bu sırada sosyal ödeneklerden yararlanması olarak görülmüştür³¹². Ancak İş Kanunu'ndaki bu hükme karşın İşK. m.49'da işçinin hastalığı halinde kendisine ücret ödenmesini zorunlu tutan 4.fıkraya yer verilmiştir. Bu hükümde, işçinin hastalık, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylık ücretli işçiye, aylığının tam olarak

³¹¹ Mollamahmutoğlu, B.3, s.573.

³¹² Yasemin Kumbaracıoğlu, **İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İhlali ve Hukuki Yaptırımı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.67.

ödeneceği belirtilmiştir. Bu hükmün amacı, aylık ücretli işçinin ücretini kaybetmemesi, bu ücretin “tam olarak” ödenmesi olduğundan, işçinin geçici iş göremezlik ödeneği ile ücreti arasındaki farkın işveren tarafından ödenmesi gerekir³¹³.

• Grev ve lokavt halinde işçi ücret talep edemez (TSGLK m.42). Yine toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmelerine buna aykırı hüküm konulamaz. Bu haliyle 42. madde emredici bir hükümdür. Grev süresince işçiye asıl ücretin olduğu kadar ücret eklerinin de ödenmesi söz konusu olmaz³¹⁴. Buna karşılık işçinin grevin başladığı güne kadar işlemiş olan ücretini işveren normal zamanında ödemek zorundadır. Bunun gibi işverenin yıl içinde birden fazla ödediği prim, ikramiye, ayni yardım gibi haklar da grev süresine rastlar ise, bu ödemelerinde normal zamanda ödenmesi gerekmektedir. Ancak bu ödemeler çalışma süresine bağlı olarak ödeniyor ise, yapılacak olan ödemede indirim yapılması gerekmektedir. Aynı şekilde işçi grev esnasında her türlü sigorta yardımından yararlanacaktır (TSGLK m.42). Grev ya da lokavt sigortalılık süresinin durmasına yol açmayacak ancak prim ödenmesine bağlı sigorta haklarından da yararlanılmasını geciktirecektir³¹⁵. Bunlara ek olarak işçi grev ya da lokavt esnasında çalışmadığı için Kanun’un 46. maddesinde yer alan hafta tatili ücretini de isteyemeyecektir. Günümüzde grev süresince, greve katılan işçilere mali destek, üyesi buldukları grev kararı veren işçi sendikası tarafından sağlanmaktadır.

• İşletme riski niteliğinde bir takım nedenler halinde tarafların anlaşması söz konusu ise, askı süresi boyunca işçiye ücret ödenmeyecektir.

Öte yandan ücret ödenmemesi kuralı, emredici bir kural olmaması nedeniyle, tarafların anlaşması halinde toplu iş sözleşmeleri ya da iş sözleşmeleriyle ücret

³¹³ Süzek, Askı, s.105; Tunçomağ, İş Hukuku, C.I, s.214; Çelik, Dersler, ss.251–252; Ekonomi, Ferdi, s.329, dn.879; Centel, ss.244–245; Eyrenci, İHU, İşK.45 (No.1). Buna karşılık Çenberci’ye göre, “aylık ücretin söz konusu olduğu durumlarda, hasta olan işçiye sosyal sigortalar kurumunca geçici iş göremezlik ödeneği ödenmiş olması, işverene, aylık ücretten o miktar paranın düşülmesi hakkını vermez. İşveren buna rağmen, aylık ücreti tam olarak ödemekle yükümlüdür”. Şerh, s.866, dn.7.

³¹⁴ Ancak, fiili çalışma karşılığı olmayıp sadece işyerine bağlı olma karşılığında verilen ücret eklerinin, prim ve ikramiyelerin işçiye grevden etkilenmeksizin tam olarak ödenmesi gerekir. Bunun yanında, fiili çalışma karşılığı olduğu halde, bazı objektif şartları yerine getiren işçilere prim verileceği kararlaştırılmışsa bunlara hak kazanılması da grevden etkilenmemelidir. Örnek olarak, verim primi, sonuç veya ücret primi gösterilebilir. Centel, s.264; Oğuzman, Grev, s.106; Akyol, s.71

³¹⁵ Tuncay, s.264.

ödeneyeği kararlaştırılabilir³¹⁶. Grev halinde uygulanacak kuralın istisna olduğu unutulmamalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ücret ödenmeyeceği kuralına bazı istisnalar getirilmiştir. Bu sınırlamaların getirilmesinin sebebi, iş hukukunun koruyucu ve ücretin sosyal nitelik taşımasıdır³¹⁷. Şöyle ki ücret, işçinin çoğunlukla tek geçim kaynağıdır. Bu nedenle ücret ödenmeyeceği kuralının sıkı bir şekilde uygulanması sosyal hukuk anlayışına uygun düşmeyecektir. Aynı şekilde AY. m.2’de yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince de ücretin korunması zorunludur. Bu ilke uyarınca işçinin insanlık onuruna yaraşır bir şekilde yaşaması için işverenin ücret ödeme borcuna bir takım müdahaleler konulması gerekmiştir. Ancak görüldüğü gibi bu sınırlandırmaların yeterli olduğu söylenemez.

3.1.3. İşçinin İş Görme Borcuna Etkisi

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olan iş sözleşmesinin işçiye yüklediği borçların en önemlisi ve başlıcası iş görme, diğer bir deyişle iş yapma borcudur.

Daha önce de belirttiğimiz gibi askı halinin hüküm ve sonuçları İş Kanunu’nda ayrıık olarak düzenlenmemiştir. Ancak öteden beri anlatılmaya çalışıldığı üzere, iş akdinin belirli nedenlerle askıya alınması halinde, işçi kendisine yüklenemeyen geçici imkânsızlık nedeni ile işi ifa edemez ve işçi açısından işin ifa edilmemesi bu süre için iş sözleşmesine aykırılık teşkil etmez. İşçi kendine yüklenemeyen nedenlerle geçici imkânsızlık içine düştüğünde olduğu gibi, işverenin iş görme borcunu kabul imkânsızlığının söz konusu olması halinde de iş görme borcunu ifa etmesi mümkün olmayabilir.

2822 sayılı TİSGLK m.42/II’ye yasal bir greve katılan işçilerin iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçlarının grevin sona ermesine kadar askıda

³¹⁶ Süzek, B.4, s.388.

³¹⁷ Süzek, B.4, s.388.

kalacağı düzenlenmiştir. İşçinin iş görme borcu, grev nedeniyle askıda kalacak borçların en başında gelmektedir. Bunun anlamı, iş sözleşmesinin işçiye yüklediği en önemli borç olan iş görme borcunun grevin nedeniyle ve grev süresince ortadan kalkmasıdır³¹⁸. Yasal greve katılan işçilerin, grev devam ettiği sürece iş görme borçları işlemez. Bu süre içinde işçinin çalışmaması, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden teşkil etmeyecektir³¹⁹.

3.1.4. İşverenin Yönetim Hakkına Etkisi

İş hukukunda yasaların, toplu iş sözleşmeleri ve iş akitlerinin, nitelikleri gereği iş ilişkisi süresince ortaya çıkabilecek her türlü soruna çözüm getirmeleri mümkün değildir. Günümüzde iş akitleri iş ilişkilerini düzenleyen ana kaynaklardan biri olma özelliğini korumaktadır. Ancak iş akitlerinin de işçilerle işverenler arasındaki her türlü ilişkiyi düzenlediği ve bundan doğan her türlü soruna çözüm getirdiği söylenemez. İş akdinde, işçinin işverene karşı ifa etmekle yükümlü olduğu iş ile ilgili olarak bütün faaliyetin ayrıntılı olarak belirtilmesi, bunların ne şekilde yapılacağına saptanması olanaksızdır. İş ilişkisi içinde işçinin işini, nerede, ne zaman ve nasıl göreceği genel kurallarıyla belirlenir, iş akdinin yapılması sırasında ortaya çıkacak ayrıntılar ise işin gereği belirlenir. Genellikle iş akitlerinde iş görme ediminin konusu, ana çizgileri ile saptanmakta, ayrıntılar ise ayrıca düzenlenmesi gereken boş bir alan olarak kalmaktadır. Bu boş alan işverene bırakılmış olan yönetim hakkının kullanılmasıyla doldurulur. İşverenin vereceği talimatlarla, yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş akdine aykırı olmamak üzere, işin yürütümünü ve işçilerin iş yerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına, yönetim hakkı denir³²⁰.

³¹⁸ Tunçomağ, İş Hukuku, C.II, s.462.

³¹⁹ Esener, İş Hukuku, s.124.

³²⁰ Taşkent, Yönetim Hakkı, ss.9–11; Çelik, Dersler, s.93; Taşkent'e göre, "yapacağı işe ve buna bağlı olarak, iş yerindeki davranışlarına ilişkin noktaların yalnız ana çizgileri ile düzenlendiği bir iş akdi yapan işçi en azından örtülü olarak işverenin yasa ve sözleşmelerde boşluk bulunan konularda yönetim hakkına sahip olduğunu kabul etmiş sayılır. İş akdinin tarafları, örtülü bir biçimde de olsa, işverenin iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla, işin yürütümünü ve işçinin iş yerindeki davranışlarını tek yanlı olarak düzenleyebileceği konusunda anlaşmış olurlar. Bu nedenle, işverenin yönetim hakkının hukuki dayanağının iş akdi olduğu kabul edilmelidir".

İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma (itaat) borcu oluşturur. Bu borca göre işçi, işverenin veya onun adına iş yerinin yönetiminde görev alan işveren vekillerinin, işin yapılması ve iş yerinin düzeni ile ilgili talimatlarına uymakla yükümlüdür³²¹. İşverenin talimatına uyma borcu, iş akdinin bağımlılık unsurunun da bir gereğidir³²². İşçi iş görme edimini işverenin yönetim ve gözetimi altında³²³ ifa ettiğinden iş akdinde bağıllık, işçinin kişiliği ile ilgilidir. Diğer bir deyimle, işçi işverenin kişisel bağımlılığı altındadır³²⁴. Kısaca iş akdinde işçi işverenin kişisel bağımlılığı altında, onun yönetim hakkına tabi olarak çalışır ve işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesi ile ilgili talimatlarına uymak zorundadır.

İş akdinin askıya alınması sonucunu doğuran husus, işçinin iş görme edimini ifa etmemesidir. Başka bir deyimle bu hukuki müesseseye damgasını vuran temel özellik, işçi tarafından işin görülmemesi şeklinde ortaya çıkar. Askı durumunun ortaya çıkabilmesi için iş görme ediminin tamamen yerine getirilememesi gerekir. Aksi takdirde askıdan söz edilemez. Bu yön, askı konusunda da o denli önem taşır ki, bazı yazarlar, “iş akdinin askıya alınması” terimi yerine, iş görme ediminin ifa edilmesinin askıya alınmasından söz ederler³²⁵.

İşverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar, esas itibariyle ikiye ayrılır. Bunların bir bölümü, işin görülmesi, iş görme ediminin ifası ile doğrudan doğruya ilgili olmayan iş yeri düzeni veya güvenliği ile ilgili talimatlardır. Öğretide bu tür talimatlar, işçilerin iş yerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar olarak adlandırılmaktadır³²⁶. Örneğin, iş yeri giriş çıkışlarında uyulacak kurallar, hastalık veya iş kazasına uğrama durumunda veya herhangi bir yangında yapılacak işleri,

³²¹ Tunçomağ, İş Hukuku, C.I, s.187; Esener, İş Hukuku, s.159; Çelik, Dersler s.109; Ekonomi, Ferdi, s.124; Taşkent, Yönetim Hakkı, ss.44vd; Narmanlıoğlu, Ferdi, ss.184–185.

³²² Ekonomi, Ferdi, s.124.

³²³ AYM, 26–27.9.1967.t, E.1963/366, K.1967/29, RG, 19.10.1968, S.13031.

³²⁴ Saymen, ss.395–397; Ekonomi, Ferdi, s.14; Esener, İş Hukuku, ss.127–128; Tunçomağ, İş Hukuku, s.14; Reisoğlu, Hizmet Akdi, ss.51–52; Süzek, Kötüye Kullanma, ss.10–11; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.46.

³²⁵ Süzek, Askı, s.108, dn.62deki yazar.

³²⁶ Ekonomi, Ferdi, s.125; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.69.

sigara içilmemesini, soyunma odalarının kullanımını düzenleyen talimatlar bu niteliktedir³²⁷.

Buna karşılık, talimatların bir bölümü doğrudan doğruya iş görme ediminin yerine getirilmesine yöneliktir. Bunlara işin yürütümüne ilişkin talimatlar denmektedir. İşin nerede, ne zaman, nasıl ve hangi sıraya göre yapılacağını düzenleyen ya da yöntem veya tekniğini gösteren talimatlar işin yürütümüne ilişkindir. Bu nitelikteki talimatları vermek suretiyle işveren iş ilişkisi içinde işçinin iş görme edimini organize eder.

İşçilerin iş yerindeki davranışlarını yönlendiren talimatların iş görme kavramına sokulması olanağı bulunmamaktadır. Buna karşılık, işçinin işverenin işin yürütümüne ilişkin talimatlara uyma borcu, iş görme borcunun kapsamında yer alan, onun bütünleyicisi olan bir yükümlülüktür. Çünkü işverenin yönetim hakkını bu yönde kullanması, işçinin iş görme ediminin organizasyonuna yöneliktir ve işçi ancak işverenin bu doğrultudaki talimatlarına uygun davrandığı takdirde iş görme borcunu gerektiği gibi yerine getirmiş olacaktır. İş akdinin bağımlılık unsuru gereği, işçi iş görme edimini işverenin talimatına uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Görülüyor ki, işçinin işverenin talimatına uyma borcu daha çok işçinin iş yerindeki davranışları ile ilgili talimatlara uyma zorunluluğundan bağımsız bir borç anlamı kazanmaktadır³²⁸.

Hukuken askı durumunun gerçekleşmesi, iş görme ediminin ifa edilmemesi sonucunu doğurur. İş akdinin zorunlu ve temel koşulu iş görme ediminin yerine getirilmemesi olduğuna göre, bu edimin kapsamında yer alan, onun bütünleyicisi niteliğini taşıyan yükümlülükler de askı döneminde ortadan kalkacaktır. Daha açık bir deyimle, iş görme edimi olmayınca işçinin bu edime ilişkin talimata uyma yükümlülüğü de doğal olarak ortadan kalkacaktır. İş akitleri, yani iş görme edimleri askıya alınan işçilerin işverenin iş görme edimine ilişkin talimatlarına uyma borçlarından söz edilemez. Yukarıda görüldüğü şekilde askı döneminde işçinin

³²⁷ Taşkent, Yönetim Hakkı, s.69; Çelik, Dersler, s.93.

³²⁸ Ekonomi, Ferdi, s.125; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.44vd.

sadakat borcu devam etmekte, ancak işin yürütümüne ilişkin talimatlara uyma borcu ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık, askı döneminde teorik olarak işverenin yönetim hakkının tümüyle ortadan kalktığından söz edilemeyecektir. İşçilerin iş görme edimine bağlı olmayan, iş yerindeki davranışlarla ilgili talimatlarına uyma borçları askı döneminde de devam eder. Askı döneminde işçi iş yerinde bulunmayacağından kural olarak bu yöndeki talimatları ihlal etmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak istisnaen ortaya çıkabilecek durumlarda ise bu tür talimatlara uymak zorunda kalır. Örneğin askı döneminde arkadaşlarını ziyarete gelen işçinin, iş yerinde uygulanan giriş çıkış kontrolüne ilişkin talimatlara uyma zorunluluğu vardır. Bunun nedeni, özellikle çıkışlarda yapılan aramalarda işverene ait birçok alet, takım, ham madde veya malların işçiler tarafından çalınmasının önlenmesidir³²⁹. Aynı şekilde iş yerinde uygulanan sigara içme yasağına sözleşmesi askıda olan işçinin uyması gerekmektedir³³⁰.

3.1.5. İşverenin Gözetme ve İşçinin Sadakat Borcuna Etkisi

Askı süresi içinde temel borçlar dışında taraflar arasında iş akdi devam ettiği için, bu edimler dışında kalan işverenin işçiyi gözetme ve işçinin sadakat borçları yürürlükte kalmayı sürdürür. O halde, bu dönemde işveren işçinin kişilik haklarını ihlal eden söz ve davranışlarda bulunamaz, işçi de işverenin itibarını zedeleyecek bir tutum içine giremez, mesleki ya da ticari sırlarını açıklayamaz, diğer işçileri işverene zarar verecek hareketlere teşvik edemez.

İşçinin sadakat borcu, işletmenin gelişmesine gayret etme, işletme ve işveren için zararlı olacak her türlü hareketten kaçınma borcu olarak tanımlanabilir³³¹. İşçi ile işveren arasında kurulan sözleşme sadece tarafların iş görme ve ücret ödeme asli borçlarının değişiminden ibaret olmayıp, aynı zamanda kişisel nitelikteki bir takım yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. İş sözleşmesinde işin niteliğine göre, işçi ve işveren arasında çok sıkı bir şahsi bağlılık oluşmaktadır. Sadakat borcu da,

³²⁹ Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, B.19, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s.125.

³³⁰ İstanbulluoğlu, s.959.

³³¹ Narmanlıoğlu, Ferdi, s.197

işçi ve işveren arasında yardım ve sadakate dayanan bir şahsi bağlılığın oluştuğu, iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. İşçi taraflar arasındaki bu sıkı ilişkiler sonucunda işveren ve işletmesinin menfaatlerini en iyi şekilde korumak ve zararlarını önlemeye çalışmakla yükümlüdür. Bu anlamda işçi, işverenin itibar ve kredisini düşürecek hareketlerde bulunmak, düzenlediği makbuzlarda tahrifat yapmak, işi bırakıp gazete okumak, gerçeğe aykırı fatura kesmek gibi aynı zamanda suç oluşturan eylemlerde bulunamaz³³². Tarafların askı süresi içinde, gözetme ve sadakat borçlarını ihlal eden bu gibi davranışlarda bulunmaları halinde diğer taraf haklı nedenle iş akdini feshedebilir(İşK m.24/III, 25/II)³³³.

Sadakat borcunun kapsamını iş ilişkisinin niteliği tayin eder. Şahsi ilişkilerin sıklaşması için karşılıklı güvene dayanması ölçüsünde işçinin sadakat borcu artacaktır. Sadakat borcu olumlu bir hareket³³⁴ bir yapma borcu olarak karşımıza çıkabileceği gibi, bir kaçınma olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin işçinin işveren için tehlike arz eden bir durumu ve zararı derhal kendisine bildirmesi veya işçinin işveren ile rekabet etmemesi sadakat borcunun bir gereğidir.

Sadakat borcu, doğrudan iş ilişkisinin varlığından doğmaktadır. Bu nedenle örneğin, grev nedeniyle oluşan iş sözleşmesinin askıda kalma müddetince sadakat borcu askıya alınmaz ve varlığını sürdürür. İşçinin sadakat borcu; dürüstlük borcu, sır saklama borcu ve rekabet etmeme borcu olarak, en temel üç halde görünür. Grev süresince iş görme borcu askıda kalacağı için buna bağlı olarak işçinin işini görürken uymakla yükümlü olduğu temel dürüstlük borcu ortadan kalkacak ve sadakat borcunun kapsamı daralarak grev vakıası ile uyumlu olarak devam edecektir.

³³² Çelik, B.19, s.128

³³³ Süzek, Askı, s.89.

³³⁴ Sadakat borcunun olumlu yanı, işin işverenin yararına uygun bir biçimde yapılması olarak belirlenmektedir. İşçi, işin yolunda gitmesi, işverenin şöhret ve itibarının sarsılmaması için yapılması gerekenleri yerine getirmeli, işverene zarar verebilecek tehlikelerin önlenmesi bakımından gerekli önlemleri almalıdır. Örneğin, hırsızlık, yolsuzluk gibi bozukluk ve düzensizlikleri işverene duyurmalıdır. Çelik, Dersler, s.107.

Sadakat borcunun bir yansıması olan dürüstlük borcu ile sır saklama borcu ve rekabet etmeme borcu da, iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre içinde aynen devam edecektir.

3.1.6. İşçinin Kıdemine Etkisi

3.1.6.1. Genel Olarak

İş akdinin askıya alınmasının hukuki sonuçları incelenirken üzerinde durulması gereken diğer bir önemli sorun da, askı halinin işçinin kıdemine etkisidir. İşçinin kendisine yüklenemeyen nedenlerle geçici ifa imkânsızlığı içine düşmesi ya da işverenin ifayı kabul edememesi durumunda ortaya çıkan tüm askı hallerinin, işçinin kıdemine bağlı haklarına etkisinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Zira iş mevzuatında, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin süreleri, fesih bildirim önellere gibi işçi lehine getirilmiş birçok hakkın doğumu ve hesaplanması, işçinin iş yerindeki kıdemi ile doğrudan ilgilidir.

Teorik açıdan, askı hallerinin işçinin kıdemine etkisini belirleyebilmek için, askı döneminde taraflar arasındaki iş akdinin durumunun açıklığa kavuşturulmasına gerek duyulmaktadır. Bunun için de, tarafların iş akdinden doğan borçlarının hatırlanmasında yarar vardır. Askıya alınmada, işçinin temel edimi olan iş görme borcunun ortadan kalktığı, buna karşılık sadakat borcunun bütünüyle, talimatlara uyma borcunun ise, sınırlı bir alanda da olsa devam edeceği kabul edilmiştir. Buna karşılık işverenin, temel edimi olan ücret borcu kural olarak yerine getirilmemekte, ancak işçiyi gözetme borcu devam etmektedir.

Öte yandan, işveren askı dönemi içinde de eşit işlem yapma borcuna uygun hareket etmek zorundadır. İş görme ediminin ifa edilmemesine karşın, işveren bu edimin yerine getirilmemesine bağlanan hukuki sonuçlar dışında, iş akdi askıya alınan işçilerle alınmayanlar ya da sözleşmesi askıya alınan işçilerin kendi aralarında anayasal eşitlik ilkesine uymak zorundadır (İŞK m.5). Örneğin iş yerindeki tüm işçilerin iş akitlerinin askıya alındığı bir lokavt esnasında, işverenin sendika üyesi

olmayan işçilere ücretlerini kısmen veya tamamen ödemeye devam etmesi, eşit işlem yapma borcuna aykırıdır.

Görüldüğü gibi, askı döneminde her ne kadar taraflar sözleşmeden doğan temel edimlerini yerine getiremiyorlarsa da, iş akdinden doğan bazı borçlarını ödeme yükümlülükleri devam etmektedir. Bu durumda taraflar arasında iş akdinin hukuken ortadan kalktığı ileri sürebilmek mümkün değildir. Askı döneminde devam etmekte olan borçların ifa edilmemesi bunlara bağlanan hukuki yaptırımların uygulanmasına yol açar. Askı süresinde iş akdinden doğan borçların etkisinin ve gücünün devam etmesi, taraflar arasındaki akdi ilişkinin devam ettiğinin de bir kanıtıdır. Bazı borçların yerine getirilmemesine karşın, askı döneminde taraflar arasındaki, iş akdi devam ettiğine göre, askı süresinin işçinin kıdeminden sayılması gerekir. Zira askı sırasında işçinin işletmeye veya iş yerine aidiyeti devam ettiğinden, işçinin başta kıdem tazminatı olmak üzere kıdeme bağlı haklarının bundan etkilenmemesi gerekir³³⁵.

Gerçekten, aksinin kabul edilmesi, iş hukukunun günümüzdeki gelişme çizgisine ve iş akdinin askıya alınmasının temelinde yatan temel düşünceye uygun düşmeyecek ve işçinin iş güvencesi ile geçim imkânlarının sağlanması kaygısı bir tarafa bırakılmış olacaktır³³⁶. İş akdi devam ederken ortaya çıkabilecek bazı ifa engellerine karşın işçiye güvence sağlama amacını izleyen askıya alma müessesesi, onu fiili ve devamlı hizmeti dolayısıyla değil, Fransız İş Hukuku öğretisinde belirtildiği gibi, “iş yerine bağlılığı” nedeniyle koruma altına almaktadır. Kendisine yüklenemeyen nedenlerle, iş görme edimini geçici olarak yerine getiremeyen, ama bu süre içinde iş yerine bağlılığı devam eden işçinin, kıdemine bağlı bazı haklardan yoksun bırakılması veya bu hakları eksik olarak elde etmesi iş hukukunun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmaz³³⁷.

³³⁵ Mollamahmutoğlu, B.2, s.458.

³³⁶ Ünal Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı**, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.119.

³³⁷ Süzek, Askı, s.111.

Esasen, daha önce de görüldüğü gibi, askı dönemi kural olarak çok uzun süre devam etmez. Yasada askı süresi ayrıca belirtilmemişse, askının devam süresi iyi niyet kuralları gereği katlanılmayacak kadar uzadığında, işveren iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Bu itibarla, elinde olmayan nedenlerle ya da yasal bir hakkı kullandığı için sözleşmenin askıya alınmasına yol açan işçinin, nispeten kısa bir dönem için kıdeme bağlı haklarından yoksun bırakılması modern iş hukukunun amaçlarına uygun düşmez. Bu görüş, askı halinin işverenin ifayı kabul imkânsızlığı sonucunda ortaya çıkması durumunda, daha da geçerlik kazanır.

Bazı durumlarda askı halinin uzun süre devam etmesi mümkündür. Bu durum fesih hakkının, askının yasada öngörülen veya dürüstlük kuralları gereği fesihden önce beklenmesi gereken süreleri aşmasına karşın işverence kullanılmaması halinde ortaya çıkar. Bilindiği gibi bazı durumlarda, iş akdi belirtilen askı süresinin sonunda kendiliğinden sona ermez, sözleşmenin sona ermesi için işverence feshedilmesi gerekir. Aksi takdirde, iş akdi askıda kalmaya devam eder. İşçi çalışmaya başlar işveren de bu duruma bir ses çıkarmazsa iş sözleşmesi kaldığı yerden devam eder. İşveren lehine haklı nedenle fesih hakkının doğmasına karşın bu hakkın kullanılmaması, işverenin işçi ile arasındaki akdi ilişkinin devamını arzuladığı, işçinin iş yerine bağlılığının devam etmesini onayladığı anlamına gelir.

O halde, askı döneminin kısa veya uzun sürmesi, askının kıdeme etkisi açısından herhangi bir farklı sonuç yaratmamaktadır. Çünkü her iki halde de taraflar arasındaki iş akdi devam etmektedir.

Bunun gibi, Süzek'e göre³³⁸ askı durumunu yaratan ifa engelinin niteliği, askının kıdeme etkisi açısından farklı sonuç yaratmaz. Başka bir deyişle, askı halini doğuran hastalık, iş kazası, analık, askeri veya kamusal görevler, zorlayıcı veya kişisel nedenler, grev ve lokavt gibi durumlar söz konusu olduğunda, herhangi bir ayırım yapılmaksızın askıda geçirilen sürelerin işçinin kıdeminden sayılması gerekir. Bu itibarla, yazar; grevi diğer askı hallerinden ayıran ve grevde işçinin iş yeri ile

³³⁸ Süzek, Askı, s.112.

dayanışma içinde olmaması nedeniyle askı süresinin işçinin kıdeminden sayılmaması gerektiği görüşüne katılmamaktadır. Çünkü diğer askı hallerinde olduğu gibi, grevde de işçi ile işveren arasındaki iş akdi devam eder. Aynı şekilde, grevci işçilerin iş yerine bağlılıklarının devam etmediği de söylenemez. Grevci işçiler, yasal bir grevde iş yeri ile bağlılıklarını sona erdirmeyi değil, ekonomik ve sosyal durumlarını düzeltmeyi amaçlamaktadırlar.

Bu itibarla teorik olarak, işçinin kendisine yüklenemeyen nedenlerle iş görme edimini ifa edemediği ve aynı şekilde işverenin ifayı kabul edemediği tüm hallerde askı süresinin işçinin kıdeminden sayılması gerekir. Bu sürenin kısa veya uzun olması da hukuki sonucu değiştirmez. O halde, yasada aksi bir düzenleme bulunmadığı sürece her türlü askı süresinin işçinin kıdeminden sayılması gerekmektedir.

Değişik ülkelerde yapılan bir gözlem, bu teorik ilkenin henüz tam anlamıyla benimsenmediğini göstermektedir. Avrupa Birliği ülkeleri hukukunda her ne kadar genel olarak bu ilke geçerli ise de; iş mevzuatı ile bazı askı hallerinin işçinin kıdeminden sayılmadığı zira bu durumlarda kıdem ancak işçinin fiili çalışmasına bağlandığı gözlenmektedir³³⁹.

Türk iş hukuku öğretisinde askı sürelerinin kıdemden sayılması gerektiği baskın görüş olarak benimsenmesine karşın, iş mevzuatımızda bu konuda sınırlamalar getirilmiş, yargısal içtihatlar ise, işçinin kıdeminden sayılması gereken askı alanını daha da daraltmıştır.

Bu doğrultu da gerek kanun, gerek yargı kararları, işçinin kıdeminin en önemli görünümünden biri olan kıdem tazminatı bakımından askıda geçen süreleri ya tamamen dışlamak ya da olabildiğince sınırlamak suretiyle olumsuz bir hukuki durum tesis etmiştir.

³³⁹ Süzek, Askı, s.112, dn.76.

3.1.6.2. Kıdem Tazminatı Bakımından

3.1.6.2.1. Askı Süresini Kıdem Tazminatına Esas Almayan Görüş

Her şeyden önce, 5.5.1983 tarih ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 42. maddesinin 5.fıkrası, grev ve lokavtta geçen sürede iş akitleri askıda kalan işçilerin, askıda geçen bu sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağını hükme bağlamıştır. Aynı fıkraya göre, toplu iş sözleşmelerine veya iş akitlerine bunun aksine hüküm konulamayacaktır. Böylece grev ve lokavt esnasında taraflar arasındaki akdi ilişkinin hukuken devam etmesine karşın, bu sürenin işçinin kıdem tazminatının dolayısıyla kıdeminin hesabında dikkate alınması yasa ile engellenmiştir.

275s. TSGLK'da da grevde geçen sürenin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacağına ilişkin açık hüküm 27. maddede yer almaktaydı. Yargıtay'ın da o dönemde vermiş olduğu kararı;

“İş Kanununun 14.maddesindeki hizmet akdinin devamı süresi sözcükleriyle de sözleşme yanlarının karşılıklı olarak edimlerini yerine getirmekle yükümlü oldukları süre kastedilmiştir. Bu nedenle sözleşmeden doğan hak ve borçların askıda kaldığı grev süresinin kıdem tazminatının hesabına esas olacak süreye dâhil edilmesi yasaya aykırıdır”³⁴⁰ şeklindeydi.

Görülüyor ki Yargıtay 2822 sayılı Yasanın 42/5 maddesi hükmü getirilmeden önceki dönemde de, iş akdinin askıya alınması teorisinde hizmet akdinin devamı süresini esas alarak, bu teoriye tamamen uygun bir düzenleme getiren İş Kanunu hükmünün aksine, işçinin grevde geçirdiği süreleri kıdeminden saymamayı tercih etmişti³⁴¹.

³⁴⁰Y.9HD, E.1978/6403, K.1978/7379, 10.05.1978.t ve Münir Ekonomi, **Grevde Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılamaması**, İHU, İşK 14, No:17 (No:17), aynı yönde, Y.9HD, E.1978/558, K.1978/6620, 6.4.1978.t, İşveren, Aralık 1978, C.XVII, S.3,s.16.

³⁴¹ İşK'nun 14. maddesini değiştiren 4.7.1975 tarih ve 1927 sayılı yasaya ilişkin hükümet gerekçesinde de “ kıdem tazminatına hak kazandıracak bir yıllık sürenin sadece iş yerinde fiilen çalışılan süreleri değil, işçinin, grev, istirahat, izin ve diğerleri gibi hizmet akdinin askıda kaldığı

Yargıtay'ın bu çözümü, öğretide bazı yazarlarca da benimsenmişti. Bu görüşteki yazarlar, kanundaki her bir tam yılın, işçinin fiilen çalışmış bulunduğu bir yılı ifade ettiğini, tam yıl deyimiyle kanun koyucunun işçinin işe başladığı tarihten itibaren hesaplanmak üzere 365'er günlük devreleri kastettiğini, kıdem tazminatının işyerine gösterilen bağlılık ve sebat ikramiyesi niteliğinde bulunduğunu, İş Kanunu'nda grevde geçen sürenin çalışılmış sayılan bir süre olduğuna ilişkin bir düzenlemenin yapılmadığını öne sürmekte ve işçinin grevde geçirdiği sürenin çalışılmış sayılmamasının hem adil hem de müessesenin ruhuna ve niteliğine uygun düştüğü sonucuna varmaktaydılar³⁴².

Çuhruk da yılın hesabında aslolanın işe başlama ve hizmet akdinin devamı olduğunu, akdin son bulmasına neden olmayan bu sürelerin akit devam ettiği sürece dikkate alınmasının doğal sayılabileceğini, işçinin de yasal bir hakkını kullanmış olduğunu buna karşılık greve katılarak edimini yerine getirmek istemediğini açığa vurmuş olan işçinin grevde geçirdiği süreyi kıdem tazminatının hesabında nazara almanın kanunun özüne uygun olmadığını öne sürmüştür³⁴³.

Reisoğlu da, kanundaki tam yılın, hizmet sözleşmesinden doğan hak ve borçların karşılıklı olarak yerine getirilme yükümlülüğünün devam ettiği süreleri içerdiğini, askıdaki sürelerin ise kıdem hesabında dikkate alınamayacağını, greve ilişkin kanundaki düzenlemenin de bu sonucu haklı kıldığını, zira grev süresince işçinin işverenden ücretinin ödenmesini isteyemediği gibi bu süreler için yasal bir hak olan kıdem tazminatını da talep edemeyeceğini savunmuştur³⁴⁴.

bütün durumları da kapsayacağı açıktır. Zira asıl olan hizmet akdinin başlaması ve devamıdır. Yukarıda da anılan askı durumları ise zaten hizmet akdini sona erdiren hukuki nedenler değildir" demektedir. MMTD, S.66, s.2.

³⁴² Y Can Göksoy, **Kıdem Tazminatının Niteliği ve Grevde Geçen Sürenin Kıdem Hesabına Etkisi**, İş Hukuku Dergisi, C.I, Ağustos, 1969, S.8, ss.723vd.

³⁴³ Mahmut Çuhruk, **Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, Ankara 1978, s.10.

³⁴⁴ Safa Reisoğlu, **1927 Sayılı Kanun Açısından Kıdem Tazminatı**, Ankara 1976, s.45.

Yargıtay, yukarıda belirtildiği gibi, sadece grevde geçirilen süreler açısından değil, diğer bazı askı halleri açısından da askıya alma teorisine aykırı sonuçlara varmıştır. Gerçekten Yargıtay, işçinin hastalık süresi ile ilgili olarak:

*“...davacının raporlu bulunduğu süre içerisinde iş yerinde çalışması söz konusu değildir. İşçinin hizmet sözleşmesinin bozulması itibarıyla kısa süreli rapor dönemi kıdem tazminatında dikkate alınmakla beraber, bu süre makul ölçüyü aştığı takdirde **sözleşme askıya alınmış sayılarak yukarıda değinilen 14. maddedeki tam yıla dâhil edilmemeli ve kıdem tazminatı hesabına katılmamalıdır***³⁴⁵”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun uygun bulduğu 9.Hukuk Dairesinin bu kararında, iş akdinin devam süresini esas alan İş Kanunu'nun 14.maddesinin uygulanmasından yine kaçınılmış, kıdem tazminatının hesabında esas alınacak “tam yılın” İş Kanunu'na göre çalışılan sürelerin toplamı olması gerektiği³⁴⁶ kabul edilmiştir.

Yargıtay, iş akdinin askıya alındığı dönemler olan işçinin tutukluluk veya ücretsiz izin sürelerinin de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınamayacağını kararlaştırmaktadır. Ücretsiz izin süreleri ile ilgili olarak yüksek mahkeme kararında şu anlatıma yer vermiştir:

*“...Çekilen finansman sıkıntısı nedeni ile inşaatın durdurulduğu ve bu sebeple davacıya... ücretsiz izin verildiği... işverenin... hesabı keserek çalıştığı sürelerle ilişkin kıdem tazminatını ödemediği... anlaşılmaktadır... işverenin verdiği ücretsiz izinler çalışılan ve çalışılmış gibi sayılan sürelerden değildir... bu durumda ücretsiz izin süresinin uzunluğu da dikkate alındığında... anılan sürelerin kıdem tazminatında nazara alınması mümkün olmaz. Aksinin kabulü hakkaniyetle bağdaşmaz”*³⁴⁷.

³⁴⁵ YHGK, E.1981/9-1067, K.1983/1169, 16.11.1983.t; ve Çelik’in incelemesi, İHU, İşK.14 (No.30). Aynı yönde, Y.9HD, E.1983/9580, K.1983/11146, 28.12.1983.t, Tütis, Mart 1984, C.8, S.2, s.18.

³⁴⁶ Aynı yönde, Y.9HD, E.1984/63, K.1984/1045, 7.2.1984.t, YKD, Haziran 1984, C.10, S.6, s.895. YHGK, 9-1067/1169, 16.11.1983.t ve Çelik’in incelemesi, İHU, İşK.14, No.30, YHGK, 9-97/553, 21.05.1986.t, İKİD, Ekim 1986, ss.4449-4450

³⁴⁷ Y.9HD, 12107/2405, 14.03.1989, YKD, Temmuz 1989 ve bu kararın eleştirisi için, Süzek, Değerlendirme 1989, ss.66-70; Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Y.9HD, 7547/21908, 21.11.2002, Tühis, Kasım 2002, Y.9HD, 4267/16734, 9.10.2003, İşv., Ekim 2003, s.27, ss.130-131,

3.1.6.2.2. Askı Süresini Kıdem Tazminatına Esas Alan Görüş

Yargıtay'ın ücretsiz izin sürelerinin işçinin kıdeminde ve dolayısıyla kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması gerektiği yönündeki kararları ile doktrinde bu yönde görüş bildiren yazarlar bir takım eleştirilere maruz kalmıştır.

Öyle ki Ekonomi'ye göre; gerek 1475 sayılı İş Kanunu'nda gerekse de 4857 sayılı İş Kanunu'nda kıdem tazminatının hesabında, “iş yılı” esasını değil, 14. maddenin ilk fıkrasında “*hizmet akdinin devamı süresi*” olarak “takvim yılı” esası benimsenmiştir. Yargıtay kararında belirtilen, iş akdindeki taraflarının karşılıklı olarak edimlerini ifa etmekle yükümlü oldukları sürenin, “hizmet akdinin devamı süresinden” tamamen farklı bir anlam taşıdığından kuşku yoktur. Tarafların karşılıklı olarak edimlerini yerine getirmekle yükümlü oldukları süre, ancak işçinin fiilen çalıştığı süre olabilir. Böyle bir sürenin esas alınması ise, iş yılı ölçütünün getirilmesinden başka bir anlam taşımayacaktır³⁴⁸. Bu durumda iş sözleşmesi taraflarının karşılıklı edimlerini yerine getirmekle yükümlü oldukları sürenin, fiilen çalışılan süre olarak anlaşılması yorumu kanuna aykırı bir durum yaratacaktır. O halde bu hükmün açıklığı karşısında, işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş akdinin taraflar arasında varlığını sürdürdüğü ve bu esnada sözleşmenin askıya alındığı tüm sürelerin kıdem tazminatının hesabında göz önünde tutulması gerekir. Bu bakımdan akdin askıya alındığı nedenler arasında bir farklılık yoktur³⁴⁹.

Narmanlıoğlu'na göre kıdemli işçi sıfatının sadece fiilen çalışılan sürelerle kazanılabileceğini yansıtan düzenleme, işçiyi ve ücretini yalnız çalışma çevresinde düşünen bir ortamda makul sayılabilirse de, çağdaş iş hukukunda işçinin sadece fiilen çalıştığı ve iş gördüğü sürece durumunu değerlendiren düşünce ve çözümlere itibar edilmemekte, işçinin durumunu “*işyerine bağlılığı*” açısından

Y.9HD, 15480/4782, 11.03.2004; Çimento İşv., Mayıs 2004, s.54, Y.9HD, 30640/16360, 24.05.2007, ÇT, 15, ss.229-230.

³⁴⁸ Esener, İş Hukuku, ss.248-249.

³⁴⁹ Esener, İş Hukuku, s.246; Tunçomağ, C.I, s.410; Ekonomi, Ferdi, s.238vd; Çelik, Dersler, ss.295-296; Eyrenci, Ücretsiz İzinler, s.46; Narmanlıoğlu, s.420; Süzek, Askı, ss.110vd; Çenberci, Şerh, s.425; Centel, s.210; Ercan Akyiğit, **Kıdem Tazminatı**, Seçkin Yayıncılık, B.1 Ankara 1999, s.478; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitapevi, B.2, Eskişehir 2007, s.162; aksi görüş Reisoğlu, Kıdem Tazminatı, ss.44vd.

değerlendirmektedir. İşte bu temayüle uygun olarak İş Kanunu'nda kıdeme esas olarak tam yıl esası benimsenmiş, iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisinin devam ettiği, yani iş sözleşmesinin sona ermediği sürelerde işçinin işyerine bağlılığının devam ettiği kabul edilmiştir. Bu itibarla kanundaki tam yıl deyimi, iş sözleşmesinin ayakta durduğu süreler göre hesaplanacak bir yılı, başka bir söyleyişle, işçinin işe başladığı günden itibaren hesap edilmesi gereken takvim yılını ifade etmektedir. Öyleyse sözleşmenin askıda kaldığı süreleri de kanunen çalışılmış sayılan süreler gibi kıdem-hizmet süresine dâhil etmek gerekecektir³⁵⁰.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, iş akdinin askıda kaldığı döneme ilişkin sürelerin, işçinin kıdemine ve kıdem tazminatına esas alınacak sürelerden sayılması gerekmektedir³⁵¹. Bu süreçte iş sözleşmesi devam ettiği kabul edilen işçinin içinde bulunduğu süreyi, onun kıdeminden çalmak, iş hukukunun işçiyi koruyan felsefesine aykırı düşecektir. Kaldı ki bu görüş, İş Kanunu'nun 14. maddesini değiştiren 4.7.1975 tarihli ve 1927 sayılı yasanın gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu gerekçeye göre,

“kıdem tazminatına hak kazandıracak bir yıllık sürenin sadece iş yerinde fiilen çalışılan süreleri değil, işçinin istirahat... izin ve diğerleri gibi hizmet akdinin askıda kaldığı bütün durumları da kapsayacağı açıktır. Zira aslolan hizmet akdinin başlaması ve devamıdır. Yukarıda anılan askıda kalma durumları ise zaten hizmet akdini sona erdiren hukuki durumlar değildir”.

Ancak askı süresinin işçinin kıdemden sayılmaması bunun açıkça yasada düzenlenmesi halinde mümkün olabilecektir. Zira grevde geçen sürelerin açıkça işçinin kıdeminden sayılmayacağına ilişkin düzenleme böyle bir düzenlemedir.

³⁵⁰ Ünal Narmanlıoğlu, **Kanuni Grevde Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılmayacağına İlişkin Hükmün Uygunsuzluğu**, Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s.285. Narmanlıoğlu'na göre, bu hüküm sadece kıdemi değil, dolaylı olarak grev hakkını da olumsuz etkilemesinden dolayı eleştirmiştir. Zira anayasal dayanaklı, kanundan doğan bir hakkını, grev hakkını kullanan işçinin, sözleşmesi ilişkisine bağlı, sözleşmenin ayakta durduğu sürece gündeme gelecek kıdem tazminatını şekillendirecek kıdem süresine olumsuz etki yapmasına imkân tanımak, grev hakkının kullanılmasını engelleyici, sınırlayıcı hatta kullanılmasını ortadan kaldıracı bir etki yapacağından kabul edilemez.

³⁵¹ Mollamahmutoğlu, B.3, s.458, Süzek, B.5, s.695.

Yargıtay'ın ücretsiz izinlerin işçinin kıdeminden sayılamayacağına ilişkin yukarıda yer verdiğimiz kararında ise “işverenin verdiği ücretsiz izinler... çalışılmış gibi sayılan sürelerden değildir” denilmek suretiyle çelişkili bir durum yaratılmıştır. Çünkü İş Kanunu'nun yıllık ücretli izin süresinin hesaplanmasında çalışılmış gibi sayılan süreleri düzenleyen 55.maddesinin j fıkrasında, açıkça “işveren tarafından verilen öbür izinlerin” çalışılmış gibi sayılan hallerden olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükmün işveren tarafından verilen ücretsiz izinleri de kapsadığı kuşkusuzdur. Çalışılmış gibi sayılan hallere ölçü olarak İşK 55'i alan yüksek mahkemenin, bu maddenin j fıkrasında herhangi bir süre sınırlamasının getirilmediği ve bir ayrıma tabi tutulmadığı dikkate alındığında, iş akdinin askıya alındığı hallerden olan ücretsiz izin sürelerini de işçi açısından çalışılmış sayılan sürelerden yani kıdem tazminatına esas süreden sayması gerekirdi³⁵².

Çalışılmış gibi sayılan süreler arasında olan askı sürelerinin kıdem tazminatına esas alınıp alınmayacağı konusunda Yargıtay'ın İşK'nun 55. maddesinden yola çıkarak hareket etmesi tartışma konusu olmuştur.

Öncelikle burada söz konusu düzenlemenin sadece yıllık ücretli izin hakkının kazanılması bakımından çalışılmış gibi kabul edilecek haller olarak düzenlendiği savunulabilir. Yani bu sürelerin (askı sürelerinin) kıdem tazminatında dikkate alınmayacağı iddia edilebilir. Oysa gerek ihbar ve kıdem tazminatı ve gerekse de yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınacak sürenin belirlenmesinde ortak ölçüt olan işçinin kıdemi; sayılan durumların tümünün ortak noktasıdır. Dolayısıyla yıllık ücretli izin süresinin hesaplanmasında işçinin kıdeminden sayılan bu sürelerin aynı zamanda kıdem tazminatının hesabında da dikkate alınması gerekecektir.

Nitekim çalışılmış gibi sayılan sürenin sadece hafta tatili ve yıllık ücretli izin hakkı açısından değil, hizmet süresine bağlı diğer alacaklar (ihbar ve kıdem tazminatı gibi) açısından da, göz önünde bulundurulacağı öğretide de kabul edilmektedir³⁵³.

³⁵² Süzek, Değerlendirme 1989, ss.69–70.

³⁵³ Bektaş Kar ve Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, s.34.

Yıllık ücretli iznin hesaplanmasına ilişkin getirilen bu düzenlemenin, kanun koyucu tarafından sadece ilgili konuyu düzenleyen özel bir hüküm olarak öngörülmesi nedeniyle benzer düzenlemelerde kullanılıp kullanılmayacağı başka bir deyişle yıllık ücretli iznin kullanılmasına mı münhasır olup olmadığı değinilmesi gereken bir noktadır.

Özer'e göre, bir ölçüt uygun düştüğü ölçüde kıdemın önem taşıdığı diğer konularda da kullanılmalıdır. Kaldı ki, kanun koyucu kıdem hesabında uygun olmadığını düşündüğü sürelerin neler olduğunu açıkça düzenleyerek bu konudaki tavrını ortaya koymuştur. Askı hali olan grev ve lokavt sürecinin kıdem hesabının dışında tutulması böyledir (TSGLK.m.42/5)³⁵⁴. İşK'nun 55. maddesinde yer alan bu süreler arasında grev ya da lokavtta geçen sürelerin çalışılmış gibi sayılacak olan sürelerden olduğuna ilişkin bir düzenleme olmadığı için, yargı görüşü de, kanuni grev ve lokavtta geçen sürelerin çalışılmış gibi sayılamayacağı ve yıllık ücretli iznin hesabında da dikkate alınamayacağı yönünde olmuştur³⁵⁵.

Akyol'a göre ise; grev ve lokavtta geçen süreler, yıllık ücretli izin hakkı bakımından çalışılmış gibi sayılmazlarsa da yıllık izin süresinin hesabında dikkate alınır. Zira izin süresi fiilen çalışılan süreye göre değil, akdi ilişkinin süresine göre hesaplanır³⁵⁶. Yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınacak bu sürenin ise kıdemden ve kıdem tazminatının hesabından sayılamayacağıın kabulü imkânsızdır. TSGLK'NUN 42.maddesi karşısında ise yazarın bu görüşünün kabulü imkânsızdır.

Süzek'e göre³⁵⁷, İşK 14/1'deki açık hüküm karşısında, çalışılmış gibi sayılan sürelerden söz edilmesi ve bunun için yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenlemenin dikkate alınacağıın kabul edilmesi isabetli değildir. İşK'nun 55.maddesi yıllık ücretli izin hakkı bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri konunun kendi özelliğine göre belirlemiş olup, bu hükmün bundan tamamen bağımsız bir nitelik taşıyan veya tümüyle farklı özelliklere sahip bulunan kıdem tazminatına uygulanması

³⁵⁴ Özer, s.130.

³⁵⁵ Y.9HD, E.1996/6578; K.1996/18035, 20.09.1996.t.

³⁵⁶ Akyol, s.88.

³⁵⁷ Süzek, B.5, ss.695–696.

düşünülemez. Konuyu doğrudan düzenleyen İşK'nun 14.maddesinin 1.fıkrası hükmü varken, çözümü kıdem tazminatı ile ilgili olmayan yıllık ücretli izni düzenleyen bir hükümde aramak uygun bir yöntem sayılmaz.

Hangi görüş benimsenirse benimsensin sonuç olarak her iki görüşün de vardığı netice aynıdır. Buna göre yıllık ücretli iznin hesabında da dikkate alınan çalışılmış sayılan hallerden iş akdinin askıda olduğu kabul edilen haller aynı zamanda işçinin kıdeminde ve kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmalıdır.

Kanun, iş yerinde, yıllık ücretli izin hakkı bakımından, zorlayıcı nedenlerle işin aralıksız bir haftadan fazla tatil edilmesi (ki bu askı dönemidir) sonucu işçinin çalışmadan geçirdiği sürenin sadece 15 gününü işçinin yeniden işe başlaması koşuluyla (İşK. m.55/d), m.31/f.1'e göre muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan doğan ödev nedeniyle askıda geçen sürenin de azami 90 gününün ve kadın işçilerin 74.madde gereğince doğumdan önce veya sonra çalıştırılmadıkları günlerin kıdemde dikkate alınacağını ifade etmektedir.

Özer'e göre de, kadın işçinin doğum iznine ayrılması iş akitlerinin askıya alındığı durumlardan biridir ve bu sürenin kıdem hesablanmasının şart olduğu durumlarda dikkate alınması gerekmektedir. Aksinin kabulü, hamile işçiyi korumak amacıyla getirilmiş kanundan doğan bir hakkın kullanılması sebebiyle işçinin kıdeminin işlememesi ve dolayısıyla onun mağdur edilmesi anlamını taşıyacaktır. Yazara göre 16 haftadan oluşan doğum izni nedeniyle ortaya çıkan askı süresinin bir kısmının değil tümünün kıdemden sayılması gerekmektedir. Zira kanun koyucu sürenin fazla olduğunu düşündüğü durumlarda (90 gün veya bildirim süresi+6 hafta gibi) bu süreyi sınırlama yoluna gitmiştir³⁵⁸.

Onaran'a göre de, doğum yapan işçiler açısından askı süresi olan 16 haftalık süre içinde işçinin işyerine aidiyeti devam ettiğinden kıdeme bağlı olan hakların bundan etkilenmemesi gerekir. İşçinin doğum iznine ayrılması da iş sözleşmesinin

³⁵⁸ Özer, s.11.

askıda olduğu hallerden biri olarak kanunumuzda düzenlendiğinden, kıdemini hesaplanmasında dikkate alınması gerekmektedir³⁵⁹.

Süzek'e göre; kıdem ve dolayısıyla kıdem tazminatına esas alınacak sürenin hesabında, yasada (teoriye uygun olarak) iş akdinin devam süresinin ölçüt olarak kabul edilmesinden dolayı, mevzuatla (grevde olduğu gibi) aksine bir hüküm getirilmiş olmadıkça, tüm askıya alınma hallerinde akdi ilişkinin devam süresinin esas alınması gerekir. Bunun kabulü hem iş akdinin askıya alınması teorisine hem de iş mevzuatı kurallarına uygun düşer³⁶⁰. Zira iş akdinin askıya alınması durumunda akdin varlığını devam ettirdiği ancak bir takım sonuçları doğurmaya ara verdiği açıktır. Askı durumu yaratan ifa engelini, askının kıdeme etkisi açısından farklı bir sonuç yarattığının ileri sürülebilmesi için ise hiçbir geçerli neden bulunmamaktadır. Çünkü tüm askı halleri aynı koşulların bir araya gelmesi sonucunda ortaya çıkar ve aynı teorik temele dayanır³⁶¹. Yazar, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemede; 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak; herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın, istisnasız tüm askı hallerinin işçinin kıdeminden sayılması gerektiğini belirtmektedir³⁶². Bu sonuca, ya yasaya bu yönde açık bir hüküm getirilerek ya da yasalardaki her türlü sınırlayıcı düzenlemelerin kaldırılıp, sorunun çözümünü iş akdinin askıya alınması teorisine bırakılmasıyla ulaşılmaktadır. Çünkü hem askı döneminde iş akdinin varlığını sürdürdüğünü ve işçinin işverene karşı bazı borçlarının hem de iş akdinin feshine yol açabilecek ölçüde devam ettiğini kabul etmek, hem de bu dönemi işçinin kıdeminden saymamak açıklanması güç bir tutarsızlıktır. Kendisine yüklenemeyen veya işverenin alanında ortaya çıkan nedenlerle işini göremeyen, bunun sonucunda kural olarak ücretinden yoksun kalan işçinin, bir de kıdeme bağlı haklarından yoksun bırakılması modern iş hukukunun izlediği amaçlar arasında yer almaz.

³⁵⁹ Yüksel Melek Onaran, **Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, İstanbul 2000, s.247. Hamileliğin, kötü niyet tazminatı hesabındaki çalışma süresinin belirlenmesinde çalışılmış gibi sayılan süre olduğu yönünde bkz. Süzek, *Kötüye Kullanma*, s.166; doğum izninin kıdem tazminatına ilişkin hizmet süresinin hesabında dikkate alınacağı yönünde bkz. Akyiğit, s.256.

³⁶⁰ Süzek, *Askı*, s.115.

³⁶¹ Süzek, *B.5*, s.596.

³⁶² Süzek, *B.5*, s.696.

3.1.6.3. Yıllık Ücretli İzin Hakkı Bakımından

Kıdeme bağı bir hak olan yıllık ücretli izin hakkı bakımından da, askıda geçen süreleri çalışılmış gibi saymak gerekmektedir. Zira İşK. m.55 bu yöndedir. Söz konusu maddeye göre; “Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır;

- İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (ancak 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz)³⁶³,

- Kadın işçilerin 74.madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler³⁶⁴,

- İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler(bu sürenin 90 günden fazlası sayılmaz),

- Çalışmakta olduğu iş yerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın 15 günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla),

- İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler,

- İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65. maddedeki kısa çalışma süreleri,

Bu maddelerde yer verilen durumlar yıllık ücretli izin sürelerinin hesabında dikkate alınacak hallerden bazılarıdır. Dikkat edilecek olursa bu sürelerin tipik askı halleri olduğu görülecektir.

³⁶³ Yargıtay 1475 sayılı kanun döneminde, hastalık nedeniyle askıda geçen sürenin sadece İşK. m.17/bent I, (b) fıkrasına göre, 13. maddedeki ihbar sürelerine altı hafta eklenmek suretiyle bulunacak kadar kısmının işçinin kıdemine dâhil olacağını kabul etmişti. Y.9HD, E.87/10501, K.87/10881, 10.12.1987.t, aynı daire, E.90/2774, K.90/6193, 21.05.1990.t, 4857 sayılı kanunda bu sınırlamayı yasalaştırarak, içtihadını yasal bir zemine kavuşturmuştur.

³⁶⁴ Caniklioğlu'na göre; İşK'nun 74/I maddesinde belirtilen toplam 16 haftalık doğum izni, işçinin bir yıllık kıdemi süresinin hesabında dikkate alınacaktır. Nurşen Caniklioğlu, **İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullanılmasının Sonuçları**, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, s.1152.

3.2. ASKININ SONA ERMESİ

İş akdinin askıya alınması sonucunu yaratan ifa engeli ortadan kalktığı anda, hukuki askı hali sona erer. İşçinin iş görme edimini ifa etmesine, işverenin de bu edimi kabulüne engel olan neden ortadan kalkınca, iş akdi bütün hükümlerini kaldığı yerden tekrar icra etmeye başlar. Esasen iş akdinin askıya alınmış olması bu sözleşmenin niteliğinde herhangi bir değişikliğe neden olmuş değildir. İfa engeli ortadan kalktığı anda askı öncesindeki iş akdi, taraflar arasında kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Askının sona ermesiyle tarafların bu dönemde askıya alınmış karşılıklı borçları otomatik olarak yeniden yürürlüğe girer. Bunun anlamı her şeyden önce, işçi tarafından iş görme ediminin ifa edilmesi zorunluluğudur. Aynı şekilde, işveren de ifa engelini ortadan kalkmasıyla birlikte işçi tarafından sunulan iş görme edimini kabul etmek zorunda kalır. Onun da ileri sürülebileceği bir ifayı kabul imkânsızlığı artık söz konusu değildir.

Taraflar arasındaki iş akdi belirsiz süreli ise, aynı koşullarla askıdan önce kaldığı yerden devam eder. Belirli süreli iş akitlerinde ise, askı döneminde belirli süre sona ermemişse, askının ortadan kalkmasından sonra iş akdi geriye kalan süre kadar devam yani askıda geçen süre, akdin belirli süresine eklenmez.

Askı döneminin sonunda iş akdi taraflar arasında hiç değişikliğe uğramaksızın aynen devam ettiğinden, işçi askıdan önceki işini yapacaktır. Ancak işverenin işçiye aynı işini verme imkânı ortadan kalkmışsa, eski işine denk veya ona uygun bir işi, ücretinde bir düşme olmaksızın rızası ile vermesi söz konusu olabilir.

Askıya yol açan neden, örneğin; hastalık, iş kazası veya askeri bir görevin yerine getirilmesi, işçinin sakat kalmasına, çalışma gücünde bir eksikliğe yok açmış olabilir. İşçinin bu durumu eski işini yerine getirmeye imkân vermiyorsa, işveren gözetme borcu gereği işçiye, sağlığına ve durumuna uygun bir iş vermek zorundadır³⁶⁵.

³⁶⁵ Sarper Süzek, **İş Güvenliği Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 1985, s.185 vd; Eyrenci, Ücretsiz İzinler, s.47.

Aksı durumunun sora ermesine karşın işçi çalışmaya başlamazsa, kusuruyla ve özürsüz olarak iş görme edimini yerine getirmiyor sayılır. İşveren herhangi bir özrü olmadan, iş görme edimini ifa etmeyen işçinin, iş akdini yasal koşullar çerçevesinde haklı nedenle feshedebilir(İşK m.25/II-g). Başka bir iş bulduğu için, işe kesin olarak dönmeyeceği anlaşılanlar ise, iş akitlerini haksız feshetmiş durumdadırlar³⁶⁶.

Askı dönemi sona erdiğinde işveren, işçinin iş görme edimini kabul etmezse alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılır. Hukukumuzda bunun yaptırımını Borçlar Kanununun 325. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre işveren işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği iş görme edimini yerine getirmeksizin sözleşmede kabul edilen ücreti isteyebilir³⁶⁷.

Askı döneminden sonra işçilerin iş akitlerinin süreli fesih bildiri yoluyla kolayca sona erdirilebilmesi, sözleşmenin askıya alınması yönündeki çabaları anlamsız hale getirmektedir. Gerçekten, iş akdinin askıya alınmasının amacı iş görme edimini geçici olarak yerine getiremeyen işçinin iş güvencesini korumak ve işin devamlılığını sağlamaktır. Belirsiz süreli iş akitlerinin işveren tarafından feshedilmesinin ancak geçerli nedenlerin varlığı halinde kullanılacak bir hak haline getirilmesinin yegâne temeli de aynı mantıkla işçilerin iş güvencelerinin sağlanmasıdır.

³⁶⁶ Oğuzman, İlişkiler, s.250; Akyol, s.95.

³⁶⁷ Tunçomağ, İş Hukuku, ss.203 vd; Çelik, Dersler, ss.133 vd,

KISA ÇALIŞMA

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK

1.1. KISA ÇALIŞMA KAVRAMI, ORTAYA ÇIKIŞI, YASAL DÜZENLEMELER ve AMACI

1.1.2. Genel Olarak Kısa Çalışma Kavramı

1.1.2.1. Kavram

1.1.2.1.1. Genel Giriş

Sürekli borç ilişkisi içine giren işveren, işçiye ve işletmeye ilişkin aksaklıkların her zaman ortaya çıkabileceğini de göze almak ve bu risklere katlanmak zorundadır. Bu durum iş hukukunda işletme rizikosuna katlanma yükümünün işverene ait olması ile açıklanır. Gerçekten de enerji sıkıntısı, makinelerin arızalanması, doğal afet, işgücü eksikliği gibi işletmenin teknik işleyişinden veya üretimin devletçe yasaklanması ya da ulusal yas ilan edilmesi nedeniyle tatil için resmi bir makamın kararından ya da hammadde eksikliği, sipariş azalması gibi nedenlerden doğan durumlar tipik işletme rizikosu olup, bu rizikolara katlanma yükümü işverene aittir. İşveren bu gibi nedenlerle düştüğü zor durumdan çıkmanın yükümünü işçiye yükleyemez. Bu duruma düşmesinde işverenin kusurlu olup olmamasının da kural olarak bir önemi yoktur. Hatta işletmenin varlığının tehlikeye girmesi bile, işverenin ücret ödeme yükümünü ortadan kaldırmaz ve çalışma sürelerinde tek taraflı olarak değişiklik yapmasına olanak tanımaz.

Öte yandan, işletme rizikosunun işverene ait olması, işverenin işçilerle anlaşarak, iş sözleşmelerinde gerekli değişiklikleri yapmasına engel olmaz. Bu bağlamda, işçi ve işveren anlaşarak, geçici bir süre için, ücretin bir kısmından vazgeçilen ya da kısa süreli bir çalışma biçiminin öngörüldüğü bir iş sözleşmesi

değişikliğine karar verebilirler. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce de, işçi ve işverenler anlaşarak, çalışma sürelerinin azaltılmasına başvurmuşlardır.

Buna karşılık ekonomik krizin etkilerini azaltmak için, tarafların anlaşmak suretiyle iş sözleşmesinde değişiklik yapmaları ya da ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi, hem işçi hem de işveren bakımından bazı sakıncalı durumlar yaratır. Bu gibi uygulamalarda işçi, ücretini tamamen ya da kısmen elde edememekte, işverenler de her işçi ile tek tek anlaşma yapmak zorunda kalmaktadırlar. Her bir işçi ile tek tek anlaşma yapma zorunluluğu ise işletmenin işleyişini sıkıntıya sokabilmektedir. Gerçekten, işçinin değişikliği kabul etmemesi de her zaman ihtimal dâhilindedir. Ayrıca elde edilen sonuçlar ise çoğunlukla hem işçi hem de işveren bakımından tatmin edici olmamaktadır³⁶⁸. Bu nedenle, kısa çalışma uygulaması, işçi ve işverenlerin salt bir iş sözleşmesi değişikliği biçiminde yapabilecekleri herhangi bir anlaşmayı değil, yasal ya da sözleşmesel bir düzenlemeye dayanılarak³⁶⁹ her bir işçinin rızasını tek tek almaya gerek kalmaksızın ve ancak belirli koşullarda başvurulmuş bir yöntemi ifade eder.

İşte bu temel üzerinde yükselen işverenin işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltarak veya işyerinde faaliyeti tamamen ya da kısmen geçici olarak durdurarak yaptığı uygulamaya kısa çalışma uygulaması denilmektedir³⁷⁰.

³⁶⁸ Ufuk Aydın, **Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler**, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, Mart 2009, s.29.

³⁶⁹ Alman Hukuku öğretisinde de, iş ilişkisi esnasında, işçi, çalışma hakkına, dolayısıyla da buna bağlı olarak iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücreti talep hakkına sahip olduğu için, işçinin çalışma süresinin geçici olarak azaltılması ya da tamamen durdurulması niteliğini taşıyan kısa çalışma uygulamasının, hukuki bir dayanağının bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Nitekim Alman Hukukunda, kısa çalışma uygulaması, ya kanundaki bir hükümden ya da toplu iş sözleşmesinde yer alan bir düzenlemeden ya da işçilerle tek tek yapılacak bir anlaşmaya dayanması gerektiği ifade edilmektedir. Nurşen Caniklioğlu, **4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Hukuk Kitapları:49, İstanbul 2005, s.503, dn.9.

³⁷⁰ Süzek, B.5, s.743.

Astarlı'ya göre, en genel tanımıyla kısa çalışma; normal çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılmasıdır³⁷¹. Bunun işçilerin haftalık çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalıştırılmasını anlattığı açıktır³⁷².

Eyrenci/Taşkent/Ulucan ise; batıda geçici işsizlik olarak adlandırılan kısa çalışmayı, kanunda belirtilen sebeplerle, günlük çalışma süresinin indirilmesi veya çalışmanın bütünüyle durdurulması şeklinde ve iş sözleşmesinin içeriğinin geçici bir süre için değiştirilmesi olarak tanımlamıştır³⁷³.

Akyiğit; hukukumuzda ilk kez 4857 sayılı İşK ile giren kısa çalışmayı, işverenin genel bir ekonomik kriz veya zorlayıcı bir nedenle geçici bir süre için faaliyeti kısmen veya tamamen durdurması veya haftalık çalışma sürelerini önemli ölçüde azaltması şeklinde tanımlamıştır³⁷⁴.

Caniklioğlu'na göre³⁷⁵ kısa çalışmayı, kanunda sayılan nedenlerle ekonomik açıdan zor duruma düşen işletmelerde, işçi ve işverenlerin çıkarlarının, sigorta sisteminin de dâhil edilmesi ile uzlaştırıldığı ve işin geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulduğu veya çalışma süresinin azaltıldığı bir uygulama olarak tanımlamak mümkündür. Bu şekliyle kısa çalışma, işverene ait olan işletme rizikosuna dâhil bazı risklerin, işçi-işveren ve devlet arasında paylaşımı şekline dönüşmesi olarak ortaya çıkmaktadır.

³⁷¹ Muhittin Astarlı, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s.348. Astarlı'nın bu tanımı daha ziyade kısa çalışma uygulamasının çalışma süreleri ile olan ilişkisini ortaya koyma bakımından öne çıkmaktadır. Kısa çalışma kapsamında normal çalışma sürelerinin azaltılması bakımından kasıt, bu sürelerin belirli bir ölçüde indirilmesi olduğu kadar, sözleşmede kararlaştırılan çalışma süresinin hiç uygulanmaması yani işin geçici bir süre durdurulmasıdır. Çalışma sürelerinin kısaltılmasındaki ölçüt, her olayın kendi şartları içinde ve iş sözleşmesindeki çalışma sürelerine ilişkin hükümler dikkate alınarak belirlenir.

³⁷² Akyiğit, Şerh, C.II, s.1944, "2. Alman Hukukunda da (koşulları bizden farklı olmakla beraber) kısa çalışma "işyerindeki normal çalışma süresinin geçici olarak azaltılmasıdır" biçiminde tanımlanmaktadır. Aynı yönde tanımlara İsviçre hukukunda da rastlanılır. Ancak çalışma ve ücret borcunun geçici olarak **askıya alınmasını sonuçlayan bir olgu** biçiminde de tanımlanmaktadır".

³⁷³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, B.2, s.181.

³⁷⁴ Akyiğit, Şerh, C.II, s.1944.

³⁷⁵ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.504.

Aydın'a göre kısa çalışma; kısmi bir çözüm niteliği taşımakla birlikte ancak kanunda öngörülen koşullar altında ve işçinin rızasına gerek olmaksızın geçici olarak çalışma süresinin önemli ölçüde azaltıldığı ya da işin tamamen tatil edildiği, buna karşın işçinin azalan ya da kesilen ücretinin yerine İşsizlik Sigortası Fonundan ödeneğin öngörüldüğü bir çalışma biçimidir³⁷⁶.

Yapılan bu tanımlar doğrultusunda kısa çalışma, ancak kanunda öngörülen koşullar altında ve işçinin rızasına gerek olmaksızın, iş sözleşmesinin içeriğinin geçici bir süre için değiştirilerek³⁷⁷ çalışma süresinin azaltıldığı veya işin kısmen veya tamamen tatil edildiği, buna karşılık işçiye azalan ya da kesilen ücretinin yerine İşsizlik Sigortası Fonundan belirli bir ödenek ödenmesinin öngörüldüğü bir çalışma şekli olarak ortaya çıkmaktadır³⁷⁸. Bu ödenekle işçinin kesilen gelirinin hiç olmazsa bir kısmının eline geçmesi amaçlanmıştır³⁷⁹.

1.1.2.1.2. Kavramın Yasadaki Yansıması

İş Kanunu mülga 65. maddesinde kısa çalışmanın birisi “*iş yerindeki faaliyetin kısmen yahut tamamen durdurulması*” (hiç çalıştırılmama) diğeri, iş yerindeki faaliyetin ve işçilerin çalışması devam etmekle birlikte “*haftalık çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması*” olmak üzere iki şekilde ortaya çıkacağı düzenlenmiştir³⁸⁰.

³⁷⁶ Aydın, Kısa Çalışma, s.30.

³⁷⁷ Öner Eyrenci, **4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.48.

³⁷⁸ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.503.

³⁷⁹ Polat Soyer, **İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2003 Yılı Toplantısı, 30-31 Mayıs 2003, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, s.195; Öner Eyrenci, **4857 Sayılı İş Kanununda Ücret ve İşin Düzenlenmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeler**, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, 25-29 Haziran 2003, s.159; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.503.

³⁸⁰ Akyiğit, Şerh, C.II, s.1944; aynı yazar; Ercan Akyiğit, **Kısa Çalışma**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, Ağustos-Kasım 2004, S.1-2, s.2; Nizamettin Aktay, **İş Kanununda Gece Çalışmaları, Telif Çalışması, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, Türk Metal, Mayıs 2004, ss.31-32; Tasarının aynı yöndeki düzenlemesine bu yönden anlam verildiği hususu için bkz. Soyer, Çözüm Önerileri, s.196.

Yasanın bu maddesine ilişkin olarak çıkarılan mülga 22.05.2003 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik³⁸¹ bu iki hali birbirinden ayırıp birini “kısa çalışma”, diğerini “geçici olarak işin durması” olarak tanımlamıştır³⁸². Öyle ki Yönetmeliğe göre kısa çalışma, “en az dört hafta en fazla üç ay süreyle iş yerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin geçici olarak en az üçte biri oranında azaltılarak uygulanması” şeklinde düzenlenmiştir (mülga KÇY m.3/6). Bu düzenlemeden işin kısmen veya tamamen durması halinin kısa çalışma olarak kabul edilmeyeceğine dair bir anlam ortaya çıkmaktaydı.

Kısa çalışmanın 5763 sayılı Kanunla İş Kanunu kapsamından çıkartılarak İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamına kaydırılmasında da benzer düzenleme varlığını aynen devam ettirmiştir (5763 sayılı kanunla değişik 4447 sayılı Kanun Ek m.2/2). Zira madde metninde; “...iş yerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hallerinde...” denilmek suretiyle işin geçici olarak durması, kısa çalışma terimden ayrı olarak belirtilmiştir. Ancak bu Kanuna göre çıkarılan 13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliğinde; mülga 65.madde ve 22.05.2003 tarihli mülga KÇY ile mülga 5763 sayılı Kanunla değişik İşsizlik Sigortası Kanunu Ek m.2/2’deki düzenlemeden farklı bir düzenlemeye gidilmiştir.

13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliği m.3/-c’de kısa çalışma; “En fazla 3 ay süreyle işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az üçte biri oranında azaltılması veya en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulması” şekilde tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi, İş Kanunu mülga 65.madde, 22.05.2003 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliğinin 3.maddesi ve mülga 5763 sayılı Kanunla değişik İşsizlik Sigortası Kanununun Ek 2/2. maddesi, işin geçici olarak durdurulmasını, kısa

³⁸¹ Başlangıçta İş Kanununun 65. maddesine dayanılarak çıkarılan bu Yönetmelik (RG:31.03.2004–25419), 65. maddenin 5763 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanunun Ek 2. maddesine taşınması üzerine yeniden yayınlanmış, 4447 sayılı Kanunun 6111 sayılı Kanunla değiştirilmesinden sonra 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik yayınlanmıştır.

³⁸² Akyiğit, Şerh, C.II, s.1945, “Aslında yasanın da bir başka hükmünde tıpkı yönetmelik gibi kısa çalışmayı işin durmasından ayrı ele aldığı görülmektedir (İşK. m.65/2). Fakat yine yönetmelik gibi her iki olgu halinde de kısa çalışma ödeneği ödenmesi öngörülmektedir ki bir yasanın bu kadar (ve yönetmeliğin) mütereddit olmaması gerekirdi”.

çalışma kavramından farklı anlama gelecek şekilde düzenlerken 13.01.2009 tarihli mülga kısa çalışma yönetmeliği bu iki kavramı kısa çalışma çatısı altında birleştirmiştir. Dolayısıyla 13.01.2009 tarihli mülga kısa çalışma yönetmeliği düzenlemesindeki gibi kısa çalışma kavramı bu iki olgu üzerinde yükselmiştir. Bunlardan birisi, işin geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulması diğeri çalışma sürelerinin geçici olarak en az üçte biri oranında azaltılmasıdır. Bu nedenle bu iki terimin birbirinden farklı sonuçlar yarattığı bunlardan sadece çalışma sürelerinin azaltılmasının kısa çalışma olarak nitelendirilebileceği ve işin kısmen veya tamamen durdurulmasının kısa çalışmadan ayrık tutulan bir durum olduğu ihtimalini uyandırır şeklindeki düzenleme karışıklığa mahal verdiğiinden bahisle doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Zira bu ayrıma rağmen, her iki çalışma biçiminin uygulaması birbirine paralel düzenlenmiş ve her ikisi için de gelir güvencesi kısa çalışma ödeneği adı altında öngörülerek yasa ve yönetmelik adına çelişki yaratılmıştır. Bu da kanuni çerçevede kısa çalışma uygulamasını son derece zorlaştırmıştır³⁸³.

13.01.2009 tarihli mülga kısa çalışma yönetmeliğinin bazı yönleriyle eleştiri konusu olsa da bu ayrımı ortadan kaldıracak şeklindeki tanımı, doktrinindeki tartışmaları bir nebze olsun şekillendirmiştir. Son olarak 4447 sayılı İşsizlik Kanunu'nun kısa çalışmayı düzenleyen Ek 2. maddesinin, 6111 sayılı Kanun'un 73. maddesi ile yeniden değiştirilen hali ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkındaki Yönetmelikte söz konusu kavramlar yeniden düzenlenmiştir.

6111 sayılı Kanunla değişik 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Yasası'nın Ek 2. maddesinde, 5763 sayılı yasayla getirilen düzenlemede olduğu gibi bir ayırım yapılmamış, işin kısmen veya tamamen durdurulması ile çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması ayrı ayrı ifade edilmemiştir. Yine bu Kanuna göre çıkarılan 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliği'nin tanımlar maddesi başlığını taşıyan 3/1-ç maddesinde kısa çalışma;

³⁸³ Ahmet Bölükbaşı, **Çalışma Süreleri**, Mercek, Y.9, S.34, Nisan 2004, s.88.

“Üç ayı geçmemek üzere; işyerinde uygulanan çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması” şeklinde tanımlanmıştır.

Son düzenlemelerle, hem Kanun hem de Yönetmelik metninde kısa çalışma uygulamasının ortaya çıkış şekillerinin yanlış anlaşılmalara mahal verecek şekildeki önceki düzenlemelerinden vazgeçilmiş ve mevzuat içerisindeki birbiri ile çelişkili durumlar ortadan kaldırılmıştır. Mevzuatın bu düzenlemesiyle kısa çalışmanın her iki olguyu da kapsayan esnek bir çalışma şekli olduğu noktasında hiçbir tereddüt uyanmayacaktır. Bu bakımdan 6111 sayılı Kanun değişikliğinin kavram kargaşasını ortadan kaldırdığı söylenebilir.

1.1.2.1.3. Her İki Kısa Çalışma Şekli Bakımından

Hangi olgu etrafında gerçekleşirse gerçekleşsin, kısa çalışma halinde ilgili işçilerin sözleşmeleri sona ermemekte, tam tersine hukuki varlığını devam ettirmektedirler. Hatta haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde düşürülmesi halinde, ilgili işçilerin çalışma borcu dahi devam etmekte, sadece normal çalışma süresinde azalma yaşanmaktadır. Bu yüzden, işçinin çalıştığı süreyle orantılı bir ücretin ödenmesi devam etmektedir. Bu durumda işçi iş görme borcundan kısmen kurtulurken, işveren de ücret ödeme borcundan kısmen kurtulmuş olmaktadır³⁸⁴. Yani kısa çalışma ile taraflar arasında kurulmuş iş ilişkisinin varlığı ve devamı etkilenmemektedir. Çalışma sürelerinde geçici bir süre indirimine gidilmesi şeklindeki kısa çalışmada iş ilişkisi taraflarının iş sözleşmesinden doğan borçlarının kapsamı değişmekte, işçi daha az çalışma süreleri itibarıyla iş görme borcunu ifa ettiğinden işveren de buna karşılık daha az bir ücret ödeyerek temel edim yükümünü yerine

³⁸⁴ Akyiğit, Şerh, C.II, s.1945, “Bizde bu çalışma sürelerinde azatım veya hiç çalıştırmama sonucu ilgi işçinin ücretinin de kaybı yahut indirimi işverenin yönetim hakkı çerçevesinde başvurduğu kısa çalışmada kendiliğinden gerçekleşmektedir. Buna karşın İsviçre hukukunda kısa çalışma süresince işçinin ücretinin azaltılması kendiliğinden değil, ilgili işçinin rızasıyla oluşmaktadır”.

getirmektedir³⁸⁵. İşin geçici olarak kısmen/tamamen durdurulması halindeyse, buna muhatap olan işçilerin çalışma borcu ile işverenin ücret ödeme borcu, kısa çalışma süresince askıya alınmaktadır³⁸⁶. Bu durumda işçi iş görme, işverense ücret ödeme borcunun ifasından geçici bir süre kurtulmakla birlikte, tarafların sözleşmeden doğan diğer borçları varlığını devam ettirmektedir. Ayrıca şartları varsa, bu durumlarda işçiye sadece “kısa çalışma ödeneği” ödenmektedir³⁸⁷.

Akyiğit’e göre kısa çalışma; aslında uygulamada sıkça karşılaşılan “işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarma” olgusunu belli ölçüde meşrulaştırmaktadır³⁸⁸. Ancak hemen belirtilmelidir ki kanuni düzenlemesi olmayan ve uygulamayla yerleşmiş, yargı kararlarında yer etmiş bir kavram olan ücretsiz iznin, kısa çalışma ile aynı kavram olduğundan söz edilemez. Bu nedenle de kısa çalışma hukuki niteliği itibari ile ücretsiz izin değildir³⁸⁹. Kısa çalışma ve ücretsiz izin arasındaki farklara yer geldiğinde değinilecektir.

İş Hukuku kapsamında işçinin çalışma süresinin belirlenmiş olması kural olarak gerek işçi gerekse işveren açısından bu süreler riayet etme zorunluluğu gerektirir. Zira işçi belirlenen süreler kadar çalışmak, yani sözleşmede belirlenen çalışma süreleri içerisinde işverenin emrine amade bulunmakla yükümlü iken, işveren de işçiyi sözleşmede belirlenen bu süreler kadar çalıştırmak ve bunun

³⁸⁵ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.352.

³⁸⁶ Akyiğit, Şerh, C.II, s.1945; Astarlı, Çalışma Süreleri, s.359.

³⁸⁷ Bu durumda İŞK.62’deki “...uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi” ve özellikle de “bu kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması” sonucunu dayanılarak işçi ücretinden indirim yasaklayan kuralın da uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışılabilir. Ama işin doğası gereği anılan kuralın uygulama imkânı bulunmayacağı kanısındayız”.

³⁸⁸ Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, 5.Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2006, s.291vd. Nitekim bir Yargıtay kararı da bu savımızı doğrular niteliktedir. Gerçekten de Yargıtay’a göre; “*Davamızda açıklığa kavuşturulması gereken hukuksal sorun; fiilen çalıştırılmayan bir dönemin sigortalı hizmet olarak kabul edilip edilemeyeceği ve buna bağlı olarak davacı ve arkadaşlarının ücretsiz izinli sayılıp sayılamayacağı noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanununda ücretsiz izne ilişkin normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Ücretsiz izin kavramı 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesi ile ve ekonomik kriz gerekçesiyle ücretsiz izne çıkarma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu dönemde ücretsiz izin uygulaması yasada yer almadığı için işverenin bu yola başvurması, bunu kabul etmeyen işçi yönünden, işverence iş akdinin feshi olarak nitelendirilmekteydi*” 10.HD, 11825/4071, 14.04.2005.t.

³⁸⁹ Y.9HD, 24775/26831, 10.10.2006.t.

karşılığı ücret ödemek zorundadır. İşverenin kendisine özel olarak tanınmış bir yetki bulunmaksızın işçiyi bu sürelerin üzerinde çalıştırması mümkün olmayacağı gibi ücretinde eksiklik yaratacak bir şekilde bu sürelerin altında çalıştırması da söz konusu değildir. Bu durumda iş sözleşmesi taraflarının hiç birince kural olarak çalışma sürelerinin tek taraflı azaltılması mümkün olmayacaktır³⁹⁰. Ancak farklı hukuk kaynaklarınca taraflara bunun aksine tek taraflı düzenleme yetkisi veren kanuni düzenlemeler bunun istisnasını oluşturur.

Bu anlamda kısa çalışma; koşulları genel olarak bizzat kanun tarafından düzenlenen ve işverene işçinin çalışma sürelerinde tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren kendine özgü bir iş hukuku kurumu olarak ortaya çıkar.

1.1.2.2. Kısa Çalışma Kurumunun Ortaya Çıkışı

1475 sayılı eski İş Kanunu 1971 yılından 2003 yılına dek uygulanmış olup, birçok açıdan toplumdaki işçi ve işverenlerin ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmişti. Bunun üzerine çalışma hayatının gereksinimleri de göz önünde tutularak yoğun bir şekilde yeni İş Kanunu'nun oluşturulma çalışmaları yapılmıştır. Bilim Komisyonunca hazırlanan İş Kanunu Tasarısı, kesimlerin görüşüne sunulduğunda, birçok maddesi tenkitlere uğramış, bu tenkitler sonucunda, bir kısmı işçi ve işveren sendikası kesimlerinin, bir kısmı da Bakanlık ilgililerinin görüşleri doğrultusunda değiştirilmiştir³⁹¹. Bu değişikliklerle Meclise sunulan yeni Tasarı metni, Komisyon ve Genel Kurulda da birtakım değişikliklere uğradıktan sonra 22 Mayıs 2003 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda 5 maddesi "takriri müzakere" yöntemi ile tekrar görüşülerek kabul edilmiştir³⁹². Böylece 1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu bir maddesi dışında yürürlükten kaldırılarak, yerine yeni İş Kanunu 4857 sayılı İş Yasası olarak 10 Haziran 2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁹⁰ Böyle bir düzenlemenin işçi lehine yapılması durumunda tek taraflı değişiklik aleyhe değişiklik sayılmadığından İş Kanunu'nun 22. maddesine aykırılık oluşturmayacaktır. Örneğin; işçinin ücretinde bir azaltılma yapılmaksızın çalışma sürelerinin azaltılması işçi aleyhine bir değişiklik sayılmayacaktır.

³⁹¹ Konuk, s.54.

³⁹² Necdet Kenar, **Yeni İş Kanununun Çalışma Hayatımıza Getirdikleri**, Vergi Dünyası, Haziran 2003, Y:22, S.262, s.32.

Yasada yer verilen düzenlemelerin önemli bir kısmı, emek piyasasında ve iş sürecinde fiilen var olan, ama mevcut İş Kanunu'nda yer almadığı için “yasal olmayan” uygulamalardır³⁹³. Kanundaki değişiklikle amaçlanan, özellikle yenedünyanın kurallarına uyum sağlamayı ve küreselleşmenin estirdiği karşı konulamaz rekabet rüzgârına dayanabilmeyi kolaylaştıracak bir kurallar manzumesi oluşturarak işletmelerin dolayısıyla da istihdamın devamını sağlamak olmuştur³⁹⁴.

İş yaşantısında ortaya çıkan genel ekonomik kriz veya münferit zorlayıcı nedenler, bazı işyerlerinin faaliyetlerini belli bir süre tamamen durdurmasına neden olduğundan işverenleri, atıl kalan işgücünü ücretsiz izne çıkartmak zorunda bırakmış, işçiler ve örgütlü sendikaları ise işverenin bu uygulamasını kabul etmediklerinden işverenin iş sözleşmeleri sona erdirmesine maruz kalmış, bu nedenle de pek çok işçi işini kaybetmiştir³⁹⁵. İşyerinin içinde bulunduğu şartları anlayışla karşılayan işçiler veya sendika üyeleri ise ücretsiz izin dönemlerinde ücretleri ödenmediğinden bahisle sıkıntı yaşamışlardır. Ücretsiz izindeki işçilerin sıkıntılarını bir ölçüde karşılamak isteyen işyerleri de işçilerine bir çalışma karşılığı olmaksızın belli bir para ödemeye çalışmış, bu da faaliyet göstermediği için ekonomik sıkıntı içine düşen işyerlerinin sıkıntılarını daha da büyütüp, işyerlerini kapanma noktasına kadar getirmiştir³⁹⁶.

Geçmiş yıllarda sıkça yaşanan bu olaylar nedeniyle yeni İş Yasası'nın hazırlanması sırasında 9 kişilik Bilim Komisyonu'nca kaleme alınan Tasarı'nın 67.maddesinde, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği” başlığı altında, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin en az dört hafta süreyle, geçici olarak önemli ölçüde azaltıldığı yahut kısmen veya tamamen durdurulduğu hallerde, bundan etkilenen işçilere en çok 3 ay süreyle işsizlik sigortasından “Kısa Çalışma Ödeneği” ödenmesi öngörülmüştür. Tasarının

³⁹³ Erhan Bilgin, **Yeni İş Yasası, Genel Bir Değerlendirme**, İktisat Dergisi, Mayıs 2003, S:437, s.85; Nizamettin Aktay, **Yeni İş Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme**, Mercek Dergisi, Temmuz 2003, Y:8, S.31, s.140; Mürsel Çukur, **4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Çalışma Biçimleri ve Para Cezaları**, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog, Ağustos 2003, S.184, s.190.

³⁹⁴ Çağlar Özdemir, **Türk İş Hukukuna Yeni İş Yasası ile Getirilen Düzenlemeler ve Eski Yasa ile Karşılaştırılmalı Değerlendirmeler**, Belediye Dünyası, Ağustos, 2003, C:4, S.8, s.30.

³⁹⁵ Konuk, s.53.

³⁹⁶ Konuk, ss.53–54.

67.maddesi birçok konfederasyon tarafından tepkiyle karşılanmış ve değiştirilmesi için tekliflerde bulunulmuştur.

DİSK; Ön Tasarı'nın 67. maddesi ile öngörülen düzenleme ile madde metninde belirlenen kısa çalışmanın ücretsiz izin uygulamalarına dönüşeceğini, bu sürelerde ilgili işçinin gelir güvencesinin gözetilmediğini; işverenin ücret ödeme borcunun ortadan kaldırıldığını ve ücretsiz izin uygulamalarının kısa çalışma adı altında işverenin işçiye karşı olan borçlarından arındırılmasına imkân tanıdığını, metnin bu haliyle ücretsiz izin uygulamasını yasallaştırılacağını ayrıca işletme ya da işverenin karşılaması gereken riskin işsizlik sigortasından karşılanmasının ise kamusal bir fonun karşılıksız kullanımı anlamına geleceğini ifade ederek bu biçimiyle kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir³⁹⁷.

Türk-İş'in görüşüne göre ise, Ön Tasarının 67.maddesinde düzenlenen kısa çalışmayı gerektiren sebeplerin geçerliliği, Avrupa Birliği ülkelerindeki uygulamaya benzer biçimde, tam süreli çalışan bir işçinin kısa süreli çalışmaya geçmesi şeklinde işverenin kısa süreli çalışmayı gerektiren nedenleri belirterek izin alma zorunluluğuna bağlanmalı ve bununla birlikte işçinin işini ve gelirini güvence altına alacak düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir. Öte yandan, işsizlik sigortası ödeneğine hak kazanamayanlara kısa çalışma ödeneğinin verilmeyecek olması da eşitsizliğe yol açacaktır³⁹⁸.

Türk-İş, Hak-İş ve DİSK müşterek görüşlerinde, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği" başlığını taşıyan 67. madde ile genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerin işverenin takdir yetkisine bırakıldığını, önerilen düzenlemenin kısa çalışmayı ücretsiz izin uygulamasına dönüştürüldüğünü, işçinin gelir güvencesinin sağlanmadığını, işverenin ücret ödeme borcunu ortadan kaldırıldığını, kısa çalışma adı altında işverenin işçiye karşı olan borçlarından kurtulmasının yasallaştırıldığını,

³⁹⁷ Özkan Ertekin, **Gerekçeli Eski-Yeni Yasa Karşılaştırmalı Rapor ve Görüşlü İş Kanunu**, B.1, Ankara 2004, s.857.

³⁹⁸ Ertekin, s.857.

bu nedenle de bu düzenlemenin kanun metninde yer almaması gerektiği ifade edilmiştir³⁹⁹.

TİSK'in görüşüne göre ise, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğini düzenleyen bu madde isabetli olmakla birlikte eksiktir. Zira genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin yanı sıra sektörel krizler de dikkate alınmalıdır. Bu nedenle maddeye eklenecek yeni bir bent ile işyerlerinde ortaya çıkacak kriz durumunda tarafların anlaşmasıyla kısa çalışma yapılabilmesine ve çalışılan süreye göre ücret ödenmesine imkân tanınmalıdır⁴⁰⁰.

Görüldüğü üzere bu madde ile ilgili ön tasarıdaki düzenleme birçok konfederasyon tarafından tepkiyle karşılanmış, kanunun bütününe TBMM'de 13.05.2003 tarihli görüşülmesinde CHP grubu adına söz alan Bayram Ali Meral⁴⁰¹ konfederasyon başkanlarının tasarıdaki bu maddeyle ilgili görüşlerini yeniden dile getirmiş, ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün konfederasyonların görüşleri ile bağlantılı açıklamasını belirterek tasarıdaki düzenlemenin kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir.

Genel Müdürlüğün açıklamasında da; soyut bir ifade olan “genel ekonomik kriz” kıstasının işveren tarafından her zaman gerekçe gösterilebileceği, bunun sonucunda işçinin hak kaybına yol açılacağı, ücret garantisinin sağlanmadığı, bu yüzden işçinin, Sosyal Sigortalar Kurumundan emeklilik hakkını elde etmesinin hayal bile edilemez duruma düşürüldüğü, bu durumun aynı zamanda çalışma koşullarında işverene tek taraflı ve geniş değişiklik yapma hakkı verdiği belirtilmiştir.

Meclis görüşmelerinde maddeyle ilgili birçok değişiklik önergesi Komisyon ve Hükümet kanadına sunulmuş; ancak yapılan görüşmeler sonucunda Bilim Komisyonu'nca hazırlanan Tasarının 67.maddesinde düzenlenen “Kısa Çalışma ve

³⁹⁹ Ertekin, s.858.

⁴⁰⁰ Ertekin, s.858.

⁴⁰¹ Ali Bayram Meral, **Kanun Tasarısı ve Teklifleriyle Komisyonlardan Gelen Diğer İşler**, C.14,13.05.2003 Salı, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Yasama Yılı:1, Ankara 2003, s.190.

Kısa Çalışma Ödeneği” metni, aynı başlıkla ve 1. fıkrasının sonuna eklenen “Talebin uygunluğunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca yapılır. Bunun usul ve esasları bir yönetmelikle belirlenir.” hükmü ile 65.madde olarak yasalaşmıştır. Yasa’nın öngördüğü bu yönetmelik de, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine ilişkin Yönetmelik” başlığı ile 31 Mart 2004 tarihli ve 25419 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1.1.2.3. Kısa Çalışmanın Kanuni Dayanağı ve Kapsamı

1.1.2.3.1. Kanuni Dayanak

1.1.2.3.1.1. Genel Olarak

Her ne kadar iş hukuku kuralları da diğer hukuk kuralları gibi soyutluk, genellik ve hukukî rasyonalite gereklerine uygun olmak zorunda ise de, sosyal ve ekonomik yaşamla iç içeliği nedeniyle iş hukuku güncel sorunlardan diğer dallara göre çok daha derin biçimde etkilenmektedir⁴⁰². Ekonomiyle olan yakın ilişkisi sebebiyle ekonomik kriz dönemlerinde hem hizmet ilişkisinin akit yönü hem de bu akitten kaynaklanan işverenin yönetim hakkı arasında büyük gerilimler ortaya çıkmaktadır⁴⁰³. Bu çerçevede ekonomik kriz olgusu, bir yandan devam eden iş sözleşmesinin içeriğine yönelik işveren tarafından yapılan tek taraflı müdahalelerin artmasına neden olurken, öte yandan akdin varlığını tehdit etmektedir⁴⁰⁴. Zira bilindiği gibi genel anlamda ekonomik kriz, bir işletmede üretim veya hizmet maliyetinin, kârlılığı ortadan kaldıracak şekilde yükselmesidir⁴⁰⁵. Konuya ilişkin özel düzenlemelerin bulunmadığı ülkemizde ekonomik kriz dönemlerinde sık karşılaşılan sorunların başında, sözleşmede değişiklik yapılması, işçilerin işini kaybetmesi ve bunu engellemek adına uygulamada ortaya çıkan ücretsiz izin uygulamaları gelmektedir⁴⁰⁶.

⁴⁰² Yenisey, Ekonomik Kriz, s.71.

⁴⁰³ Yenisey, Ekonomik Kriz, ss.72–73.

⁴⁰⁴ Yenisey, Ekonomik Kriz, s.72.

⁴⁰⁵ Çelik, Çözüm Arayışları, s.427.

⁴⁰⁶ Çelik, Çözüm Arayışları, s.427; Yenisey, Ekonomik Kriz, s.72.

Ülkemizde sıkça yaşanan ve özel düzenleme yapılmamış olan bu konularda 4857 Sayılı İş Kanunu ile 1475 Sayılı İş Kanunu'nda bulunmayan kısa çalışma kavramı; bu tip sorunların giderilebilmesi adına hukukumuzda ve çalışma hayatımıza alınmıştır. Bu şekilde geçtiğimiz 1994, 2000 ve 2001 “ekonomik kriz” dönemlerinde, özellikle sendikalar ile işverenler arasında karşılıklı anlaşmalarla uygulamaya konulan “kısa süreli çalışmalar” ve “ücretsiz izinler” sayesinde iş yerinde hem toplu işçi çıkarmanın önüne geçilmiş hem de iş yerlerinin faaliyetlerinin devamı sağlanmıştır.

Bütün dünyayla beraber özellikle 2008 yılı ortalarından itibaren ülkemizde etkisi gösteren ekonomik kriz nedeniyle işçi-işveren ilişkilerinde bu anlamda önemli değişiklikler yaşanmıştır. Bir kısım işverenler işletmelerini küçültme yolunu tercih ederek işçi sayısını azaltırken; bazıları da çalışma sürelerini düşürme, üretimi kısma, işi geçici olarak durdurma veya ücretsiz izin uygulamalarını tercih etmiştir. Sadece ekonomik kriz dönemlerinde değil, iş yerlerinde karşılaşılan zorlayıcı sebepler dolayısıyla da işverenlerin benzer önlemlere başvurdukları görülmüştür.

Bütün bu önlemler birlikte değerlendirildiğinde, ortaya çıkan durumdan her iki tarafın fakat bundan da ziyade işçilerin büyük oranda etkilendiği görülmektedir. Ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebepler dolayısıyla alınan önlemlere başvurulduğu anda işçiler ya işsiz kalmakta ya da ücretsiz izin uygulamasında olduğu gibi işini kaybetmemesine rağmen ücretini alamamaktadırlar.

Geçmiş yıllarda da sıkça yaşanan bu gibi durumların işçiler ve hatta işverenler yönünden olumsuz sonuçlarını kısmen de olsa azaltmak için getirilen önlemlerden olan kısa çalışma uygulamasının amaçları en genel anlamıyla;

- Küresel ekonomik krizin, ülkemiz ekonomisi ve istihdam üzerindeki olumsuz etkilerini en aza indirme, istihdamı koruma, ekonomik krizden en az hasarlı çıkılmasını sağlama;

- Kriz döneminde işverenlerin çalışılmayan döneme ilişkin ücret yüklerinin bir süre devlet tarafından karşılanması ve bu sırada da iş sözleşmelerinin devamının sağlanarak işçilere bir gelir temin edilmesi;

- İşveren açısından da nitelikli işçilerini kaybetmeyerek kriz sonrası üretime adapte olunması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1.1.2.3.1.2. Yasal Süreç

1.1.2.3.1.2.1. İş Kanununda Yapılan Düzenleme

Genel olarak belirtildiği üzere kısa çalışma, hukukumuzda ilk olarak 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 4857 sayılı İşK'nu ile benimsenmiş, süreç içerisinde günün koşullarına göre önemli değişikliklere uğrayarak etki alanını genişletmiştir.

Kavram ilk olarak 4857 sayılı yasaya göre;

“ Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle iş yerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltan veya iş yerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durduran işveren, durumu derhal gerekçeleriyle birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Bunun usul ve esasları bir yönetmelikle belirlenir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle iş yerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hallerinde işçilere, çalıştırılmadıkları süre için işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği ödenir. Kısa çalışma süresi zorlayıcı sebebin devamı süresini ve herhalde üç ayı aşamaz. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarını yerine getirmesi gerekir.

Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneğinin miktarı kadardır.

Zorlayıcı sebeplerle iş yerinde faaliyetin kısmen veya geçici olarak durması halinde, işsizlik ödeneği ödemeleri 24.maddenin III.

numaralı bendinde ve kırkıncı maddede öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar.

Kısa çalışma ödeneği aldığı süre içinde işçinin hastalık ve analık sigortasına ait primler İşsizlik Sigortası Fonu tarafından 2/3 oranında Sosyal Sigortalar Kumruna aktarılır. Bu primler, sigorta primlerinin hesabında esas alınan en alt kazanç sınırı üzerinden hesaplanır. İşçi, işsizlik ödeneğinden yararlanma süresini doldurmadan tekrar işe başlar ve işsizlik sigortasından yararlanmak için 4447 sayılı kanunun öngördüğü koşullar gerçekleşmeden işsiz kalırsa, kısa çalışma ödeneği aldığı süre çıkarıldıktan sonra, daha önce hak ettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar işsizlik ödeneğinden yararlanır.

Kısa çalışma ödeneğinin ödeme süresi içinde ödenmesi gereken geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarından fazla olamaz. Geçici iş göremezlik ödeneğinin ödendiği dönemde, bu maddede öngörülen hastalık ve analık sigortası primi ödenme” şeklinde düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10 Haziran 2003 tarihinden önce ülkemizde kısa çalışma uygulaması bulunmadığından 1999 depremi ve 2001 ekonomik krizi gibi durumlarda işverenin gidebileceği bir kısa çalışma uygulaması olmamış, işverenler ya işçilerini işten çıkarmak ya da ücretsiz izin uygulamasına gitmek zorunda kalmış ve bu doğrultuda devletten de bir destek alamamışlardır.

10 Haziran 2003 tarihinde İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından zorlayıcı sebep veya genel ekonomik kriz nedenlerine özgü olarak kısa çalışma uygulaması getirilmiş, uygulamanın yürürlüğe girmesiyle birlikte ilk olarak işyerinde yangın olayı meydana gelen Denizli ilimizde kurulu bir işveren, zorlayıcı sebepten ötürü kısa çalışma talebinde bulunmuş ve ödenekten yararlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında kabul edilmesinin ardından uygulamaya açıklık getirmek amacıyla 2004 yılında “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁴⁰⁷. Kısa çalışmaya ilişkin Yönetmeliğin uygulamasında karşılaşılan tereddütlerin ortadan kaldırılması ve ilgililerin gereksiz başvuru ve işlemlerde bulunmasının önlenmesi amacıyla, yine 2004 yılında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca “Kısa Çalışma Ödeneği

⁴⁰⁷ RG, 31.03.2004.t, s.25419.

Tebliğî” çıkarılmıştır⁴⁰⁸. Böylece 2004 yılının ikinci yarısı itibari ile kısa çalışmaya ilişkin birincil ve ikincil mevzuat tamamlanmıştır. İlginç bir biçimde bu gelişmelere rağmen uzun bir süre kısa çalışmaya ciddi bir talep olmamıştır⁴⁰⁹. Öyle ki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı 2008 yılında bir gazeteye verdiği demeçte “şu ana kadar ‘biz ekonomik kriz veya zorunluluktan dolayı kısa çalışma ödeneğinden istifade etmek istiyoruz’ diye müracaat eden işveren yok” demiştir⁴¹⁰.

Aydın’a göre; böyle bir başvurunun yapılmamasının nedeni, ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerle karşılaşan işverenin bulunmamasından değil, 4857 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümlerince getirilen sürecin karmaşıklığı ve pratik olmasından uzak yapısından kaynaklanmıştır⁴¹¹. Bu arada yapılan araştırmada 2003–2008 döneminde kısa çalışmaya ilişkin herhangi bir yargı kararına rastlanılmamıştır.

1.1.2.3.1.2.2. İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Düzenleme

1.1.2.3.1.2.2.1. 5763 Sayılı Kanun Düzenlemesi

2008 yılının başlarında tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de hissedilmeye başlanılan global ekonomik kriz gerekçe gösterilerek bazı kanunlarda değişikliğe gidilmiş; 5763 sayılı Kanunla değiştirilen düzenlemeler kamuoyuna “istihdam paketi” olarak sunulmuştur. 5763 sayılı Kanun, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nda⁴¹², 4857 sayılı İş Kanunu’nda, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu

⁴⁰⁸ RG, 26.08.2004.t, s.25565.

⁴⁰⁹ Yapılan araştırmaya göre; 2005 yılı için kısa çalışmadan yararlanan işçi sayısı 21, yapılan ödeme miktarı 10.566TL, 2006 yılı için işçi sayısı 217, ödeme miktarı 64.398, 2007 yılı için işçi sayısı 40, ödeme miktarı 22.051, 2008 yılı için işçi sayısı 650, ödeme miktarı 70.639, 2009 yılı için işçi sayısı 508.253, ödeme miktarı 162.506,260, 2010 yılı Ocak ayı için işçi sayısı 32.760 ödeme miktarı 10.277,164, 2010 yılı Şubat ayı için işçi sayısı 28.500, ödeme miktarı 8.297,799TL olarak tespit edilmiştir. Bu tablodan da anlaşılacağı üzere, kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısının 2009 yılında büyük artış gösterdiği, bu olağanüstü artışın 2008 ekonomik krizinin 2009 yılındaki yansımaları ve işletmelerde yarattığı olumsuz sonuçlardan kaynaklanmaktadır. Buna göre toplamda yaklaşık, 570.000 işçiye genel ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma ödeneği ödenmiştir.

⁴¹⁰ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk Çelik’in 15.11.2008 tarihli beyanı için bkz.<http://www.ensonhaber.com/ekonomi/164015/kisa-çalışma>.

⁴¹¹ Ufuk Aydın, **İstihdam Paketi Neler Getiriyor?**, Yeni Ufuk Dergisi, Eskişehir Sanayi Odası Dergisi, S.43, Nisan-Haziran 2008, ss.20–21.

⁴¹² Bilindiği gibi 4447 sayılı kanunun asıl adı İşsizlik Sigortası Kanunu değildir. Kanun; SSK, Tarım SSK, Bağkur, Tarım Bağkur, Tasarrufu Teşvik Kanunu ve İş Kanunlarında Değişiklik Yapan ve aynı

Kanunu'nda ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda önemli sayılabilecek değişiklikler yapmış ve hatta kanunla öngörülen önlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak üzere İşsizlik Sigortası Fonu kaynaklarından önemli bir meblağ (2008 yılı için 1,3 trilyon TL; 2009–2012 arası fon nema gelirlerinin ¼'ü) hazineye aktarılmıştır. Bu yönüyle 5763 sayılı Kanun, istihdam paketinin mali yükünü İşsizlik Sigortası Fonuna yüklemiştir⁴¹³.

Bu düzenlemelerdeki; 4857 sayılı İş Kanunu'nun kısa çalışmayı düzenleyen 65. maddesi, 5763 sayılı Kanunun 37. maddesi ile ve 65. maddeye göre çıkarılan 22.05.2003 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmeliği, 13.01.2009 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hakkındaki Yönetmeliğin 10.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. İş Kanunu'nun bu şekilde mülga olan maddesinde düzenlenen kısa çalışma kavramı, metinde bir takım küçük değişiklikler yapılarak 15.05.2008 tarihinde 5763 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 2.maddesine kaydırılmıştır⁴¹⁴.

zamanda İşsizlik Sigortasını Kuran Kanundur. Öte yandan 4447 sayılı Kanun belki de, Türkiye Cumhuriyeti tarihinin belki de en uzun isimli kanunlarından biridir. Biz de bu uzun ismi kullanmak yerine uygulamada yerleşmeye başladığı üzere "İşsizlik Sigortası Kanunu ifadesini kullanıyoruz.

⁴¹³ Aydın, Kısa Çalışması, s.30.

⁴¹⁴ Konunun İşsizlik Sigortası kapsamında düzenlenmesi sonucu artık bu hükümden sadece 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler değil, bir iş sözleşmesi ile çalışan tüm sigortalılar yararlanmaya başlamıştır. Ömer Ekmekçi, **Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar**, Sicil Haziran 2009, S.14, s.48, Kala ve diğerlerine göre; "İşsizlik Sigortası Yasasındaki bu yeni düzenleme, 4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak kısa çalışmanın kapsamını genişletmiş bulunmaktadır. Ancak bu yaklaşım bile, kısa çalışma düzenlemesinin söz konusu 4857 sayılı İş Kanunu'ndan çıkarılmasını gerektirmiyordu. Çünkü bu düzenlemenin esnek çalışma düzenlemesi olarak yasadaki varlığının sürdürmesini gerektiriyordu. Ve bu yanlışlığın bir an evvel düzeltilmesi, kısa çalışmanın tekrar yasaya alınarak "kısa çalışma kurumunun ne olduğu" hususlarının İş Kanununda tanımlanıp açıklanması önemli bir vecibedir", Murat Kala ve diğerleri, **Sorulu Cevaplı ve İçtihatlı İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Yaklaşım Yayıncılık, Haziran 2009, s.44; karşı görüş için bkz. Astarlı, "4857 sayılı kanunun 65. maddesinin kanun yapma tekniği bakımından yerinde olmadığı, zira kısa çalışma tanımı, şartları, uygulanması ve bunların sonuçlarının İş Hukuku içerisinde dolayısıyla da İş Kanununda yer alması uygun olmakla birlikte, işsizlik ödeneği ile ilişkilendirilen kısa çalışma ödeneğinin, bunun miktarının ve bu ödeneye hak kazanma şartlarının sosyal hukuk dolayısıyla da Sosyal Güvenlik Yasası içerisinde ele alınması gerektiği kanaatindeydik. Nitekim bu düşüncemize kısmen uygun olacak şekilde 5763 sayılı Yasa kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği ile ilgili hükmü İş Kanunundan çıkararak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenmiştir".

Bu değişiklikle kısa çalışma uygulamasının kapsamı ciddi anlamda genişletilmiştir. Zira düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer aldığı dönemde; kısa çalışmadan yalnızca İş Kanunu kapsamında yer alanlar faydalanabilirken, İş Kanunu'nun istisnaları ile Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındakiler yararlanamamaktaydı. Bu düzenlemeyle; 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na göre; sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenlerin tamamı, şartların oluşması halinde kısa çalışma yapabilecek ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecek hale getirilmiştir. Kanun değişikliğiyle, işverenlerin Deniz İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamında olmasının yahut İş Kanunu'nun istisnaları arasında bulunmasının, olumsuzluğu ortadan kaldırılmış ve İş Kanunu kapsamı dışında kalanlar ile Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi çalışanlar ile 4447 sayılı Kanun kapsamına girenlere kısa çalışma ödeneğinden faydalanma imkânı getirilmiştir⁴¹⁵.

Değişikliğin getirdiği bir diğer sonuç, idari para cezasının kaldırılması olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 104. maddesiyle kısa çalışma ve ödeneğini düzenleyen 65. maddede öngörülen hükümlere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için idari para cezası uygulanması öngörölmüştü. Her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılan bu idari para cezasının 2008 yılı tutarı her işçi için 179YTL idi. 5763 sayılı Kanunla aktarılan düzenlemede ise, aykırılık haline ilişkin herhangi bir idari para cezası öngörölmemiştir.

1.1.2.3.1.2.2.2. 5838 Sayılı Kanun Düzenlemesi

28 Şubat 2009 tarihinde yapılan değişiklikle kısa çalışma uygulaması daha da cazip hale getirilmiştir. Ekonomik kriz dönemlerini içeren 5838 sayılı Kanunla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na Geçici 8. madde eklenmek suretiyle, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği uygulamasında 2008 ve 2009 yılı başvurularına özgü değişiklikler yapılmıştır. Son olarak, 5 Şubat 2010 tarihinde yapılan değişiklikle kısa çalışma uygulamasının 2008 ve 2009 yılları için cazipleştirilen imkânları, 2010 yılı

⁴¹⁵ Ali Karaca, **Kısa alışma ve Kısa alışma Ödeneği Uygulaması**, Sicil, S.14, Haziran 2009, s.116.

için de geçerli kılınmıştır. 5951 sayılı Kanunla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 8.maddesinde yapılan değişiklikle, 2008 ve 2009 yılı başvurularına özgü düzenlemelerin 2010 yılında da uygulanması öngörülmüştür. Ayrıca, 02.07.2009 ve 11.03.2010 tarihli Resmi Gazetelerde yayınlanan iki ayrı kararında Bakanlar Kurulu bu yıllara özgü olmak üzere kısa çalışmaya ilişkin uzatma kararı vermiştir.

Kısa çalışma uygulamasında 2008, 2009 ve 2010 yılı başvurularına özgü olarak yapılan değişiklikler şu şekildedir:

- 2008, 2009 ve 2010 yıllarında kısa çalışma taleplerinin uygun görülmesi halinde, kısa çalışmadan yararlanabilecek olan işçilere günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı %50 oranında artırılarak ödeme yapılmıştır. Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadar olup, işsiz kalan sigortalının günlük ortalama kazancının %40'ı, (en yüksek 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının %80'i) iken, yapılan değişiklikle işsiz kalan sigortalının günlük ortalama kazancının %60'ı, (en yüksek 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının %120'si) olarak uygulanmıştır.

- Kısa çalışma yapabilmek için öngörülen azami süre 3 ay olarak uygulanmakta iken yararlanma süresi 6 aya çıkarılmıştır. 2008 ve 2009 yıllarında işverenler 6 ay süreyle kısa çalışma talebinde bulunabilmiş ve uygulamadan yararlanabilmişlerdir. 2010 yılında alınan başvuruların Bakanlık İş Müfettişi tarafından uygun bulunması halinde, işçiler 6 ay süreyle kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmişlerdir.

- Kısa çalışma ödeneği düzenlemesine göre, işçilere kısa çalışma ödeneği adı altında yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülmekte ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçinin işsizlik sigortasından yararlanmak için 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 50.maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmeden işsiz kalması durumunda, kısa çalışmaya tabi tutulduğu süre düşüldükten sonra, daha önce hak ettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar

işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanabilmekte iken, 5838 sayılı Kanun değişikliği ile 2008, 2009 ve 2010 yıllarına münhasır olmak üzere işçilere kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülmeyecek hale getirilmiştir (Bakanlar Kurulu'nun uzatma kararına ilişkin dönem hariç).

- 5838 sayılı Kanun, 28 Şubat 2009 tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında 3 aylık yararlanma süresinin, işverenin talebi halinde aynı şartlarla 6 aya kadar uzatılabilmesini öngörmüştür. Böylece 28 Şubat 2009 tarihinden daha önce Bakanlık İş Müfettişi tarafından uygunluk tespiti yapılan işyeri işverenlerinin, kısa çalışmanın aynı şartlarla uzatılması yönünde talepte bulunması halinde yeni bir uygunluk incelemesi yapılmaksızın kısa çalışma süresi aynı şartlarla 6 aya kadar uzatılabilmiştir. Benzer düzenlemeye 2010 yılı başvuruları için 5951 sayılı Kanunla da yer verilmiştir. Bu düzenleme şu anlama gelmekteydi: 1 Ocak 2010 tarihinden sonra kısa çalışma başvurusunda bulunan işverenler, bu tarihte 4447 sayılı Kanun'un Geçici 8. maddesinin yürürlük süresi dolduğundan, aynı Kanun'un Ek.2 maddesine göre yalnız 3 aylık bir süre için başvuru yapılabilmekteydi. Bu başvurular arasında 5951 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 5 Şubat 2010 tarihine kadar Bakanlık İş Müfettişi tarafından uygunluk tespiti yapılmış ve 3 aylık bir süre için kısa çalışma talepleri uygun görülenler olmuştur. İşte 1 Ocak 2010 tarihi ile 5 Şubat 2010 tarihleri arasında Kanun'un öngördüğü en fazla 3 aylık süre için kısa çalışma talebinde bulunan ve bu talepleri kabul edilenler, 5 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe giren 5951 sayılı Kanun'un ilgili maddesine dayanarak kısa çalışmadan yararlanma sürelerinin aynı şartlarla 6 aya kadar uzatılmasını talep edebilmişlerdir.

- Bakanlar Kurulu'na kısa çalışma süresini 6 aya kadar uzatma yetkisi verilmiştir. Düzenlemeye göre; *“bu maddede öngörülen ödenek miktarı aynı kalmak kaydıyla, kısa çalışma süresini 6 ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Ancak bu dönemde kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür”*. Bu düzenlemeye göre; ilk 6 aydan farklı olarak, ikinci altı aylık sürede kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler işsizlik ödeneği süresinden düşülmüştür. Bakanlar Kurulu, 2008 ve 2009 yılı başvurularına yönelik olarak 2 Temmuz 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan kararıyla bu uzatma takdirini kullanmıştır.

1.1.2.3.1.2.2.3. 6111 Sayılı Kanun Düzenlemesi

Kısa çalışma uygulamasının hem işveren hem sigortalı işçi hem de Devlet açısından ekonomik kriz dönemlerinde ne kadar büyük bir işleve sahip olduğu gerçeği karşısında yukarıda yer verilen kanun değişikliklerine rağmen bir takım beklentileri karşılamaya yetmemesi ve kısa çalışma ödeneğine hak kazanmadaki koşulların ağırlığı yeniden kısa çalışma düzenlemesinde bir takım değişiklikler yapılmasını gerektirmiş; 6111 sayılı Kanun’la 4447 sayılı Kanun’un Ek 2. maddesi tümüyle yeniden düzenlenerek kısa çalışma yapma nedenleri biraz daha genişletilmiş, ayrıca kısa çalışma ödeneğinin miktarı ve ödenme süresine ilişkin önemli bazı değişiklikler yapılmıştır⁴¹⁶. Buna rağmen önceki mevzuat döneminde büyük sorun yaratan ödeneğe hak kazanma şartlarında işçi lehine olumlu bir değişiklik yapılmamış bu anlamda önceki düzenlemeler varlığını korumuştur.

Bu düzenlemelerdeki; 4447 sayılı İşsizlik Kanunu’nun kısa çalışmayı düzenleyen Ek 2. maddesi, 6111 sayılı Kanun’un 73. maddesi ile ve Ek madde 2’ye göre çıkarılan 13.01.2009 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkındaki Yönetmeliği, 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkındaki Yönetmeliğin 12. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. İşsizlik Sigortası Kanunu’nun bu şekilde mülga olan maddesinde düzenlenen kısa çalışma kavramı, metinde bir takım değişikliklerle yine aynı maddede düzenlenmiştir.

⁴¹⁶ Bilindiği gibi, başlangıçta kişilerin kamuya olan borçlarının yapılandırılması amacıyla hazırlanan bir kanun tasarısı olarak ortaya çıkan, ardından pek çok kanun değişikliğine ilişkin tasarı ve tekliflerin eklenmesi ile birçok alanda köklü değişiklikler öngören bir kanuna dönüşen 6111 sayılı Kanun bu niteliği itibarıyla kamuoyunda “Torba Kanun” adı ile anılmaya başlanmıştır. Gerçekten, 6111 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” birbiriyle ilgili olmayan pek çok kanunda değişiklik yapmıştır. 6111 sayılı Kanunla değişiklik yapılan kanunlardan biri de 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu olmuştur. 4447 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle, işsizlik sigortası kapsamına bazı yeni sigortalılar ilave edilmiş, kısa çalışma ödeneğinin miktarı artırılmış ve yeni bir sosyal sigorta teşviki öngörülmüştür. RG, 25.02.2011, 27857 (Mükerrer).

6111 sayılı Kanun'un 73. maddesi ile 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

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

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

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

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

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

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

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

1.1.2.3.1.2.2.3.1. Kısa Çalışma Bakımından Getirilen Yenilikler

4447 sayılı Kanun'un 6111 sayılı Kanunla değişik Ek 2. maddesine göre; genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir. Oysa bu değişiklikten önce, aşağıda ayrıntılı bir şekilde değinileceği üzere kısa çalışma yapabilmek için ekonomik krizin genel olması ya da bunun haricinde zorlayıcı bir nedenin bulunması gerekmekteydi. Yapılan değişiklikle, işyerinin etkilendiği ekonomik krizin “genel ekonomik kriz” olması, şart olmaktan çıkarılmış, sektörel veya bölgesel kriz nedeniyle de kısa çalışma yapılmasına olanak tanınmıştır. Esasında öğretilde aşağıdaki ayrıntıları verileceği üzere, “genel ekonomik kriz” ibaresinin sektörel kriz halinde kısa çalışma yapılmasını dışlamadığı, bu ibarenin genel bir sektörel kriz halinde de kısa çalışma yapılmasına olanak tanıdığı kabul edilmekteydi. Ancak değişiklik bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldırmış; bizce isabetli bir şekilde doktrinindeki tartışmalara son verecek şekilde düzenlenmiştir.

6111 sayılı Kanunla değişik Ek 2. maddeye göre, sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal ve gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumu'na, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir (f.II)⁴¹⁷.

Belirtelim ki, yasal düzenlemede kısa çalışma talebinin sebebindeki farklılık dışında bir değişiklik yapılmamış, daha önce ilk iki fıkrada farklı yerlerde bulunan cümlelerin yerleri değiştirilmiştir. Bunlar da anlam bakımından bir farklılık yaratmamaktadır.

⁴¹⁷ 30.04.2011 tarih ve 27920 sayılı Resmi Gazete'de Yayınlanan Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik.

1.1.2.3.1.2.2.3.2. Kısa Çalışma Ödeneği Bakımından Getirilen Yenilikler

6111 sayılı Kanun'la kısa çalışma ödeneğinin miktarı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikten önce kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneğine yapılan atıf nedeniyle, işsizlik ödeneğine ilişkin hükümlere göre belirlenmekteydi. İşsizlik ödeneğinin günlük miktarı ise, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkı oranındadır ve bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneği miktarı, 4857 sayılı İşK'nun 39. maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının %80'nini geçemez(m.50/1). Dolayısıyla kısa çalışma yapan bir sigortalıya ödenecek kısa çalışma ödeneği de bu esaslara göre belirlenmekteydi. 6111 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle kısa çalışma ödeneği ile işsizlik ödeneği arasındaki bağlantı kesilmiş, kısa çalışma ödeneğinin miktarı işsizlik ödeneği miktarından bağımsız olarak belirlenmiştir. Buna göre, kısa çalışma ödeneği, sigortalının son 12 aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının %60'ı'dır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 sayılı İşK'nun 39. maddesine göre, 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücret brüt tutarının %150'sini geçemez (Ek m.2/IV). Ayrıca kanunda kısa çalışma ödeneğini %50'ye kadar çıkarma konusunda Bakanlar Kurulu'na da yetki tanınmıştır.

Görüldüğü gibi 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda kısa çalışma ödeneğinin miktarı işsizlik ödeneğine göre fazla olacaktır. Bu ödenek için artık son dört aylık prime esas kazanç değil, son on iki aylık prime esas kazanç dikkate alınarak hesaplanacak ve sigortalının brüt kazancının yüzde atmışı üzerinden ödenecektir. Ayrıca bu miktar 16 yaşından büyük işçiler için ödenecek aylık asgari ücretin %150 si kadar olabilecektir. Kuşkusuz bu değişiklikler hiç olmazsa kısa çalışma ödeneği bakımından yerinden olmuştur.

Kısa çalışma ödeneği verilme süresi 6111 sayılı Kanunla değişik Ek 2. maddede de 3 ay olarak kabul edilmiştir. Gerçekten anılan maddeye göre, kısa çalışma, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle

işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması hallerinde, işyerinde 3 ayı aşmamak üzere yapılabilir (Ek m.2/I). Fakat 6111 sayılı Kanun'la Bakanlar Kurulu'na bu süreyi 6 aya kadar uzatmaya yetki verilmiştir (Ek m.2/IV). Böylece 2008, 2009 ve 2010 yıllarına münhasır olmak üzere kısa çalışma süresini uzatmayı öngören geçici nitelikte yasal düzenlemeler yapmak yerine konu doğrudan maddenin içinde düzenlenmiş ve bu konuda doğrudan Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Kısa çalışma ödeneği alan sigortalının daha sonra işsizlik ödeneğine hak kazanması halinde, bu sürenin işsizlik ödeneği alması gereken süreden düşülüp düşülemeyeceği noktasında da bir takım değişiklikler yapılmıştır.

Gerek 4857 sayılı Kanun'un 65. maddesinde gerekse de 4447 sayılı Kanuna eklenen 2.maddede kısa çalışma ödeneği alınan sürenin işsizlik ödeneği alınan süreden düşülmesi yönünde düzenleme yapılmıştı. Fakat 2008 ekonomik krizinde bu konuda 4447 sayılı kanuna Geçici 8. madde eklenerek bu sürenin işsizlik ödeneği alınan süreden düşülmemesi öngörülmüştü. 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ise Ek 2. maddenin içine konulan bir hükümlerle, bu ödeneğin işsizlik ödeneğinden düşülüp düşülmeyeceği konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki tanınmıştır (Ek m.2/IV).

1.1.2.3.2. Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

4447 sayılı Kanun'un Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin 5763 sayılı Kanunla değişik Ek 2. maddesindeki düzenleme, İş Kanunu'ndaki haline göre daha sade olmakla birlikte bazı sorunlara yol açabileceği izlenimi uyandırmaktaydı. Şöyle ki Ek m.2'de kimi yerde sigortalı, kimi yerde aynı anlamda olmak üzere işçi ifadesi kullanılmakta; yine kanun metninde 506 sayılı Kanuna atıf yapılmakta idi.

Oysa bilindiği gibi 506 sayılı Kanun (142–143, Ek 36, Geçici 20, 81 ve 87. maddeler dışında) yürürlükten kaldırılmış; yerine 5510 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Dolayısıyla doktrinde, 4447 sayılı Kanun'un 5763 sayılı Kanunla değişik Ek m.2'de

yer alan 506 sayılı Kanunu, 5510 sayılı Kanun olarak anlamak gerekeceği kabul edilmişti. 6111 sayılı Kanunla değişik Ek m.2’de bu karışıklığın giderilmesi amacıyla 5510 sayılı Kanun ibaresi kullanılarak isabetli bir düzenleme yapılmıştır. Ancak yapılan kanun değişikliğinde sigortalı-işçi ayrımı ortadan kaldırılmamıştır. Oysa bu fıkranın düzenlendiği Kanun itibariyle işçiden değil sigortalıdan söz edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle olması gereken kavramları doğru kullanmak ve bu maddede sigortalı terimine yer vermek olurdu.

Yine, kısa çalışma kavramının İş Kanunu’ndan çıkartılarak İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamına alınmasında, hükmün düzenlenmesi bakımından maddede kısa çalışmanın mı yoksa kısa çalışma ödeneği esaslarının mı düzenleme konusu yapıldığı öncelikle ele alınması gereken bir husus olmalıydı. Bu husus İş Kanunu kapsamında düzenlenmesi aşamasında göz ardı edildiği gibi 5763 sayılı Kanun’la İşsizlik Sigortası Kanunu’na alınması ve sonrasında 6111 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmesi sırasında da ihmal edilmiştir. Bu durum ise, önceden de mevcut olan ve kısa çalışma uygulanması ile kısa çalışma ödeneğinin talep edilmesi şartlarının tespitinde ortaya çıkan zorluk ve çelişkilerin devam etmesine neden olmuştur. Oysa olması gereken hukuk bakımından, yapılan değişiklik ile işin düzenlenmesi anlamında kısa çalışma ve şartlarının İş Kanunu’nda kalması, bunun neticesi olan ve işsizlik ödeneği ile ilişkilendirilen kısa çalışma ödeneği ve şartlarının ise İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında düzenlenmesidir⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Alman Hukukunda kısa çalışma yasal olarak düzenlenmemiştir. Ancak Feshe Karşı Koruma Yasasının 19. maddesinde toplu işçi çıkarma prosedürü kapsamında işverene bu konuda bir yetki verilmiş olup buna göre işveren aynı yasanın 18. maddesinde öngörülen sürede yani toplu işçi çıkarmaya ilişkin fesihlerin geçerli olacağı süre içerisinde işçileri istihdam edebilecek durumda değilse işçi bulma kurumu (Landesarbeitsamt) işverene bu süre içerisinde kısa çalışma uygulaması için izin verebilir. Bunun dışında kısa çalışmayı iş hukuku anlamında tanımlayan veya düzenleyen bir hükmün bulunmadığı Alman Hukukunda kısa çalışma ödeneği ve bu ödeneye hak kazandıran sebepler Sosyal Yasanın III. Kitabının 169. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Alman Hukukunda hâkim görüş, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinin ve bunlara ilişkin şartların ayrı ayrı değerlendirilmesi yönündedir. Zira egemen görüşe göre, kısa çalışma iş hukukunun konusu iken kısa çalışma ödeneği kamu yararı nedeni ile kural olarak işverenin üzerinde olan işletme ve ekonomik riskin paylaşılmasına dâhil olan devletin iş sözleşmesi taraflarını sübvansetmesi anlamında sosyal hukukun konusudur. Nitekim Alman Hukukunda bu konuda yazılan eserler incelendiğinde konunun hep bu ayrıma göre incelendiği görülecektir bu konudaki hâkim görüşten ayrılan Heinze, kaleme aldığı çalışmada genel olarak kısa çalışma ile kısa çalışma ödeneğinin birbirinden ayrı olarak ele alınamayacağını, Sosyal Yasa’da kısa çalışma ödeneği ile ilgili olarak öngörülen şartların aynı zamanda kısa çalışmanın uygulanabilmesinin de şartları olması gerektiğini ileri sürmüştür, Astarlı, Çalışma Süreleri, s.362, dn.682.

Daha sonra ayrıntılı bir şekilde değineceğimiz üzere, 6111 sayılı Kanunla değişik Ek m.2'nin kısa çalışma yapılabilme imkânını genişleten düzenlemesi olumlu bir gelişme olmuştur. Kısa çalışma sebeplerinden genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin yanına, bölgesel ve sektörel kriz de eklenmiştir.

6111 sayılı Kanunla madde metninde yer alan “en az dört hafta işin durması” ve “kısa çalışma” ayrımı isabetli bir şekilde kaldırılmıştır. Zira bu ayrımın, her iki olguyu farklı değerlendirmeye müsait düzenlemesi doktrinde pek çok tartışmanın temelini oluşturmuştur.

6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki kanun metninde işyerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması ibaresi yer almakla birlikte, bu durdurmanın “kesintisiz” veya “aralıklı” olması gerektiği hususu ile aralıklı olması halinde en az ne kadar sürelerle durdurulabileceği hususuna yer verilmemişti. Bununla birlikte uygulamada, kanun hükmünde durdurmanın kesintisiz olması gerektiği ifade edilmediğinden mevzuatta belirlenen diğer koşulları sağlamak koşulu ile durdurmanın aralıklı olarak yapılabilmesi öngörülmüştü. Bu nedenle bir haftadan kısa süreyle yapılan durdurmalar işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması kapsamında değerlendirilmiş ve aralıklı durdurmaların en az bir hafta ve üzerinde sürelerle yapılabilmesi öngörülmüştü. Bu şekilde yapılacak aralıklı durdurmanın da en az 4 hafta sürmesi gerekmektedir. Uygulamada kabul edilen bu hususlardan aralıklı uygulamanın mümkün olduğu 6111 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası yönetmelik metninde açıkça düzenlenmiştir. Zira KÇY'nin 3/1-ç maddesinde en az dört hafta uygulanması gereken kısmen veya tamamen durdurma için süreklilik koşulu aranmamıştır. Bu bakımdan uygulamada benimsenen durum kanunlaştırılmış olup aralıklı uygulamanın ne surette yapılacağı yine uygulamaya bırakılmıştır.

6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki kanun metninde, ödeneğe hak kazanma bakımından “hizmet akdinin feshi hariç” ibaresi yer almıyorken yapılan değişiklikle cümleye bu ibare eklenmiştir. Belirtelim ki zaten işin doğası gereği kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için bu koşulun aranması mümkün değildir. Zira

kısa çalışma ödeneğine hak kazanan sigortalının iş sözleşmesi sonra ermez, sadece kısa çalışma süresince askıya alınır. Değişikliğin askı kurumuna hizmet edecek şekilde düzenlendiği zira kısa çalışma süresince iş akdinin devam ettiğinin kabul edilmesi gerektiği hususunun kanun metninde de vurgulandığı görülecektir.

6111 sayılı Kanunla değişik Kanun metninde, “işsizlik sigortası hak etme koşullarından söz edilmektedir ki bu ibare ile “işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları” kast edilmektedir. Nitekim 6111 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce kanun metninde, işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarını yerine getirmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Değişiklikten sonra da ifadeyi bu şekilde anlamak gerekecektir. Dolayısıyla kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için sigortalıların eskiden olduğu gibi yine İşsizlik Sigortası Kanunu’nun 50. maddesinde düzenlenen koşulları yerine getirmeleri gerekmektedir. Bir başka deyişle, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için son 120 günü kesintisiz geçirmek koşulu ile son 3 yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödemek gerekmektedir⁴¹⁹.

⁴¹⁹ 6111 sayılı Kanunda işsizlik ödeneğine hak kazanma koşuluna ilişkin olarak 51. maddede değişiklik yapılmış ve 4447 sayılı Kanun’un 51. maddesinde yer alan “hizmet akitlerinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş ve işten ayrılmadan önceki son 120 gün içinde prim ödeyerek sürekli çalışmış” olma ibaresi kaldırılmış, kaldırılan ibare yerine de “ve bu kanunda yer alan prim ödeme koşullarını sağlamış olma ibaresi eklenmiştir”. Yapılan değişiklik sonucunda söz konusu ödenekten yararlanmak için son 120 gün sürekli çalışmış olma ve son üç yıl içinde en az 600 gün prim ödemiş olma koşulu kaldırılmış gibi görünmektedir. Fakat gerçekte böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü bu koşullar işsizlik ödeneğine hak kazanma için halen aranmaktadır. Dolayısıyla bu değişiklik, aynı koşulun iki farklı maddede tekrarlanması gibi bir gereksizliği ortadan kaldırmış, fakat hak kazanma koşuluna ilişkin herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir.

1.1.3. Kısa Çalışmanın Amacı

1.1.3.1. Feshin Son Çare Olması İlkesine Hizmet Etmesi Açısından

1.1.3.1.1. Genel Olarak

Kısa çalışma uygulamasının çalışma süreleri ile olan yegâne ilişkisi, bu sürenin, çeşitli hukuk kaynaklarınca verilen bir yetki kapsamında işverence tek taraflı olarak geçici bir süre için azaltılması hatta işin tamamen durdurularak çalışma sürelerinin uygulanmaması şeklinde ortaya çıkmasıdır. Bu nedenle kısa çalışmanın İş Kanunu'nda, işin düzenlenmesi bölümünde yer alması; bizde onun sadece esnek çalışma uygulamalarından biri olmasından ibaret olduğu kanısı uyandırmamalıdır. Çünkü kısa çalışmanın İş Kanunu'nda yer almasının nedeninin çalışma sürelerinden ziyade iş sözleşmelerinin ayakta tutulmasıyla alakası vardır.

Yeni yasanın getirdiği esnek çalışmaya ilişkin en önemli yeniliklerden biri olan kısa çalışma müessesinin temelinde yatan düşünce, ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerde işçilerin iş sözleşmelerini olabildiğince ayakta tutmak, ekonomik kriz veya benzeri nedenlerle iş hayatında sıkça görülen ücretsiz izin uygulamalarına son vermek ve işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamaktır⁴²⁰.

Astarlı'ya göre; kısa çalışma uygulamasının temelinde yatan nedeni ve kısa çalışmanın amacını, çalışma süreleri hukuku içerisinde değil daha farklı bir yerde, fesih hukuku içerisinde aramak gerekir. Zira işverenin iş yerinde işçilere kısa çalışma yaptırması, feshin son çare olması ilkesi kapsamında değerlendirilecek bir tedbir niteliğinde olup, bu vesileyle işverenin fesihten kaçınması amaçlanmıştır. Bu bağlamda işveren, iş yerinde ortaya çıkan ekonomik zorluklar dolayısıyla işletme gerekleriyle fesihten önce, bu ekonomik dar boğazı, kısa çalıştırma yapmak suretiyle

⁴²⁰ Murat Kandemir, **4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, SBArD Eylül 2003, Y:1, S.2, s.212; Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.474.

aşmayı deneyecek, eğer bu geçici tedbire rağmen işletmenin devamı için işçi çıkarmadan başka çaresi kalmamışsa, iş sözleşmelerini geçerli nedenle feshedebilecektir. Kısa çalışma uygulamasıyla, çalışma sürelerinde indirim giden işveren, buna bağlı olarak işçi ücretlerinde dolayısıyla da işletmenin en önemli giderinde tasarruf edecek, bu suretle de işletmenin devamı için gerekli kaynağı kısmen de olsa temin etmiş olacaktır. Bu nedenle kısa çalışmanın iş güvencesine yardımcı olan iş hukuku kurumlarından biri olduğu söylenebilecektir⁴²¹.

Bu anlamda kısa çalışmayı feshin son çare olması ilkesinin önemli sağlayıcılarından biri olarak değerlendirmek mümkündür. Zira işverenin işletme gerekleri ile feshe gitmeden evvel, diğer alternatifleri (daha hafif önlemlere) denemeye zorlanması, diğer bir deyişle fesihle ulaşılmak istenen sonuca, ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen diğer önlemlerle ulaşılmaya çalışılması, iş hukukunda işçinin korunması bakımından tereddütsüz kabul edilen bir uygulamadır. Bu nedenle fesihle ulaşılmak istenilen hedefe, fesihden daha hafif bir tedbir olan kısa çalışma ile ulaşmak mümkün iken işverenin bu uygulamaya başvurmaksızın işletmesel gerekler nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi, feshi geçersiz hale getirecektir⁴²².

1.1.3.1.2. Fesihle Hedeflenen Amacı Karşılması Gerekliği

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, feshin son çare olması ilkesi bakımından fesihden önce başvurulması zorunlu alternatiflerden biri olan kısa çalışmanın, feshe gitmemedeki ihtiyacı karşılması gerektiğidir.

⁴²¹ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.349.

⁴²² "...somut olayda işverence siparişlerde azalma meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş akdi feshedilmiş ise de, işveren işçi çıkartma yoluna gitmeden evvel diğer bölümlerde çalışma imkânının olup olmadığını araştırmadığı, esnek çalışma ve kısa çalışma gibi uygulamalara başvurmadığı, hizmet akdinin feshinin son çare olduğunu kanıtlamadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir. Bu nedenle mahkemece yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi yerinde görülmediğinden, yapılan feshin geçersizliğine ve işçinin işine iadesine karar vermek gerekmiştir..." Y.9HD, 2004/33414E, 2005/930K, 13.01.2005.t.

Astarlı'ya göre, fesih nedenlerinden biri olan, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan, kısaca, işletmesel nedenler olarak adlandırılan ve bunlardan, iş yeri dışından kaynaklanan nedenlerden biri olup kısa çalışmaya olanak veren ekonomik kriz nedeniyle işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi ile kısa çalışma arasındaki bağlantının dikkatli değerlendirilmesi gerekir⁴²³. İşletme dışı nedenlerden olan ve ekonomik krizden kaynaklanan talep azalması karşısında, işverenin önünde temel olarak iki seçenek vardır ki bunlar, işyerinin mevcut işçilerini daha az çalıştırmak veya daha az sayıdaki işçi ile çalışmaya devam etmektir. Böylece işveren iş gücü ihtiyacını üretim ihtiyacı ile uyumlaştırmak imkânını bulabilir. İş hukuku anlamında bunlar kısa çalışma ve işletme gerekleri nedeniyle fesih olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda kısa çalışmanın, feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için, iş yerinde talep azalmasına karşılık daha az üretim yapmak ve personel giderlerinde çalışma sürelerine mukabil bir düşüş sağlamak amacını gerçekleştirmeye elverişli olması gereklidir. Elverişliliğin tespitinde belirleyici unsur, kısa çalışmanın ortaya konduğu geçici dönem neticesinde işyerinin yeniden normal çalışma düzenine dönüp dönmeyeceğidir. Farklı bir ifade ile genel ekonomik krizden etkilenen işyerindeki üretim azalması ve buna paralel olarak iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi yoksa sürekli mi olduğudur. Bu nedenle kısa çalışma, ancak geçici nitelikteki üretim düşüşü ve buna paralel iş gücü ihtiyacındaki azalmanın mevcudiyeti halinde feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğindedir. Bilindiği gibi kısa çalışma niteliği itibari ile geçici bir tedbir mahiyetindedir. Bu dönemin sona ermesiyle işyerinde tekrar normal çalışma süreleri rejimine dönülür. Oysa işletme gerekleriyle feshin geçerliliğinin öncelikli şartı, işçiye duyulan iş gücü ihtiyacının sürekli şekilde ortadan kalkmış olmasıdır. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de, 1989 yılında verdiği bir kararda, sürekli iş gücü azalmasının mevcut olduğu durumlarda kısa çalışma ile fesihten kaçınma imkânı bulunmadığından, personel azaltımının zorunlu olduğunu kabul etmiştir. Zira mahkemeye göre kısa çalışma, iş gücü ihtiyacındaki eksilmenin süresine bağlıdır; eğer bu süre geçici değilse bir sona erdirme nedeninin mevcut olduğu söylenecektir. Yargıtay da işletme dışı nedenlerin varlığı halinde, krizin geçici olup olmadığının

⁴²³ Muhittin Astarlı, **Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi**, Sicil Mart 2010, S.17, ss.77vd.

mahkemece denetlenmesi gerektiği görüşündedir⁴²⁴. Dolayısıyla işverenin, işletme gerekleri ile fesihten önce, kriz nedeniyle ortaya çıkan talep azalmasının ve buna bağlı üretim düşüşü ile işgücü ihtiyacındaki fazlalığın geçici mi olduğunu yoksa artık feshe konu işçinin işgücüne bundan sonra sürekli olarak mı ihtiyaç duyulmadığını saptaması gerekmektedir. Bu itibarla işverenin fesihten önce yapacağı aslında bir tahmindir. Zira burada işveren, işgücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi yoksa sürekli mi olduğuna ilişkin bir öngöründe bulunmaktadır. Ancak bunun bir tahmin olması, denetim dışı olduğu anlamına gelmez; bununla birlikte iş gücü ihtiyacının geçiciliğine ilişkin işletmesel tahmin, mahkeme tarafından sadece nesnellik, mantıklılık ve keyfilik denetimine tabi tutulabilir⁴²⁵. Bu kapsamda işveren, tahminin dayanağı olan nedenleri objektif olarak ortaya koymalı ve ispatlamalıdır. Bu durumda, işyerine ve işe ilişkin mevcut koşulların değerlendirilmesini içeren tahmin neticesinde eğer iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici olduğu olasılığı kabul edilebiliyorsa, işverenin doğrudan işletme gerekleri nedeniyle fesihte bulunması mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda doğası itibariyle işyerindeki geçici işgücü ihtiyacındaki azalmalara karşılık, işyerinin ve işin sürekliliğinin sağlanmasını amaçlayan kısa çalışma, iş güvencesi hukukuna hâkim ölçülülük ilkesi kapsamında bu dönemi aşmak anlamında elverişli ve feshe oranla daha hafif bir tedbir olarak işverenin karşısına çıkacaktır. Daha hafif bir tedbir mevcutken işverenin buna başvurmadan fesih yoluna gitmesi, feshin son çare olması ilkesi ile bağdaşmadığından geçerli kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte işyeri içi nedenlerle yani işverenin doğrudan işletmesel kararına dayanan bir yeniden yapılanma tedbiri ile işyerinin bir bölümü kapatılmış, kimi bölümler birleştirilmiş veya kimi pozisyonlar ortadan kaldırılmış ve bu nedenle bir iş gücü fazlalığı ortaya çıkmışsa, bu fazlalık sürekli bir nitelik taşıdığından bu durumda kısa çalışmaya

⁴²⁴ “Daha sonra ise, krizin geçici olup olmadığı, fesih dışında tedbirlerle bu krizin geçirilip geçirilemeyeceği, davalı işverenin bu kapsamda savunduğu gibi fazla mesaiyi kaldırıp kaldırmadığı, vardiya sayısını indirip indirmedeği, yıllık izinleri kullandırıp kullandırmadığı, ücretsiz izin uygulaması yapıp yapmadığı, ücret zammının erteleyip ertelediği, kısa çalışma ödeneği için başvurup başvurmadığı incelenmelidir”. Y.9HD, E. 2009/27271, K.2009/27272, 20.07.2009.t.

⁴²⁵ Preis’e göre ise; işverenin iş gücü eksikliğinin geçici mi sürekli mi olduğuna ilişkin tahmini işletmesel karar özgürlüğü kapsamındadır ve mahkemelerin kontrolüne tabi değildir. Ancak işveren, mahkemede iş gücü ihtiyacının geçici olduğunu bir beceriksizlik neticesinde ortaya koyarsa, kısa çalışmanın feshe göre uygulanması gereken daha hafif bir tedbir olduğu incelenebilir, aktaran Astarlı, Ekonomik Kriz, s.79, dn.28.

zorlanması mümkün değildir. Dolayısıyla işletmesel kararın uygulanması ile işgücü ihtiyacındaki azalmanın süreklilik taşıdığı hallerde kısa çalışmanın uygulanmasının zorunlu olup olmadığı denetlenirken ölçülülük ilkesi ve feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığının denetlenmesine gerek yoktur.

Tabi burada geçicilikten ne anlaşılması gerektiği de tartışılması gereken bir husustur. Doktrindeki kimi görüşler; geçiciliğin tespitinde kanunun kısa çalışma için öngördüğü sürenin esas alınması gerektiği kanaatindedirler⁴²⁶.

Nitekim Engin'e göre; kanun askı halini en fazla 3 ay ile sınırlandırarak geçicilikten ne anlaşılması gerektiğini kendisi belirlemektedir. 3 ayın aşılması halinde, ifayı kabul engelinin sürekli hale geldiği ve işverenin geçerli nedene dayanarak süreli fesih yoluna gidebileceği kabul edilmelidir. Yazar ayrıca feshin gündeme geldiği andan feshe ilişkin bildirim önellerinin sonuna kadar olan sürenin de dikkate alınması gerektiğini, dolayısıyla 3 ay ve buna ilave olarak bildirim önellerinin sonuna kadar geçen sürenin feshin geçerliliğinde esas alınması gerektiğini ifade etmiştir⁴²⁷.

Astarlı'ya göre de, kanun ve KÇY'nde yer alan 3 aylık süre esas alınmalı, eğer fesih tarihinde talepteki azalmaya bağlı iş gücü ihtiyacındaki fazlalığın bu süre içerisinde ortadan kalkacağı ve işyerinde tekrar krizden önceki şekilde çalışılabileceği öngörülüyorsa, yapılan işletme gerekleri ile feshin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Zira kanunun öngördüğü kısa çalışma düzenlemesi, işverene geçici olan bu dönemin atlatılması ve fesihden kaçınma için gerekli imkânı sunmaktadır. Bu itibarla kısa çalışmanın fesihle hedeflenen amacı karşılamak konusunda elverişli ve feshe oranla daha hafif bir tedbir mahiyetinde olduğu söylenebilir⁴²⁸.

⁴²⁶ Kılıçoğlu/Şenocak, C.I, s.279; Engin, İşletme Gerekleri, s.106; Çankaya ve diğerleri, s.101.

⁴²⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s.106.

⁴²⁸ Astarlı, Ekonomik Kriz, s.81, ayrıca yazara göre, geçiciliğin tespitinde kısa çalışmaya ilişkin 3 aylık süre esas alınırken, yürütme organının kriz dönemlerinde kısa çalışma ödeneğinin süresini veya miktarını artırmasının geçiciliğe ilişkin bu 3 aylık süre ölçütünde bir değişikliğe neden olmaması gerekir.

Kısa çalışmanın elverişli bir tedbir olup olmadığı anlamında işverenin yapacağı tahmin, her ne kadar sübjektif olup belirsizlikler içerse de, elbette ki yargı denetimine tabidir. Bu nedenle işletme gerekleri nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işveren, üretimdeki azalmanın geçici olmadığını ve iş gücü ihtiyacının sürekli bir şekilde ortadan kalktığına ilişkin tahmininin dayanaklarını ispat etmelidir⁴²⁹. Tabii burada işverenin fesihle öngördüğü amacı gerçekleştirmeye aynı ölçüde elverişli ve etkili sonuçlar doğuracak daha hafif bir tedbir mevcut değil ise, yani kısa çalışma ile bu sonuca ulaşılamıyorsa, işverenin karşı taraf yani işçiler için daha hafif sonuçlar doğuran kısa çalıştırmayı yaptırma yükümlülüğünden bahsedilemez⁴³⁰. Bu anlamda, kısa çalışmanın, çalışma sürelerinin azaltılmasına imkân tanınması, buna paralel olarak işçi ücretlerinde ve dolayısıyla işletme giderlerinde bir düşüş meydana getirmesi, işverenin ekonomik kriz nedeniyle talepteki azalmaya rağmen personel sayısının aynı kalmasından doğacak iktisadi riski geçici bir süre ortadan kaldırması anlamında işletme gerekleri ile fesihle hedeflenen amacı ikame etmek anlamında elverişli olması gerekmektedir⁴³¹.

Bununla birlikte kısa çalışmanın, iş sözleşmesinin içeriğinde değişiklik yapmakla birlikte sözleşmenin mevcudiyetine dokunmadığı ve sözleşmeyi askıya aldığı kabul edildiğinden feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde olduğu ve bu itibarla da gerekli olduğu sonucuna varılacaktır⁴³².

1.1.3.1.3. Doktrin ve Yargıtay Görüşü

Başterzi'ye göre⁴³³; feshin son çare olması ilkesinin sosyal hukuk ve istihdam üzerindeki etkisi, özellikle işin, işyerinin ve işletmenin gerekleriyle fesihlerde görülür. Bu çerçevede, genel olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik, kısa çalışma, ücretsiz izin, fazla çalışmaların kaldırılması ve mesleki eğitim öne çıkmaktadır. İşverenin son çare ilkesini uygulayarak iş sözleşmesini feshetmeden

⁴²⁹ Kılıçoğlu/Şenocak, C.I, s.279.

⁴³⁰ Mustafa Alp, **Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda ve Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması-Alman Hukukuna Göre-** Yasa, Ocak 1999, s.1523.

⁴³¹ Astarlı, Ekonomik Kriz, s.81.

⁴³² Kılıçoğlu/Şenocak, C.I, s.277; Engin, s.105.

⁴³³ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.60.

önce çalışma koşullarında değişiklik yapmak suretiyle işçiyi çalıştırmanın yollarını aramasının istihdamın korunması bakımından önemli bir etkisi olduğu açıktır. Kısa çalışma, ücretsiz izin, fazla çalışmaların kaldırılması ve mesleki eğitim, temelinde çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği gerektirdiği için, çalışma koşulları değiştirilerek istihdamın korunması çabasının somut uygulamalarını oluşturur. İstihdamın korunmasına yönelik söz konusu uygulamalarla birlikte, işçinin katlanmak zorunda kalabileceği daha kötü çalışma koşullarının yarattığı ekonomik kayıpların giderilmesi mekanizmalarının devreye sokulması gereksinimi, bu alanda istihdamın korunmasıyla sosyal güvenliğin birlikte ele alınması sonucunu doğurmaktadır.

Dolayısıyla Başterzi de kısa çalışma uygulamasını; feshin son çare olması ilkesinin somut bir uygulaması olarak nitelendirmiş, bu anlamda iş güvencesini sağlayan iş hukuku kurumlarından biri olarak görmüştür.

Caniklioğlu ise kısa çalışmanın amacını şu şekilde ifade etmektedir;

“...Ekonomik kriz dönemlerinde, işletmeler öncelikle küçülme yoluna başvurmakta, bu bağlamda da ilk olarak işçilerin iş sözleşmelerinin feshi gündeme gelebilmektedir. Buna karşılık işçileri işten çıkarmak istemeyen işverenler, bu dönemde çalışma süresini azaltarak üretimi kısmak suretiyle, hem stoklarını eritmekte hem de işçilere daha az ücret ödeme yoluna giderek giderlerini azaltmayı tercih edebilmektedir. Bu yöntem ilk bakışta işverenin lehine olmakla birlikte, kural olarak işçilerin de tercih edebilecekleri bir yol olabilmektedir. Zira işçi de işini kaybetmemektedir. Bilindiği gibi, işletmenin ekonomik kriz içinde olması, işverene iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi bakımından denetimli bir yetki vermektedir. İşveren işletmenin mevcudiyetini ve devamlılığını sağlamak için, işçilerin iş sözleşmelerinde değişiklik yapmak istediğinde, işçi bu değişikliği kabul etmezse, iş güvencesi hükümlerine göre, işçinin iş sözleşmesini feshetme olanağına sahip olabilmektedir (İşK m.22). Dolayısıyla işini kaybetme riski altına bulunan işçiler de kısa çalışma yapılmasına taraftar olabilmektedir”⁴³⁴.

⁴³⁴ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.500.

Dolayısıyla Caniklioğlu da; kısa çalışmayı; feshin son çare olması ilkesinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayan iş hukuku kurumlarından biri olarak değerlendirmiştir.

Yargıtay da kısa çalışmayı, feshin son çare olması ilkesinin en önemli uygulamalarından biri olarak kabul etmiş, ekonomik kriz dönemlerinde, kriz yönetiminde (disiplininde) önemli bir yere sahip olan kısa çalışmanın, işverenin feshe gitmeden önce işletmesinin içinde bulunduğu sıkıntıyı gidermesi anlamında kanunun getirdiği nimetlerden biri olduğuna ve bu nedenle işverenin bu uygulama ile sorununu özemiyorsa son çare olarak feshe başvurabileceğine hkmetmiřtir⁴³⁵.

Ekmekçi, Yargıtay'ın, işverenin feshe karşı son çare anlamında başvurması gerektiği önlemlerden birinin de kısa çalışma olduğunu ifade ettiği kararlarındaki bu görüşünün, kısa çalışmanın, işverenin dilediği zaman tek taraflı olarak gidebileceği bir uygulama olmaması, bunun için öncelikle Bakanlığın duruma açıklık getirmesi gerektiği, bunun ise işvereni zor duruma dseceğinin açık olması nedenleriyle kabul edilemeyeceğini ifade etmiřtir⁴³⁶. Nitekim yazar, 2008 yılında Bakanlığın yapmış olduğu ekonomik krizin varlığına ilişkin açıklamanın 2008 yılının sonlarına doğru olduğunu, bu nedenle İş-Kur'un ancak bu dönemden sonra kısa çalışma başvurularını değerlendirebildiğini, işverenin bundan önce olmayan bir uygulamaya başvurmasını beklemenin ve bunu feshin geçerliliği konusunda bir ölçüt olarak belirlemenin doğru olmadığını düşünmektedir. Bu nedenle işveren feshe karşı son çare olması bakımından kısa çalışmaya başvurmakla yükümlü tutulamaz. Zira kısa çalışma uygulamasına başvurmak, işveren bakımından bir zorunluluk olarak değerlendirilemez. Bu sadece işverenin ekonomik krizi aşmak için kendisine tanınmış olan bir hak olup yükümlülük değildir. İşyerini etkileyen ekonomik krizi işverenin ne şekilde aşacağı, kısa çalışmanın iş ilişkisinin devamı bakımından gerekli yararı sağlayıp sağlamayacağı tamamen işverenin takdirindedir. Kaldı ki, kısa çalışmanın da her zaman işçinin lehine bir uygulama olduğu ileri sürülemez.

⁴³⁵ Y.9HD, 2006/36997E, 2007/8174K, 22.03.2007.t, Y.9HD, 2009/39824E, 2009/29938K, 02.11.2009.t, Y.9HD, 2009/42251E, 2009/33714K, 7.12.2009.t.

⁴³⁶ Ekmekçi, Kısa alışma, s.59.

Ekmekçi'nin bu görüşü eleştirilebilecek niteliktedir. Kısa çalışmayı işverenin içinde bulunduğu durumdan kurtarmak anlamında sadece işverene tanınan bir imkân olarak görmek mümkün değildir. Zira bu durumda işverenin fesihten önce başvurması gereken daha hafif alternatif tedbirlerden bahsedilemeyecek, işveren hepsi bakımından takdir hakkını kullandığını ileri sürebilecektir. Oysaki işverenin daha hafif önlemlere başvurması feshin geçerliliği bakımından bir inisiyatif değil zorunluluktur.

Esasen işletme gerekleri ile feshin geçerliliği hususunda kısa çalışmanın işlevi başlı başına bir araştırma konusu olmakla birlikte biz bu düşüncelere kısa çalışmanın amacını gerçekleştirmedeki sürece katkısı olması bakımından yer vermek istedik. Buradan çıkarılan sonuç, kısa çalışmanın işletme gerekleri ile fesihten önce alternatif olarak gidilebilecek önlemlerden biri olarak olması ve amacının bu çerçevede belirlenmesi gerektiğidir.

1.1.3.1.4. Feshin Son Çare Olması Açısından Kısa Çalışmanın Denenmek Zorunda Olmasının İşverenin Yönetim Hakkına Müdahale Niteliğinde Olup Olmadığı

İşletme gerekleri ile fesihten önce daha hafif bir tedbir olarak -yani kısa çalışmanın hizmet ettiği amaç bakımından- kısa çalışmanın denenmiş olunmasını aramanın, işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu husus, çok temel bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Zira her ne kadar ölçülülük denetimi, medeni hukuka hâkim doğruluk ve güven kurallarının bir neticesi olmakla birlikte, bu ilkenin aşırı bir biçimde uygulanması, işverenin ekonomik kararlarının, hâkimin denetimi ve tercihine açılması ile işverenin fesih hakkının kanunun öngörmediği şekilde sınırlandırılması sonucunu doğurur⁴³⁷. Zaten bu kaygı nedeniyle gerek Türk Hukuku bakımından gerekse de karşılaştırmalı hukuklarda, kısa çalışmanın ölçülülük ilkesi ve feshin son çare olması bakımından başvurulması gereken daha hafif bir tedbir

⁴³⁷ Alp, Ölçülülük İlkesi, s.1533.

niteliğinde olup olmadığı kesin olarak cevaplanamamıştır. Alman Mahkemesinin 1964 tarihli kararı; işverenin ekonomik darboğazdan çıkmak için adımlar atması gerektiğini, ancak işverenin hangi tedbirleri alacağını onun işletmesel karar özgürlüğü kapsamında olduğunu, objektif, makul olduğu ve keyfi olmadığı sürece bu konuda amaca uygunluk denetiminin yapılamayacağı belirtilmektedir. Ancak mahkemeye göre, bu durum aynı zamanda tarafların menfaatleri arasında bir değerlendirme yapılmasını da dışlamaz ki, bu değerlendirme kapsamında işletme gereklerinin, fesih dışında kısa çalışma ile sağlanıp sağlanamayacağı denetlenir. Bu anlamda, eğer ekonomik dar boğazdan kurtulmak için kısa çalışma uygulanması mantıklı ve mümkün görünüyorsa, bu uygulamaya gidilmeden iş sözleşmesinin feshinde acil işletme gereklerinin varlığından söz edilemez.

Federal İş Mahkemesinin 1989 yılında verdiği bir kararında, sürekli iş gücü azalmasının mevcut olduğu durumlarda, kısa çalışma ile fesihten kaçınma imkânı bulunmadığından personel azaltımının zorunlu olduğu kabul edilmiştir.

Doktrinde, işverenin fesih yerine kısa çalışmaya başvurmasını beklemenin onun işletmesel karar özgürlüğünü ihlal edip etmediği tartışılmış ve fakat kesin bir yargıya ulaşılamamıştır.

Astarlı'ya göre; ekonomik kriz neticesinde, ortaya çıkan talep azalması nedeniyle üretimin düşmesi ve bu bağlamda işyerinde işgücü ihtiyacındaki azalma ile personel fazlalığının ortaya çıkması durumunda, bu fazla personelin yaratacağı ekonomik yükün doğuracağı riski üzerinde taşımak istemeyen işverenin, işgücü ihtiyacıyla personel miktarını birbiriyle uyumlaştırmak istemesi bir işletmesel karardır. Ancak bu karar neticesinde kimi işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi başlı başına bir işletmesel karar olmayıp, işletmesel kararın amacının gerçekleşmesinin sağlanması için uygulanan bir işletmesel tedbirdir⁴³⁸. Dolayısıyla işletmesel karar denetim dışı olsa da, işverenin bu karar neticesinde uyguladığı tedbirler mahkemelerin denetimine tabidir. İşletmesel kararlar sadece açıkça tutarsız

⁴³⁸ Astarlı, Ekonomik Kriz, s.83; Kılıçoğlu/Şenocak, C.I, s.267.

ve keyfi olup olmadığı yönleri ile denetlenebilir. Bunun dışında işveren, işletmesel kararın amacını ve içeriğini serbestçe belirleyebilir. Bu anlamda yazara göre işverenin fesihden evvel kısa çalışma tedbirine başvurup başvurmadığının denetimi, onun işletmesel kararlarına müdahale niteliği taşımayacaktır.

Kılıçoğlu/Şenocak'a göre, işletmesel kararın denetlenemeyeceği düşüncesi, iş hukukunun getirdiği iş güvencesi sistemini anlamsız kılar; zira bu durumda işveren her türlü işletme gerekleri ile feshin denetiminden, feshin açıkça kötüye kullanıldığı haller hariç, fesih kararının da bir işletmesel karar olduğu ve bu nedenle mahkemelerin denetimi dışında buldukları savunmasıyla kurtulmuş olur⁴³⁹. Yazar, Astarlı ile hem fikir olduğu düşüncesini daha da ileriye götürmekte, sadece işletmesel tedbir niteliğindeki feshin değil, bu feshe götüren işletmesel kararın da denetlenebileceğini öngörmektedir.

Yargıtay da iş sözleşmesinin feshiyle gidilmek istenilen amaca uygun, daha hafif, somut ve belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığı değerlendirmesinin yapılmasının işverenin tekelinde olmadığını ve bu yönde işletmesel kararın gerekliliğinin de denetlenebileceğini ifade etmiştir⁴⁴⁰.

O halde, işgücü ihtiyacının geçici olarak azaldığı durumlarda işletme gerekleri ile fesihle, fesihle gidilen amacın gerçekleştirilmesinin fesih dışındaki daha hafif bir tedbirle sağlanmasının mümkün olup olmadığının hâkim tarafından denetlenmesi, işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale niteliği taşımayacağı sonucuna varılacaktır. Zira burada denetime tabi tutulan işletmesel kararın kendisi değil bu kararın uygulanmasını ve amacın gerçekleştirilmesini sağlayan işletmesel tedbirdir; denetleme konusu ise işletmesel amaca fesih dışında aynı ölçüde etkili başka bir tedbirle ulaşmanın mümkün olup olmadığıdır. İşverenin ekonomik kriz nedeniyle katlanmak zorunda kaldığı işletme riskini, iş sözleşmesinin feshi yerine, kanunun tanıdığı bir imkân olarak kısa çalışmayı tercih ederek fesih ile aynı etkiyi

⁴³⁹ Kılıçoğlu/Şenocak, C.I, s.267; Ali Güzel, **İşletmesel Kararın Keyfilik Denetimine Tabi Tutulması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare İlkesinin Getirilmesi**, ÇT, 4, 2005, s.169.

⁴⁴⁰ Y.9HD, 2009/5133E, 2009/11695K, 27.04.2009.t.

doğuracak şekilde defetmesi mümkün ise, bu durumda işletmesel kararın muhatabı olarak işçinin menfaatleri dikkate alınır. Zira işveren kısa çalışmayla, iş gücü ihtiyacına kıyasla fazla olan personelin ücret yükünden kurtulmakta, iş sözleşmeleri askıya alınmakta ve işçiler şartların oluşması halinde ücretlerini işsizlik sigortası fonundan karşılamaktadırlar. Bu durumda riskin geçici bir dönem işveren üzerinden alınması söz konusudur.

1.1.3.2. İstihdamın Sağlanması ve İşsizliğin Önlenmesi ile İş Sözleşmelerinin Devamlılığını Sağlama Açısından

Kısa çalışma niteliği itibariyle sadece iş hukukunu ilgilendirmez. Bu uygulama hukuki sonuçları bakımından ayrıca sosyal hukukun da konusudur. Şöyle ki, kısa çalışmanın amaçlarından biri olan işverenin işletmesinin devamlılığını sağlayarak fesihden kaçınılması işçiyi koruma amaçlıdır. Böylece bireysel anlamda işçinin işini kaybetmesinin ötesinde ülkedeki işsizliğin artması önlenmiş olacak, genel anlamda ise işletmenin ülke ekonomisi için yaratacağı artı değer varlığı devam ettirilerek ekonomik büyümedeki etkisi sürdürülmüş olacaktır.

Bayhan, İş Kanunu'nda; kriz dönemlerinde istihdamı koruma maliyetlerinin azaltılarak çalışılmayan dönem ücret yüklerinin bir süre devlet tarafından karşılanmasını, işyerlerinin kapanmasının önlenerek işletmelerin devlet desteğiyle devamlılığının sağlanmasını, istihdamın ve üretimin daralmasının önlenerek istihdamın korunmasını, nitelikli işçilerin kaybedilmeyerek üretime her an hazır bulunmalarının sağlanmasını, nitelikli iş gücünün muhafazası sayesinde üretim kalitesinin ve böylece rekabet gücünün korunmasını ve bu şekilde işverenlerin ekonomik krizden en az hasarla çıkmasını sağlayıcı mevzuat düzenlemelerine yer verildiğini ve iş mevzuatında bu amaçla yapılan düzenlemelerden birisinin de kısa çalışma ve kısa çalışma yönetmeliği olduğu ifade etmiştir⁴⁴¹.

⁴⁴¹ Tevfik Bayhan, **Kısa Çalışma ve İş Sözleşmesi Feshinin Son Çare Olması İlkesi**, Yaklaşım Yayıncılık, Mayıs 2009, s.5.

Hekimler'e göre, yasa koyucunun kısa çalışma uygulamasını getirmekteki amacı, ücretsiz izin uygulaması yerine işçilerin kısa çalışma yaparak istihdamının devamını sağlamak olup; ücretsiz izin uygulamasına göre kısa çalışma uygulaması her iki taraf lehine de daha verimli sonuçlar doğuracaktır⁴⁴².

Subaşı'na göre; kısa çalışmanın amacı; ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerle iş hayatında sıkça görülen ücretsiz izin uygulamalarına son vermek ve işçilere sınırlı da olsa gelir güvencesi sağlamak ve bu anlamda istihdamın devamlılığını sağlamaktır⁴⁴³.

Kutal, kısa çalışmanın amacını, işverenler, işçiler ve kamu yönetimi bakımından üçe ayırmakta; kısa çalışmanın işverenler bakımından getirdiği yararı, esnekliğe olanak vermek, endüstri ilişkilerinin olumsuz etkilerini azaltmak, insan kaynakları yönetiminde sorun yaratmamak, iş sözleşmelerindeki devamlılık sayesinde üretimde istikrar sağlama ve devletin mali desteğinden yararlanmak şeklinde ifade etmektedir⁴⁴⁴.

Avrupa Birliği ülkelerinde kısa çalışmayı düzenleyen girişimlerin asıl amacı, geçici kriz dönemlerinde hem işletmeleri, hem de işçileri korumak; böylece globalleşen dünyada işverenlerin rekabet gücünü korurken işsizlikle savaşmak, işsizlik sigortalarının yükünü hafifletmek ve istihdamın devamlılığını sağlamak olarak ifade edilmiştir⁴⁴⁵.

Kısa çalışma uygulamasıyla işçinin geçici bir dönem ücretinde azalma olsa da (veya hiç çalışmama halinde ücret almaksızın kısa çalışma ödeneğinden yararlanma suretiyle geçinme), kendisi için daha hayati bir önem taşıyan işini kaybetmez, işletmenin sürekliliğinin sağlanması suretiyle işinin devamlılığı yani iş güvencesi

⁴⁴² Alpay Hekimler, **Avrupa Hukuku Işığında Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yeni Hükümler**, Çimento İşveren, Mart 2004, S.2, C.18, s.7.

⁴⁴³ İbrahim Subaşı, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, A.Tuncay'a Armağan, s.348.

⁴⁴⁴ Metin Kutal, **İstihdam Politikasının Bir Aracı: Kısa Süreli Çalışma**, Y.2, S.6, Mercek 1997, s.30.

⁴⁴⁵ Kutal, **İstihdam Aracı**, s.32.

temin edilmiş olur. Nitekim bu husus, 4857 sayılı yasanın yürürlükten kaldırılan 65.maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu düzenleme ile bir ekonomik krizde veya zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, iş yerinde işçiler arasında tenkifat yapma yerine, işçilerin tamamının veya bir kısmının geçici olarak ücretsiz izne çıkarılması ekonomik ve sosyal politika olarak tercih edilmekte, işçilerin geçici olarak ücretsiz izne çıkartılması geçici işsizlik olarak nitelendirilmekte ve işsizlik sigortasından “kısa çalışma ödeneği” almaları öngörülmektedir”.

Görüldüğü gibi, kısa çalışma uygulaması etkisini öncelikle işçinin çalışma süresinde ve dolaylı olarak da ücretinde göstermekle birlikte, bu uygulamanın temelinde yatan neden, gerek iş sözleşmesinin taraflarının durumları ve gerek ülke ekonomisinde doğuracağı doğrudan ve dolaylı sonuçları itibariyle kamu menfaatleri bakımından işletmenin ve işin devamlılığını sağlamaktadır. Aslında kısa çalışma uygulaması ile işverenin üzerinde olan işletme riskleri ve ekonomik riskler, iş sözleşmesinin tarafları arasında dağılmakta ve kısmen de işçinin üzerinde bırakılmaktadır⁴⁴⁶. Ancak kısa çalışmadan kaynaklanan risk sadece işçi ve işveren üzerinde kalmamakta, kamusal yönü dolayısıyla devletin de bu riske ortak olması gerektiği kabul edilmektedir.

Pirler’e göre de, istihdam yaratmanın maliyetinin giderek yükseldiği ve işsizlik oranının %11’den %14-15’lere çıktığı bir dönemde, kısa çalışma gibi bir müessesenin işletmelerin küçülmesi ve mevcut işgücünün işsiz kalmasını önleme bakımından taşıdığı önem tartışmazdır. Bu nedenle Avrupa ülkelerinin birçoğunda da mevcut kısa çalışma mekanizmaları kriz şartları gözetilerek revize edilmiş ve kısa çalışma uygulamalarına imkânlar tanınmıştır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.350.

⁴⁴⁷ Bülent Pirler, **Kısa Çalışmada Yeni Düzenleme Gerekıyor**, Mercek, Nisan 2010, s.56.

Caniklioğlu'na göre de;

“Kısa alışma uygulamasının, işçi ve işveren bakımından yararı yanında, toplumsal boyutu da bulunmaktadır. Kısa alışma, ekonomik kriz dönemlerinin işverence daha hafif atlatılmasına olanak sağladığı için, toplu işçi çıkarılması engellenmekte, bu gibi dönemlerde işsizliğin sosyal sorun haline gelmesinin önüne geçilmektedir. Gerçekten de kısa çalışma uygulamasının en önemli amacı, işsizliğin önlenmesinde ve işçinin işini korumasında en etkili araçlardan biri olmasında yatmaktadır”.

Bütün bu yaklaşımların gerisinde, kısa çalışmanın da aslında bir tür işsizlik olduğu, işçilere ve işverenlere böyle bir olanak tanınmazsa, işverenlerin işçilerini ücretsiz izne çıkararak işletmelerinin içinde bulunduğu gücülüğü aşmaya çalışacakları, işçilerin de gelir güvencesi olmayan bu duruma katlanamayacakları için iş sözleşmesini feshedebilecekleri ve her durumda işsizlik sigortasından ödeneğe hak kazanabilecekleri düşüncesi yer alır.

Yasanın belirli koşullarda işverene böyle bir olanak tanınmasının temelinde, işçilerin ve istihdamın korunması düşüncesi yer alır. Nitekim İş Kanunu'nun kısa çalışmaya ilişkin madde gerekçesinde, özellikle genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle çalışma hayatında sıkça görülen işçilerin ücretsiz izne çıkarılması uygulamasının önüne geçilmesi ve işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amaçlı, kısa çalışma ve kısa çalışma deneği kavramlarının öngörüldüğü belirtilmektedir.

Öte yandan, kısa çalışmanın yasal olarak düzenlenmesi, işvereni ve işletmeyi koruyucu bir nitelik de taşır. şöyle ki, bu uygulama öncelikle işverenin yüksek işten çıkarma maliyetlerine katlanmasını ve vasıflı işçilerini yitirmesini önler. İkcinci, işletmelere zaman kazandırarak nitelikli işçilerinin de yardımıyla üretimlerini yeniden yapılandırıp modernleştirme olanağı sağlar. Bu arada, işçilerin de üst ya da yeniden eğitimle değişime uyum sağlamalarına ya da daha kolay yeni bir iş bulmalarına yardımcı olur. Ayrıca, kısa çalışma uygulaması, azalan işgücü ihtiyacını çalışanlar arasında paylaştırması nedeniyle işçilerin işverene olan sadakat duygusunu

ve çalışma arkadaşlarıyla aralarındaki dayanışma ruhunu güçlendirdiği için, işin kalitesini ve işçilerin güvenilirliğini de artırır. Bu şekilde, bir yandan işverene ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebeplerden kaynaklanan güçlükleri aşabilme olanağı tanınırken, diğer yandan işletmenin güçlendirilmesi ve işçilerin istihdam edilebilirliğinin artırılması suretiyle istihdam korunmuş olur. Bu sayede işçiler de işini kaybetmemiş olur.

Kısa çalışma ekonomik kriz dönemlerinin işverenlerce daha hafif atlatılmasına olanak sağladığı için, toplu işçi çıkarmalarını engellemekte, bu gibi dönemlerde işsizliğin sosyal sorun haline gelmesinin önüne geçmektedir⁴⁴⁸. Yani kısa çalışma uygulamasının en önemli yararı, işsizliğin önlenmesinde ve işçinin işini korumasında etkili araçlardan biri olmasında yatmaktadır.

1.1.3.3. Sosyal Açıdan Amacı: Kısa Çalışma Ödeneği

Kısa çalışmanın yaratması muhtemel tüm sonuçlarının önemi itibariyle devletin de bu uygulamayla ortaya çıkan risklere ortak olması gerektiği düşünülmüştür. Bunun neticesinde kısa çalışma ile işletmedeki ekonomik riske ortak olan işçi bakımından yegâne geçim kaynağı olan ücretindeki eksilmenin önemi dikkate alınarak sosyal hukuk düzenlemesi kapsamında telafi edilmesi amaçlanmıştır. Bu itibarla kısa çalışmanın sosyal hukuk içindeki yansıması kısa çalışma ödeneğidir. Kısa çalışma ödeneğinin nitelik itibariyle kısa çalışmadan daha dar bir kavram olduğu söylenebilir⁴⁴⁹. Kısa çalışmanın şartlarının ve uygulamasının belirlenmesi İş Hukuku kapsamında iken; sosyal hukuku ilgilendiren kısmı, kısa çalışma ödeneğidir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Kutal, İstihdam Aracı, s.29vd; Süleyman Başterzi ve Mehmet Ali Şuğle, **İstihdam ve Danışmanlık Hizmetlerinin Hukuksal ve Toplumsal Yönleri**, Ankara 1999, ss.44–45; Devrim Ulucan, **AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri**, Mercek, Temmuz 2003, s.66.

⁴⁴⁹ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.351.

⁴⁵⁰ Alman hukukunda kısa çalışma yasal olarak düzenlenmemiştir. Ancak feshe karşı koruma yasasının 19. maddesinde toplu işçi çıkarma prosedürü kapsamında işverene bu konuda bir yetki verilmiş olup buna göre eğer işveren aynı yasanın 18. maddesinde öngörülen sürede yani toplu işçi çıkarmaya ilişkin fesihlerin geçerli olacağı süre içerisinde işçileri istihdam edebilecek durumda değilse işçi bulma kurumu işverene bu süre içerisinde kısa çalışma uygulaması için izin verebilir. Bunun dışında kısa çalışmayı iş hukuku anlamında tanımlayan ve/veya düzenleyen bir hüküm

Başterzi'ye göre; temelinde iş güvencesi sağlamayı ve istihdamın korunmasını hedefleyen kısa çalışma uygulamasının işçiler bakımından katlanılabilir olmasını sağlamak üzere birçok ülkede gelir güvencesi sağlayıcı mekanizmalar geliştirilmiş ve böylece sosyal hukuk kurumlarıyla tamamlanmaya çalışılmıştır. 4857 sayılı Türk İş Kanunu'nda da bu yaklaşımla kısa çalışma ilişkisi düzenlenmiş ve işçilerin kısa çalışma nedeniyle uğrayacakları gelir kayıplarının belirli koşullarda işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği verilerek bir ölçüde giderilmesi öngörülmüştür⁴⁵¹.

Kısa çalışma yaptırılmasında, İşsizlik Sigortası Fonunun gelirlerinin korunması bakımından da yarar vardır. Zira bu yöntemle, işverenin işçileri işten çıkarmasının önüne geçildiği için, Fonun işsizlik ödeneği verilmesinin dışında, bu işçiler için yeni bir işe yerleştirme masrafları da engellenmiş olmakta, Fon sadece kısa çalışma ödeneği verilmesi ile yükümlü tutulmaktadır. Yani bu gibi durumlarda kısa çalıştırılan işçilerin ortaya çıkan gelir kayıpları Avrupa ülkelerinde olduğu gibi hukukumuzda da belirli koşullarla işsizlik sigortası tarafından kısa çalışma ödeneği ödenmek suretiyle karşılanmaktadır. Bu konuyla Kanun'un Ek 2.maddesindeki düzenleme, işçiye işsizlik sigortasından belli bir gelir sağlamayı hedefleyen bir görünümde dir.

bulunmadığı Alman Hukukunda kısa çalışma ödeneği ve bu ödeneye hak kazandıran sebepler Sosyal Yasanın III. Kitabının 169 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Alman hukukunda hâkim olan görüş, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinin ve bunlara ilişkin şartların ayrı ayrı değerlendirilmesi yönündedir. Zira egemen görüşe göre; kısa çalışma iş hukukunun konusu iken kısa çalışma ödeneği kamu yararı nedeniyle kural olarak işverenin üzerinde olan işletme ve ekonomik riskin paylaşılmasına dâhil olan devlerin, iş sözleşmesi taraflarını sübvansane etmesi anlamında sosyal hukukun konusudur, aktaran, Astarlı, Çalışma Süreleri, s.362, dn.682.

⁴⁵¹ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.64.

Caniklioglu'na göre de;

“kısa çalışma yaptırılmasında, İşsizlik Sigortası Fonunun gelirlerinin korunması bakımından da yarar bulunmaktadır. Çünkü bu şekilde, işverenin işçileri işten çıkarmasının önüne geçildiği için, Fonun, işsizlik ödeneği vermesinin dışında, bu işçiler için yapacağı yeni bir işe yerleştirme masrafları da önlenmiş olmakta, Fon sadece kısa çalışma ödeneği vermek ile yükümlü olmaktadır”.

Böylece kısa çalışma, geçici ekonomik kriz dönemlerinde, toplu işçi çıkarılmasının işletmelere getireceği yüklerden kurtulmalarını sağlayarak işverenlerin bu dönemleri daha hafif atlatalmalarına olanak tanıdığı ve bu tür işten çıkarmaların yaratacağı sosyal sorunları da engelleyici nitelikte olduğu, ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları önleyen bir araç olması bakımından önem arz ettiği, işten çıkarmanın bir alternatifi olarak bir iç esneklik biçimi, işçiler açısından iş güvencesi olduğu, bu uygulama ile ekonomik durgunluk döneminde dahi iş sözleşmesinin devam ettiği ve işverenin iş sözleşmesinin feshinin neden olabileceği önlemleri almaktan kurtulacağı, işçiye yapılacak ödemelerin devlet tarafından destekleneceği, işçilerin işten toplu olarak çıkarılmalarını önleyecek esnek bir çalışma olduğu ifade edilmektedir⁴⁵².

1.1.4. Sözleşmesel Kısa Çalışma

1.1.4.1. Genel Olarak

Bilindiği üzere iş sözleşmesi, sözleşmenin tarafları arasında bir borç ilişkisi kurmaktadır. Bu ilişki dolayısıyla işçinin temel edim yükümü, işverene bağımlı olarak iş görmek, işverenin ki ise, bu çalışmanın karşılığında işçinin ücretini ödemektir. İşverenin işçiyi sözleşmede belirlenen miktardan az çalıştırması yani daha açık bir ifadeyle sözleşmede belirlenen çalışma sürelerinden daha az bir süre çalıştırması durumunda işverenin temerrüde düştüğü kabul edilir. Zira iş görme edimini sözleşmede belirlenen süreler itibariyle işverenin emrine hazır bulunduran

⁴⁵² Günay, Şerh, s.2041.

işçi karşısında işverenin iş görme ediminin alacaklısı olarak kabulden kaçınması söz konusudur ki bu açık bir şekilde BK m.325 anlamında bir alacaklı temerrüdüdür.

Bu itibarla işverenin, kendi tek taraflı iradesi ile işçiyi sözleşmede belirlenenden daha az bir süre çalıştırması, diğer bir ifadeyle sözleşmedeki normal çalışma sürelerini azaltması mümkün değildir. Zira bir iş ilişkisinde çalışma sürelerinin azaltılması aksi kararlaştırılmamışsa doğrudan buna bağlı olarak ücretin azaltılması sonucunu doğurur ki taraflarca sözleşmede kararlaştırılan ücretin sonradan işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesi, bu değişiklik çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliği taşıdığından söz konusu olamaz⁴⁵³.

Astarlı'ya göre; işverenin tek taraflı olarak çalışma sürelerini, buna bağlı olarak da işçinin ücretini azaltabilmesi ancak kendisine bu konuda verilmiş bir yetkinin bulunması halinde mümkün olabilir. Bu itibarla işverenin geçici bir süre işyerinde kısa çalışma esasını uygulayabilmesi için bunun hukuki bir dayanağının olması gerekir. Dolayısıyla kendisine verilmiş akdi veya kanuni bir yetki olmaksızın kısa çalışma uygulaması, işveren tarafından alacaklı temerrüdü neticesi doğurur⁴⁵⁴.

İşverenin yönetim yetkisine dayanarak tek taraflı olarak çalışma sürelerinde geçici olarak indirim gitmesi ve bu vesileyle de işçiye ödeyeceği ücrette tasarruf etmesi kural olarak mümkün olmamakla birlikte bu yetkinin işverene tanınması ve bu surette kısa çalışma uygulamasına gidebilmesi mümkündür.

İşte İşsizlik Sigortası Kanunu'nda düzenlenen kısa çalışma, işverene bu anlamda bizzat yasa tarafından tanınan ve tek taraflı uygulama yetkisi veren bir düzenlemedir. Bu 4447 sayılı Kanun anlamında işverene kanuni olarak verilen kısa çalışma yaptırma yetkisidir.

⁴⁵³ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.361.

⁴⁵⁴ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.366vd.

Ancak Astarlı'ya göre; işverenin kısa çalışma uygulamasına gidebilmesi, sadece kanunun kendisine verdiği bu yetki çevresinde gerçekleşmemektedir. Koşullarının oluşması durumunda kısa çalışma, toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılabilecek, iş sözleşmelerine bu konuda düzenleme koyulabilecek ve tarafların bu konuda anlaşmaları da onları yasaya bağlı kalmaksızın kısa çalışmaya götürebilecektir⁴⁵⁵. Çünkü yazara göre; kanun koyucu kendi belirlediği ideal şartlar altında işverene, başkaca bir düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın kısa çalışma uygulayabilme yetkisi vermiş olup, bunun kanuna uygunluğunun denetlenmesini de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na⁴⁵⁶ vermiştir. Bu, kanun koyucunun diğer hukuk kaynaklarıyla da işverenin kısa çalışma bakımından yetkilendirilmesini istediği anlamına gelmektedir. Bu itibarla örneğin, bir iş sözleşmesinde taraflar, sözleşme serbestisi kapsamında işletme gereklerine dayanan nedenlerle tek taraflı olarak kısa çalışma yaptırabileceğini kararlaştırmışlarsa, bunun İşsizlik Sigortası Kanunu Ek m.2 (İşK'nun mülga 65.maddesi) kapsamında geçersiz olduğu söylenemeyecektir. İşveren sözleşmeden doğan yetkisini kullanarak şartları oluştuğunda kısa çalışma yaptırabilecek yani tek taraflı iradesi ile işçinin çalışma süresinde ve buna bağlı olarak da ücretinde indirim yapabilecektir.

Astarlı'ya göre; Türk İş Hukukunda kısa çalışmanın kanuni temeli, İşK'nun mülga 65.maddesinde (İşsizlik Sigortası Kanunu Ek 2. maddesinde) vücut bulmaktadır. Bu düzenlemede kanun, aslında kısa çalışmayı tanımlamamakta, bununla birlikte hangi hallerde işverenin yönetim yetkisine dayanarak tek taraflı olarak kısa çalışma kararı alabileceğini düzenlemektedir. Ancak İş Kanunu mülga m.65 (İşsizlik Sigortası Kanunu) kısa çalışmanın sadece kanuni dayanağını düzenlemiş olup diğer hukuk kaynakları ile kısa çalışmanın düzenlenmesi konusunda

⁴⁵⁵ Alman İş Hukukunda kısa çalışmanın kaynakları konusunda hâkim görüş bu şekilde olup, Federal İş Mahkemesi de bu görüşü paylaşmaktadır(BAG 14.02.1991, NZA 1991, s.607vd.). Alman hukukunda kısa çalışmanın kaynakları bu şekilde belirlenmekle birlikte, kısa çalışmanın uygulanması aşamasında, Türk Hukukunda bulunmayan İşletme Konseyinin çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılmasında ve artırılmasında İşletmelerin Esas Teşkilatı Hakkında Kanun'un (Betriebsverfassungsgesetz) 87. maddesinden doğan zorunlu bir katılım hakkı mevcuttur, Alman İş Hukukunda kısa çalışmanın kaynakları konusunda hâkim görüş bu şekilde olup, Federal İş Mahkemesi de bu görüşü paylaşmaktadır(BAG 14.02.1991, NZA 1991, s.607vd.), Astarlı, Çalışma Süreler, s.356, dn.740.

⁴⁵⁶ 6111 sayılı Kanun değişikliği sonrası İş-Kur'ca yapılacaktır.

bir hüküm içermemektedir. Buna göre, diğer hukuk kaynaklarınca kendisine bırakılmış bir yetki bulunmadıkça işveren ancak kanunda yer alan nedenler ve koşulların varlığı halinde işçilere kısa çalışma yaptırabilecektir⁴⁵⁷.

Kısa çalışma, aşağıda ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere şartları ve neticeleri bakımından çok sıkı şekil koşullarına bağlanmıştır. Kısa çalışmanın varlığının tespiti, ilgili Kurum tarafından yapılacak ve bunun neticesinde kısa çalışma yapan işçilere kısa çalışma ödeneği ödenecektir. Oysaki işverenin ister toplu iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesiyle isterse tarafların anlaşmaları suretiyle gittikleri kısa çalışma uygulamasında, kanunda aranan bu şartların varlığı gerekmez. Örneğin kanunda düzenlenen kısa çalışma uygulaması neticesi kısa çalışma ödeneğinden faydalanmak için işçilerin işsizlik ödeneği kazanma koşullarını sağlamış olmaları gerekmektedir. Oysaki işverenin işçi ile anlaşarak gideceği kısa çalışma neticesinde belirli bir gelirin öngörülmesi böyle bir şarta bağlı değildir. Yine kanunda düzenlenen kısa çalışmaya gidilebilmesi için, kısa çalışmayı gerektirecek olgulardan genel ekonomik, bölgesel ve sektörel krizin, Kurum Yönetim Kurulunca karara bağlanması ve Kurum yetkililerince uygunluk tespiti ile tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak işverenin gideceği kısa çalışmada böyle bir uygunluk tespitinin varlığı gerekmez. Ama gerek işverenin gideceği kısa çalışma gerekse de kanunda düzenlenen kısa çalışma, ekonomik kriz ve zorunlu şartların varlığı halinde mümkün olacaktır. Hatta işverenin sözleşmelere dayanarak ya da anlaşma suretiyle gidebileceği kısa çalışmanın bunlardan farklı nedenlere dayandırılabilmesi dahi mümkündür. Zira bu durum, işverenin herhangi bir nedenle ihtiyaç duyduğu halde gideceği iş sözleşmesi değişikliğinden farklıdır. Ayrıca işverenin İşK'nu mülga 65.madde (İşsizlik Sigortası Kanunu Ek 2. madde) haricinde gideceği bu kısa çalışma halinde, işçilere, sosyal güvenlik anlamında devlet tarafından yapılacak bir ödeme söz konusu değildir.

⁴⁵⁷ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.364.

Astarlı bu hususları şu şekilde ifade etmiştir:

“...işverenin kısa çalışma uygulayabilmesinin kaynakları çeşitlidir. İşverenin tek taraflı iradesi ile kısa çalışma yaptırabilmesi öncelikle bizzat kanun koyucunun bu konuda verdiği bir yetkiye dayanabilir. Kısa çalışma yaptırma yetkisinin kaynağı kolektif iş hukuku bakımından toplu iş sözleşmesi olabilecekken, bireysel iş hukuku kapsamında ya iş sözleşmesi ya tarafların anlaşması ya da değişiklik feshi olabilir. Bu nedenle Türk İş Hukuku bakımından kısa çalışmanın yegâne kaynağının Kanununun 65. maddesinin (4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek. md.2) işverene verdiği tek taraflı kısa çalışma uygulama yetkisi olmadığı kanaatindeyiz, yukarıda belirtilen diğer kaynakların (iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi...) varlığı halinde de Kanunda öngörülen şartlardan bağımsız olarak işveren, işyerinde veya işletmesinde kısa çalışma uygulayabilir. Zira kanun koyucu kendi belirlediği ideal şartlar altında işverene başkaca bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duymaksızın kısa çalışma uygulayabilme yetkisi vermiş olup bunun kanuna uygunluğunun denetlenmesi de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na verilmiştir, yoksa kanun koyucunun diğer hukuk kaynaklarıyla işverenin kısa çalışma bakımından yetkilendirilmesini engellemek istediği söylenemez. Bu itibarla örneğin bir iş sözleşmesinde taraflar, sözleşme serbestisi kapsamında karşılıklı iradeleri ile işverenin işletme gereklerine dayanan nedenlerle tek taraflı olarak kısa çalışma yaptırabileceğini kararlaştırmışlarsa, bunun İşK’nun 65. maddesi kapsamında geçersiz olduğu söylenemeyecek, işveren, sözleşmeden doğan yetkisini kullanarak şartları oluştuğunda kısa çalışma yaptırabilecek yani tek taraflı iradesi ile işçinin çalışma süresinde, bununla bağlantılı olarak da ücretinde indirim yapabilecektir⁴⁵⁸”.

Bu itibarla, kanımızca Astarlı’nın belirtmiş olduğu sözleşmesel kaynaklı kısa çalışma, koşulları ve sonuçları itibariyle, uygulamadaki ifadesiyle ücretsiz izin uygulamasına çok yaklaşacaktır. Ancak yazarın burada anlatmak istediği elbette ki sözleşmesel kısa çalışmanın ücretsiz izin uygulaması olduğu değildir. Zira yazar, sözleşmesel kısa çalışmanın da belirli olguların ortaya çıkması halinde gidilebileceğini, gidilecek kısa çalışma uygulamasının yasal kısma çalışmaya benzer olması gerektiğini, kısa çalışma uygulaması neticesinde işçiye asgari düzeyde de olsa belirli bir gelir güvencesinin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Oysaki uygulamada işverenler hiçbir gerekçe göstermesizin işçileri ücretsiz izne çıkarabilmekte ve adından da anlaşılacağı üzere işçilere bu süreçte herhangi bir ücret

⁴⁵⁸ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.362.

ödememektedirler. Bu doğrultuda sözleşmesel kısa çalışmanın da ücretsiz izinle farklı olduğu sonucuna varılacaktır.

Bunları açıklamaya başlamadan hemen önce belirtelim ki çalışmamız kapsamında anlattığımız kısa çalışma, 4447 sayılı Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan KÇY'nde düzenlenen yasal kısa çalışmadır. Fakat aşağıda yer verdiğimiz kaynaklar sözleşmesel kısa çalışmanın kaynaklarını oluşturmaktadır.

1.1.4.2. Toplu İş Sözleşmesi

Kısa çalışma kararının tek taraflı olarak alınabilmesi ve uygulanabilmesi anlamında, toplu iş sözleşmeleri bir hukuk kaynağı niteliği taşır⁴⁵⁹. Buna göre, toplu iş sözleşmelerinin yapılması aşamasında bu sözleşmeye taraf işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, sözleşmeye koyacakları bir kısa çalışma kaydıyla işverenin tek taraflı olarak kısa çalışma kararı alabilmesine ve bunun sonucunda da işçilerin çalışma süreleri ile dolaylı olarak ücretlerinde bir indirim yapmasına imkân tanıyabilirler.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği taraflara iş ilişkilerinin içeriğini de düzenleme imkânı vermiştir ki, içerik normları iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan emredici bir etkiye sahiptir. Kısa çalışma uygulaması da işçinin iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan çalışma süreleri ve ücreti üzerinde etki yaptığından, buna imkân veren bir toplu iş sözleşmesi hükmü, iş yeri düzenine ilişkin olmayıp doğrudan iş sözleşmesinin içeriğine ilişkindir.

İşverene toplu iş sözleşmesi ile tek taraflı olarak verilen kısa çalışma yaptırma yetkisi, kapsam, konu, sebep, süre vb. nedenlerle sınırlandırılabilir ki bu durumda kısa çalışmanın geçerliliği ancak bu şartların yerine getirilmiş olması halinde söz konusu olabilecektir.

⁴⁵⁹ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.367.

1.1.4.3. İş Sözleşmesi

İşverenin genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerin bulunması ve İşsizlik Sigortası Ek m.2'deki koşulların oluşması halinde yasal kısa çalışma uygulamasına başvurabileceğinden bahsettik. Ancak işveren, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerin bulunmadığı ve Bakanlık onayına gitmek zorunda kalmadığı şekilde de ekonomik sıkıntılarını aşmak için kısa çalışma uygulamasına gitmek isteyebilir. İşverenin bu durumda gideceği kısa çalışma sözleşmesel kısa çalışmadır. İşveren sözleşmesel kısa çalışma halinde çalışma sürelerinin azaltılması veya hiç uygulanmaması suretiyle işçisine ücret ödemekten kurtulmaktadır. İşverenin bu durumda gittiği kısa çalışma, yasal kısa çalışma olmadığı için de işçiler kısa çalışma ödeneğinden yararlanamamaktadırlar. Ekonomik riskin işçiye yüklenmesi anlamına gelen ve İşsizlik Kanunu Ek. 2. madde kapsamı dışında kalan bu kısa çalışma uygulaması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturur. Çünkü bu halde işveren çalışma koşullarından olan çalışma süresini tek taraflı olarak değiştirmekte ve süreyle bağlantılı olarak da işçinin ücretinde değişiklik yapmaktadır. İşverenin bu şekilde gideceği bir sözleşme değişikliğinin esaslı değişiklik sayılmasında ise tereddüt yoktur. Çünkü işveren tek taraflı olarak çalışma süresi ve ücrette indirim yapamaz. Bu nedenle İşsizlik Kanunu Ek.m.2 dışında kalan bu kısa çalışma uygulaması için İş Kanunu m.22 geçerli olacak ve İş Kanunu m.22'ye göre alınmış açık rızası olmadıkça kısa çalışma uygulaması işçiyi bağlamayacaktır. İşverenin iş sözleşmesinin devamı sırasında bu şekilde yapacağı sözleşme değişikliklerinin işçi tarafından kabul edilmesi halinde bir sorun yoktur. Zira İş Kanunu'nun 22/1 maddesi bu değişikliklere izin vermektedir⁴⁶⁰.

Başterzi'ye göre, işverenin işyerinde kısa çalışma yaptırma ihtiyacı, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebepler dışında bir olaydan kaynaklanıyorsa ya da bu sebeplerin işyeri üzerindeki olumsuz etkisi dört haftadan daha kısa süreliyse, işyerinde kısa çalışma yaptırılabilmesi işçilerin rızasına bağlıdır. İş koşullarında

⁴⁶⁰ Alp, s.195.

esaslı değişiklik oluşturacak bu uygulamaya gidebilmesi için işverenin İşK'nun 22. maddesine göre bu durumu işçilerine yazılı olarak bildirmesi gerekir⁴⁶¹.

Sektörel ya da işletmeyle sınırlı bir kriz ortaya çıktığında tüm işçilerin İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca rızasının alınmasının güç ve uzun bir süreç olması karşısında, işverenin iş sözleşmelerine, kısa çalışma uygulamasına tek yanlı olarak karar verebileceği kaydını koymakta bir menfaati olacağı düşünülebilir. Ancak işverene kısmen veya tamamen iş ilişkisini tek yanlı olarak askıya alma yetkisi tanınmanın yerindeleği şüphelidir. Bu yetkinin tanınmasının ilke olarak mümkün olabileceğini gösteren yasal düzenlemeler bulunduğundan bahsedilebilir. Bir yandan kısa çalışmanın yasada açıkça düzenlenmiş olması ve ekonomik zorlukların işçi çıkarmak yerine kısa çalışma ile aşılması amacını güden İşsizlik Kanunu Ek. m.2, diğer yandan feshin son çare olması ilkesi kapsamında işverenden kısa süreli çalışma uygulamasına başvurmasının beklenmesi, kısa çalışmaya feshe göre öncelikli bir iş güvencesi kurumu niteliği kazandırmaktadır.

Bununla birlikte kısa çalışma uygulama hakkının saklı tutulması, ekonomik riskin, kısa çalışma ödeneği de alınmayan durumlarda ağır bir şekilde işçiye yüklenmesi anlamına gelecek ve tek taraflı olarak işverenin ücret borcundan kurtulabilmesi gibi tereddütle yaklaşılmaması gereken bir sonuç doğuracaktır. Bu nedenle değişiklik kaydına dayanarak yapılan kısa çalışma uygulamasının hiçbir sınırlama olmadan geçerli olacağını kabul etmek doğru olmayacaktır⁴⁶².

İşverenin kısa çalışma uygulamasına geçme hakkını saklı tutmasına ancak iş güvencesi sağlamak amacı ile sınırlı olarak izin verilebilir. Bunun için de kısa süreli çalışma uygulamasına geçmek, sözleşme kaydında öncelikle işletme gerekleri ile feshin şartlarına bağlanmış olmalı, yani işyerinde iş gücü fazlalığı doğuran bir ekonomik neden bulunmalıdır. Özellikle açıklık ilkesine uygunluk burada özel bir önem kazanacaktır. Kısa süreli çalışma uygulamasının sadece geçici krizlerde faydalı

⁴⁶¹ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.64.

⁴⁶² Mustafa Alp, **İşverene Tek Taraflı Olarak Ücret Değişikleği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçüleri**, Legal 2009, S.21, s.14.

olabildiği dikkate alınırsa sözleşme kaydında süreye de yer verilmeli, bu süre İşsizlik Kanunu Ek. m.2'ye kıyasen üç ayı aşmamalı, ancak zorunlu hallerde ve en çok bir üç ay daha uzatılabilmelidir. İşverene iş ilişkisini tamamen askıya alma yetkisi tanınamayacağına göre, işçinin kısa çalışma ödeneğinden de yararlanamayacağı buradaki kısa çalışma, işyerinin faaliyetinin tamamen durdurulması ve işçinin hiç ücret almaması şeklinde olamaz. Bunun için işverene kısa çalışma uygulama yetkisi tanıyan bir kayıtta, işçiye belirli bir çalışma süresi ya da çalıştırılmasa bile alacağı belirli bir ücret oranı garanti edilmelidir. Bu oranın belirlenmesinde ücretin saklı kısmı veya işsizlik ödeneği esas alınabilir. Bu şartları taşımayan bir kısa çalışma kaydı ise ya geçersiz kabul edilmeli ya da mahkeme tarafından bu şartlara uygun şekilde sınırlandırılmalıdır. Uygulama aşamasında da mahkeme şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıracaktır⁴⁶³.

Astarlı'ya göre, eğer işverenin hangi şartlarda kısa çalışma yaptırabileceği sözleşmede ayrıca belirlenmişse geçerliliği için işverenin bu şartlara uygun davranması gerekir. Bununla birlikte eğer sözleşmede, kısa çalışma bakımından işverene sadece "işveren gerektiğinde kısa çalışma yaptırabilir" şeklinde genel bir yetki verilmişse, bu durumda uygulanacak kısa çalışmanın geçerliliği, iş hukukunun genel ilkeleri bakımından somut olaydaki durumun şartlarının kısa çalışma yaptırmayı gerektirip gerektirmediğine bağlıdır⁴⁶⁴. Dolayısıyla tereddüt halinde hâkim, işverene bu yönde verilmiş genel bir yetkiye rağmen somut olayda gerçekten işçilerin geçici olarak çalıştırılmamasını gerektiren geçerli bir nedenin bulunup bulunmadığını, işverenin iradesinin keyfilikliğini ve işlemin uygunluğunu değerlendirecektir. Bu anlamda konulan değişik kayıtları denetlemeye ve sınırlandırılmaya tabi tutulacaktır. Zira iş sözleşmesi kurulurken işçi, işveren karşısında zayıf konumdadır. Bu nedenle değişikliği saklı tutma kayıtları, içerik yani geçerlilik denetimine tabi tutulmalıdır.

⁴⁶³ Alp, s.370.

⁴⁶⁴ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.367.

Uşan'a göre de, işverene tek taraflı olarak kısa çalışma yaptırma yetkisi veren kayıtların, iş sözleşmelerinin değiştirilmesini sağlayan kayıtlarda olduğu gibi belirli bazı sınırlamalara tabi tutulması gerekmektedir. Her şeyden önce işverence yapılacak kısa çalışma uygulamasının hangi durumlarda, hangi şartlar altında hangi süre ile hangi sonuçları doğuracak şekilde uygulanabileceğinin somut olarak belirtilmesi ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekir⁴⁶⁵.

Süzek'e göre de, kısa çalışma uygulamasının saklı tutan kayıtların sınırlarının denetimi titizlikle yapılmalı, kısa çalışmaya hangi durumlarda gidilebileceği ve ne kadar süre için işverene böyle bir değişikliği yapma hakkı tanındığının açıkça yazılması gerekir. Çünkü İşK'nun 22. maddesi ile iş akdinde esaslı değişiklik yapılabilmesi sıkı koşullara bağlanarak açık bir biçimde tek taraflı değişikliklerin mümkün olduğu kadar önüne geçmek ve işçiyi korumak amacı güdülmüştür. Bu haliyle değişiklik yapma haklarını saklı tutan kayıtlarında dar yorumlanması, somut ve sınırlı hallerle objektif koşullara bağlanması gerekmektedir⁴⁶⁶.

Yargıtay da bu tip kayıtları kötü niyet denetimi yanında, değişikliğin niteliği ile nedenleri ve sonuçlarına göre değişen bir denetim uygulamaktadır⁴⁶⁷.

Görülüyor ki işverenin yasal düzenleme haricinde gidebileceği bir kısa çalışma uygulamasına da imkân tanınmış, bu şekilde gidilen kısa çalışmanın İş Kanunu 22. maddesi anlamında esaslı değişiklik hali oluşturmasından dolayı iş sözleşmelerine konulan kısa çalışma kayıtları belli geçerlilik şartlarına tabi tutulmuştur.

1.1.4.4. Tarafların Anlaşması ve Değişiklik Feshi

Sözleşmesel kısa çalışmanın, tarafların anlaşması suretiyle sözleşmede yapacakları bir değişiklik ile işveren tarafından geçici bir tedbir olarak uygulanması

⁴⁶⁵ Uşan, s.251.

⁴⁶⁶ Süzek, Değişiklik Feshi, s.18.

⁴⁶⁷ Y.9HD, 2005/17312E, 2006/2266K, 06.02.2006.t; Mustafa Alp, **İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi veren İş Sözleşmesi Hükümlerinin Sınırları ve Denetimi**, Legal, YKİ, S.1, s.11vd.

mümkündür. Tarafların anlaşması suretiyle kısa çalışma yaptırma yetkisinin işverene verilmesi bir değişiklik sözleşmesi niteliğindedir⁴⁶⁸ (İş Kanunu m.22/1).

Bu değişiklik sözleşmesi uyarınca kısa çalışmanın uygulanması ancak işçi tarafından kabul edilmesi halinde mümkün olabilir. Bu durumda işveren İş Kanunu'nun 22. maddesine göre hareket etmek durumunda olup, kısa çalışma uygulaması talebini işçilere yazılı olarak bildirmeli ve işçiler tarafından 6 iş günü içerisinde değişikliğin yazılı olarak kabul edilmesi şartıyla kısa çalışma uygulamasına gidebilmelidir. Çalışma sürelerinin kısaltılması suretiyle uygulanan kısa çalışma değişikliğini kanundaki süre içinde yazılı olarak kabul etmeyen işçiler bakımından uygulama olanağı olmayan işveren, kısa çalışma uygulamasının geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli bir nedeni olduğunu işçiye yazılı olarak bildirmek ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmelerini feshedebilir. Bu suretle yapılan fesih İş Kanunu'nun 22/2 maddesi anlamındaki değişiklik feshini oluşturacaktır. Değişiklik feshi ile kısa çalışma uygulamasına geçmek isteyen işveren böyle bir durumda üretimin azaldığını ve bunun sonucunda aynı yoğunlukta çalışılmasına gerek kalmadığını ve bu durumun geçici olduğunu kanıtlaması gerekecektir. İşsizlik Kanunu EK. m.2'ye kıyasen bu durumda da işverenin önerdiği kısa çalışma uygulaması üç ayı geçmemelidir. Eğer üretim azalmamışsa, iş gücü ihtiyacında bir azalma olmadığından, geçici ya da kalıcı olarak çalışma süresinin kısaltılmasının gerekli ve değişiklik feshinin geçerli olduğu söylenemez.

Yargıtay da feshin geçerliliğinin tespiti aşamasında iş yerinde veya işletmede kısa çalışma uygulamasını gerektirir bir nedenin varlığını ve kısa çalışmanın geçici bir tedbir anlamında uygun ölçülerde olup olmadığının araştırılması kanaatindedir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Mollamahmutoğlu, B.3, s.238.

⁴⁶⁹ Y.9HD, 2009/27271E, 2009/27272K, 20.07.2009.t kararında; "...Öncelikle iş yeri dışından kaynaklanan ekonomik kriz nedeni ile toplu işçi çıkarma kararı alınması, bağlı bir işletmesel işveren karardır. İş yerinde bu ekonomik nedenlerle sipariş azalması yaşandığı da sabittir. O halde, belirtilen sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünün ne olduğu ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiği açıklığa kavuşturulmalı ve iş yerinde istihdam azaltulmasını gerektirip gerektirmediği, sonra işverenin bu kararla çelişen uygulamalar yapıp yapmadığı, tutarlı davranıp davranmadığı belirlenmelidir. Bu kapsamda 140 işçi çıkarma kararı alan işverenin, fesihden önce iş yerine 5 işçi alması, tutarsız davrandığını göstermez. Önemli olan, bu alınan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin yerine alınıp alınmadığının belirlenmesidir. Daha sonra ise krizin geçici olup olmadığı, fesih dışında tedbirlerle bu krizin

1.1.4.5. İşverenin Yönetim Yetkisi

İşverenin yönetim yetkisi kısa çalışmanın uygulanabilmesi açısından bir kaynak teşkil etmez. Yani işveren kendine bu konuda yetki veren başkaca kanuni veya akdi bir düzenleme olmaksızın salt yönetim yetkisine dayanarak işçinin iradesine karşı tek taraflı olarak iş yerinde veya işletmesinde kısa çalışma uygulayamaz. Zira işverenin çalışma sürelerinde tek taraflı olarak indirim yapması doğrudan tarafların temel edim yükümlülükleri üzerinde yani işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcunun kapsamında değişikliğe neden olacaktır.

Astarlı'ya göre; işverenin tek taraflı iradesi ile yönetim yetkisine dayanarak kısa çalışma yaptırılmamasının dayanağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 325.maddesinde düzenlenen işverenin temerrüdü hükümleridir⁴⁷⁰. Zira her ne kadar kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da bu düzenlemenin yorumundan çıkan sonuca göre işletme riskleri ve ekonomik riskler kural olarak bu işletmenin ve dolayısıyla bunun işletilmesinden doğacak artı değerinde sahibi olarak işverenin üzerindedir. Nitekim Alman Medeni Kanunu (BGB) m.615, Türk Hukukuyla benzer bir düzenleme içermekle birlikte ayrıca hükmün üçüncü ve son cümlesinde; işin yapılmamasının riskinin işveren tarafından taşındığı durumlarda işverenin temerrüdü ile ilgili hükümlerin geçerli olacağını belirtilmiştir. Bu yüzden bizzat kanun tarafından verilen yetki ile işverenin kısa çalışmaya gitmesi alacaklının temerrüdünü oluşturmamaktadır.

geçirilip geçirilmeyeceği, davalı işverenin bu kapsamda savunduğu gibi fazla mesaiyi kaldırıp kaldırmadığı, vardiya sayısını indirip indirmediği, yıllık izinleri kullandırıp kullandırmadığı, ücretsiz izin uygulaması yapıp yapmadığı, ücret zammını erteleyip ertelediği, kısa çalışma ödeneği için başvurup başvurmadığı incelenmelidir. En son olarak da, davalı işveren işten çıkarılacakları belirlerken, öncelikle evli olan işçiler arasında eşlerden birini seçtiğini savunduğundan, bu kritere uyup uymadığının denetlenmesi gerekir. Yargısal denetim imkânı için iş yerinde ekonomist, endüstri mühendisi ve hukukçunun olduğu bir bilirkişi marifeti ile keşif yapılmalı, dosyaya sunulan tüm kayıtlar dikkate alınmalı ve yukarıda belirtilen ilke ve olguları karşılayacak şekilde rapor hazırlanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu ile karar verilmesi hatalıdır” denilmiştir.

⁴⁷⁰ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.377.

Kanımızca, işverenin tek taraflı iradesi ile kısa çalışma uygulamasına gidememesinin tespitini BK'ya giderek aramamaya gerek yoktur. Zira İş Kanunu'nun 22. maddesi, işverenin tek taraflı olarak işçinin iş sözleşmesini değiştirme yetkisini elinden alır. Bu yüzden çözüm bizzat İşK 22'de düzenlenmiştir.

İşverenin yönetim yetkisine dayanarak tek taraflı kısa çalışma uygulaması, işçinin feshe karşı korunması anlamında da mümkün değildir. Zira işverene bu konuda verilecek bir yetki, çalışma sürelerinin feshe karşı koruma hükümlerinin dolanılmasını teşkil edecek tarzda azaltılması veya işin tamamen durdurulması neticesini doğurabilecektir ki bunun iş hukukunda bunun kabulü mümkün değildir.

1.1.5. Kısa Çalışma ve Kısmi Çalışma Kavramları

1.1.5.1. Genel Olarak Kısa Çalışma ve Kısmi Çalışma Arasındaki Farklar

Doktrin, 1475 Sayılı İş Kanunu'nda tanımı yapılmayan kısmî süreli çalışmayı, işyerinde genel ve düzenli olarak uygulanan normal çalışma süresinin altında bir süreyle düzenli şekilde çalışma olarak tanımlamaktaydı⁴⁷¹. 4857 Sayılı İş Kanunu m.13 f.1'de kısmî süreli çalışma, "*işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi...*" olarak tanımlanmıştır. İş Kanunu'na ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde ise kısmî süreli çalışma; "*İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma*" olarak tanımlanmıştır⁴⁷².

⁴⁷¹ Demircioğlu/Engin, s.46; Nedim Meriç, **Türk ve Alman İş Hukukunda Kısa Süreli Çalışma**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ağustos 2005, s.1549, dn.17'de yer alan eserler. ILO, Part Time çalışmayı "işçi ile işveren arasında karşılıklı anlaşma ile oluşan ve normal iş süresinden daha az olan düzenli çalışma" olarak tanımlamaktadır. Bu tanım ve ülkedeki kısmî çalışma oranları için bkz. TISK, İş Kanunu Tasarısı ve AB Uygulamaları, Yayın No.231, Nisan 2003, s.42.

⁴⁷² Bu sayede kısmî süreli çalışma, hukukumuzda ilk kez yasal bir tanıma kavuşmuştur. Bu anlamda bkz. Polat Soyer, **Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, S.3. Temmuz-Ağustos-Eylül, 2004, s.807; Nurhan Süral, **Esnekliğin Sosyal Güvenlik Boyutu**, İşveren Dergisi, C.43, S.4/5/6, Ocak-Şubat-Mart 2005, ss.78-79; Süzek, s.216; Meriç, s.1549.

Haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde düşürülmesi halinde, kısa çalışma ile kısmî süreli çalışma arasında bir benzerlik görülse de kısa çalışma ile kısmî süreli çalışma birbirinden farklıdır. İki uygulama arasındaki esas fark “hukuki” hüküm ve sonuçları bakımındandır. Zira kısmi süreli çalışmadan farklı olarak yasal kısa çalışma hem akdi nitelik taşımayıp⁴⁷³ (belli şartlarla) işverenin tek taraflı tutumuyla oluşur, hem de düzenlilik ve süreklilik karakteri yoktur. Gerçekten “kısa çalışma” talebinde bulunan işverenin tek taraflı kararı, tamamen Kurumun “uygunluk tespitine” bağlı olduğu halde (yasal kısa çalışma), “kısmi çalışmaya” karar verilmesi tamamen işçi ve işverenin serbest iradesine bağlıdır. Taraflarca kararlaştırılan kısmi çalışmanın, kısa çalışmada olduğu gibi ayrıca resmi bir makamın onaylamasına gerek yoktur.

Bunun gibi iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde, işverenin tek taraflı talebi üzerine Kurumun uygunluk tespitinde bulunarak başlama ve bitiş tarihlerini kanunen belirlediği kısa çalışma kararına (KÇY, m.5), işçinin uyma zorunluluğu vardır. Buna karşılık, iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde işverenin tek taraflı talep ettiği, “tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme” kararını işçinin kabul etme zorunluluğu yoktur. Aynı şekilde, Kurumun onayladığı kısa çalışma kararını kabul etmek zorunda olan işçinin “çalışma şartlarının uygulanmaması” nedeniyle haklı nedenle fesih hakkını kullanması da söz konusu olamaz. Buna karşılık tarafların iradelerine ve onayına bağlı kısmi çalışmayı kabul etmeyen işçinin sözleşmesinin yürürlük süresi içinde “çalışma şartlarının uygulanmaması” (İŞK. m.24/II-f) nedeniyle iş sözleşmesini “haklı sebeple fesih” hakkını kullanması mümkündür.

İşçinin uymak zorunda olduğu kısa çalışma dönemi içinde, İş-Kur’a başvurarak almaya hak kazandığı “kısa çalışma ödeneğinin” ödenmesi, 4857 sayılı Kanununun 24. maddesinin (III) numaralı bendinde ve aynı Kanununun 40.maddesinde öngörülen ve işverenin “yarım ücret” ödemek zorunda olduğu bir haftalık süreden sonra başlar. Buna karşılık, kısmi çalışmayı kabul etmeyerek iş sözleşmesini “haklı sebeple fesheden işçinin 30 günlük hak düşürücü süre içinde başvurduğu İşsizlik Sigortası (İş-kur) tarafından yapılan “işsizlik sigortası ödeneği” ödemesi ise, ödeneğe

⁴⁷³ Krş. Astarlı, Çalışma Süreleri, bkz. ss.104–107.

hak kazanılan tarihi izleyen ayın sonuna kadar yapılır (5763 s.k. değişik 4447 s. İşsizlik Sigortası Kanunu m.50/4)

Kısa çalışmanın olmazsa olmaz unsuru onun geçici mahiyette bir tedbir niteliğinde bulunmasıdır. Normal çalışma sürelerinin kısaltılmasının daimi bir tarzda uygulanması durumunda hukuki anlamda bir kısa çalışma uygulamasının varlığından söz edilemez. İşte bu niteliği dolayısıyla da kısa çalışmasının kısmi süreli çalışma niteliğindeki iş ilişkileriyle karıştırılmaması gerekir⁴⁷⁴.

1.1.5.2. Kısa Çalışma ve Kısmi Çalışmanın Bir Arada Uygulanabilmesi Sorunu

1.1.5.2.1. 6111 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Dönem

4447 sayılı İşsizlik Kanunu'nun 6111 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde kısmi süreli çalışan işçinin kısa çalışmaya tabi tutulup tutulamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler vardı.

Akyiğit; kısmi süreli olarak (bir veya birden çok sözleşmeyle) çalışan bir işçinin bu çalışması bağlamında kısa çalışmaya muhatap edilip edilemeyeceği noktasında şunları ifade etmişti:

Eğer kısa çalışma; iş yerindeki haftalık normal çalışma süresinin önemli ölçüde (en az 1/3 oranında) azaltımı şeklindeyse; kısmi süreli çalışan işçi kısa çalışmaya tabi olamaz. Zira onun bu ilişkideki çalışma süresi zaten tam süreli uygulanan sözleşmeden en az 1/3 oranında daha azdır (İŞK. m.13/1 ve ÇSY. m.6). Bu durumda işçinin haftalık normal çalışma süresi zaten yasaca öngörülen şekilde önemli ölçüde az olduğundan bir de bunun üzerinden önemli ölçüde azaltım yapmak eşyanın tabiatına aykırıdır. O yüzden bu ihtimalde kısa çalışma gündeme gelmez⁴⁷⁵. Böylece kısa çalışmanın iş yerindeki tüm işçileri kapsayacağı kuralına da bir istisna

⁴⁷⁴ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.354.

⁴⁷⁵ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.4.

getirilmiş olur⁴⁷⁶. Fakat kısa çalışmanın, iş yerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması şeklinde uygulanmasında, kısmi süreli çalışan işçi kısa çalışmaya tabi tutulabilecektir.⁴⁷⁷

Ekmekçi'de yazarın bu görüşüne katılarak azaltılmış sürelerle uygulanan kısa çalışma biçiminde, en az dört haftalık sürenin fasıllı uygulanması, yani ay içerisinde bazı haftalarda hiç çalışılmamasının söz konusu olması durumunda, kısmi süreli çalışanların hiç çalışma yapılmayan haftalar için kısa çalışma uygulaması kapsamına alınabileceğini belirtmiştir⁴⁷⁸.

Bayhan'a göre de; kısmi süreli çalışanların, kısa çalışma uygulamasına dâhil edilmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumda çalışanların büyük çoğunluğu, kısa çalışmadan yararlanabilmek için gerekli olan son 120 gün prim yatırmış olma koşulunu sağlayamayacaklarından; uygulamada kısa çalışmadan yararlanmada sıkıntı yaşayacaklardır. Bununla birlikte işveren ile işçi arasında yazılı olarak yapılan iş sözleşmesinde, işçinin kısmi süreli olarak çalıştığı dönemde, kısmi olarak çalıştığı saatlere bakılmaksızın ücretinin aylık maktu olarak ödenmesi hususunda anlaşılmış ise, işçinin kısa çalışma uygulamasına tabi tutulabileceği hususunda tereddüt yoktu⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.11. Yazara göre; "Kısmi süreli işçinin normal haftalık çalışma süresi zaten yasaca öngörülenden düşük olduğundan, bir de bundan azaltılması yoluyla kısa çalışma uygulamanın mevcut kurallar çerçevesinde eşyanın tabiatına aykırı olacaktır". Karşı görüş için bkz. Astarlı; Çalışma Süreleri, s.359. Yazara göre; bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira ne kanunda ne de yönetmelikte kısa çalışmanın uygulanması bakımından tam süreli işçilerle kısmi süreli işçiler arasında bir ayırım yapılmıştır. Bunun yanında, kısa çalışmanın normal çalışma süreleri esasında ele alınması ve bu süreden önemli ölçüde (en az 1/3 oranında) çalışmanın kısa çalışma olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu itibarla işyerindeki tam süreli işçi gibi normal haftalık çalışma süresi bu nitelikteki bir emsal işçiye nazaran önemli ölçüde daha az belirlenen kısmi süreli işçinin de kısa çalışma kapsamında normal haftalık çalışma süresinin en az 1/3 oranında olacak şekilde azaltılması veya tamamen çalıştırılmaması mümkün olsa gerekir.

⁴⁷⁷ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.5.

⁴⁷⁸ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.55.

⁴⁷⁹ Tevfik Bayhan, **202 Soru ve Cevapta Açıklamalı ve Örnekli Kısa Çalışma Rehberi**, B.1, Yaklaşım Yayıncılık, Mayıs 2010, s.143.

Ancak burada gözden kaçırılan nokta, işçinin kısa çalışmaya tabi tutulabilmesi için prim ödeme gün sayısını sağlamasının zorunlu olmadığıdır. Zira bu koşul işçinin kısa çalışmaya tabi tutulabilmesinin değil, kısa çalışma neticesinde kısa çalışma ödeneği alıp alamayacağına koşuldur. İşçinin kısa çalışmaya tabi tutulabilmesi için prim ödeme gün sayısı gibi bir usul şartını tamamlamış olması aranmaz. Bu nedenle yazarın görüşünü kısmi süreli çalışan işçilerin de kısa çalışma uygulamasına dâhil edilmesinde bir sakınca bulunmadığı yönünde algılamak gerekecektir.

1.1.5.2.2. 6111 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilik

6111 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca daha önce İşsizlik Sigortası Kanunu'ndan yararlanmayan bazı kişiler bu kapsama alınmışlardır. Gerçekten, söz konusu değişiklikten önce 4447 sayılı Kanundan, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.4/I maddesinin (a) bendi kapsamına girenlerle, m.4/II kapsamında olup da bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalılar⁴⁸⁰ ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklara tabi sigortalılar yararlanmaktaydılar(m.46/I). Yapılan değişiklikle, bu sigortalılara ilaveten 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlardan 5510 sayılı Kanun'un 52. maddesinin birinci fıkrası kapsamında işsizlik sigortası primi ödeyen isteğe bağlı sigortalılar ve 5510 sayılı Kanun'un Ek 6. maddesi kapsamındaki sigortalılar da 4447 sayılı Kanun'un kapsamına alınmışlardır.

⁴⁸⁰ 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler; a) İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanları ve yönetim kurullarına seçilenler, b) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, c) Mütakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar, d) 2.7.1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar, e) 24.4.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda belirtilen umumî kadınlar, f) Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar hakkında da uygulanır. 4447 sayılı Kanun m. 46/II hükmü uyarınca, 5510 sayılı Kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında olan söz konusu kişilerden sadece bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalılar işsizlik sigortasının kapsamına gireceklerdir.

Belirtelim ki, yukarıda sözü edilen ve işsizlik sigortasından yararlanacakların genel çerçevesini gösteren 5510 sayılı Kanun'un 4/I. maddesine göre, hizmet akdi (iş sözleşmesi) ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı sayılırlar. Yani bir iş sözleşmesine göre çalışanlar, kural olarak, İşsizlik Sigortası Kanunu açısından da sigortalıdırlar. Bu bakımdan iş sözleşmesinin türünün bir önemi bulunmaz. Bu nedenle, belirli ya da belirsiz süreli, kısmi ya da tam süreli olsun bir iş sözleşmesi ile çalışanlar, kural olarak, işsizlik sigortasından yararlanma olanağına sahiptirler.

Bu açıklamalar dikkate alındığında, söz konusu değişiklikle kapsama alınanlardan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların, zaten sigortalı olması gereken kişiler olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, 6111 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanunun 46/I fıkrasına yapılan ekleme, özellikle kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar açısından gereksiz gibi görülebilir. Fakat bu düşünce yanıltıcı olur. Zira kısmi süreli iş sözleşmesi, çalışma sosyal sigorta haklarından yararlanma bakımından bazı dezavantajları da beraberinde getirir. Bunun nedeni ise, kısmi süreli iş sözleşmesinin, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği iş sözleşmesi olmasından kaynaklanmaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanların prim ödeme gün sayısının nasıl hesaplanacağı ise 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁸¹. Bu hesaplamaların ortaya koyduğu gibi, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan

⁴⁸¹ Buna göre, sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir. Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmî süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayısı, bu sözleşmenin yazılı olması ve sigortalıya da çalıştığı saat üzerinden ücret ödenmesi koşuluyla, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunmaktadır. Bu durumda, örneğin, haftanın 3 günü dörder saat çalışan bir sigortalı, dört haftada 54 saat çalışmış olacak, bu süre de günlük çalışma süresi olan 7,5 saate bölündüğünde sigortalı için Kuruma bildirilmesi gereken gün sayısı 6,4 gün olarak belirlenecektir. 5510 sayılı Kanunun 80. maddesi uyarınca 6,4 gün bir üste, yani 7 güne tamamlanacak ve bu şekilde çalışan bir sigortalı için aylık prim ödeme gün sayısı olarak Kuruma 7 gün bildirilecektir.

sigortalıların prim ödeme gün sayısı çok düşük olmaktadır. Bunun sonucunda da birçok sosyal sigorta yardımından yararlanmak için tamamlanması gereken prim ödeme gün sayısı bu sigortalılar tarafından çok zor sağlanmakta, bazı durumlarda da sosyal sigorta yardımından yararlanmak mümkün olamamaktadır.

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 50/II maddesi hükmünden de anlaşılacağı üzere, sigortalıların işsizlik ödeneğinden yararlanmak için son üç yıl içinde en az 600 gün prim ödemesi ve bu primlerin son 120 gününün de kesintisiz geçmesi gerekmektedir. Bu koşulun tam süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar açısından bile çok ağır olduğu açıktır⁴⁸². Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan tarafından yerine getirilmesi ise imkânsızdır. Dolayısıyla kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlardan adeta yararlanamayacakları bir sosyal sigorta yardımı için prim alınmaktadır. Bunun sosyal sigorta hukukunun temel ilkelerden biri olan nimet- külfet dengesine uygun olmadığı da ortadadır.

Kuşkusuz bu sorunun çözümü işsizlik ödeneğinden yararlanmak için gerekli olan prim ödeme gün sayısının azaltılması olmalıydı. Böylece tüm sigortalılar bakımından daha isabetli bir düzenleme yapılmış olurdu. Fakat bunun yerine 6111 sayılı Kanunla sadece kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar açısından düzenleme yapılmış ve onların çok ağır olan bu koşulu yerine getirebilmeleri amacıyla, bu konuda isterlerse işsizlik sigortası primi ödeyerek söz konusu yardımların yararlanabilmelerine olanak sağlanmıştır. Yapılan bu düzenleme sonucu itibariyle isabetli ise de bizce asıl yapılması gereken bu konudaki prim ödeme gün sayısının azaltılması olmalıydı.

Görüldüğü gibi 6111 sayılı kanunla yapılan değişiklik uyarınca kısmi süreli çalışanlar işsizlik sigortası kapsamına ve dolaylı olarak da kısa çalışma yapabilecek işçi kapsamına alınmıştır. Gerekli prim ödeme koşullarının ağırlığı göz ardı

⁴⁸² Bu konudaki eleştiriler için bkz. Ali Güzel, **95 Soru ve Cevapta İşsizlik Sigortası El Kitabı**, Tek Gıda-İş Sendikası Eğitim Yayınları No. 9, İstanbul 2001, s.65; aynı yönde Ercüment Özkaraca, **İşsizlik Sigortası Kapsam ve Yardımları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s.94; Nurşen Caniklioğlu, **Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşçiye Gelir Güvencesi Sağlayan Sistemler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 13. Yıl Toplantısı, İstanbul 2010, s.89.

edilmemekle birlikte kısa çalışma kapsamına alınıp alınamayacağı yönündeki tartışmanın böylece son bulacağı söylenebilir. Fakat Bayhan'ın da eleştirdiği üzere pirim ödeme gün sayılarının kısmi süreli çalışanlar bakımından çok ağır olması kısa çalışmaya tabi tutulsa bile fiiliyatta kısa çalışma ödeneği alınamamasına neden olacak gibi gözükmektedir.

1.2. YASAL DÜZENLEME

1.2.1. Yasal Kısa Çalışmanın Koşulları

Kısa çalışmanın gerçekleşebilmesi için yasaca aranan koşulların sağlanması gerekir. Türk Hukuku kısa çalışmaya geçmenin koşulları bizzat yasa ve yönetmelik ile saptamış olup; bunlar arasında ilgili işçilerin yahut varsa TİS tarafı veya kesin yetkili işçi sendikasının rızası aranmamıştır. İşçiler veya TİS tarafı işçi sendikası karşı çıksa bile aranan yasal koşullar sağlandığında işverenin kısa çalışmaya geçme imkânı vardır. Buna karşın Alman hukukunda kısa çalışma için (ilgili işçilerle birebir sözleşme, TİS, bizde olmayan işyeri anlaşması yahut hizmet akitlerinde imkân tanınmışsa işverenin yönetim hakkı gibi) özel hukuka ait sözleşmesel bir hukuki temelin varlığı aranır⁴⁸³.

1.2.1.1. İş Yeri Koşulu

Kısa çalışmanın 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa kaydırılmasından evvel 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmesinin bir sonucu olarak uygulanacağı işyerinin öncelikle İş Kanununa tabi iş yeri olması gerekmektedir. Bu durum Akyiğit tarafından; *“kısa çalışma uygulanmak istenen iş yerinin (ve dolayısıyla da buradaki işçi ve işverenin-iş ilişkisinin) 4857 sayılı İş Kanununa tabilik koşulu sağlandıktan*

⁴⁸³ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.4; Astarlı'ya göre; sözleşmesel kısa çalışma yapılabilmesi hukukumuzca da mümkündür. Ancak Alman hukukunda belirtilen, işverenin yasal kısa çalışmaya gidebilmesinin sözleşmesel bir dayanağı olma zorunluluğudur.

sonra orada kaç işçinin çalıştığı önemli değildir” şeklinde ifade edilmişti⁴⁸⁴. Hatta yasa, kısa çalışma ödeneğine esas sigorta primini Deniz İşK ve Basın İşK’nuna tabi işçilerden almasına rağmen İş Kanunu’na tabi olmadıklarından onlara kısa çalışmayı ve kısa çalışma ödeneğinin ödenmesini öngörmüyordu. Bu durum ise doktrinde eleştiri konusu yapılmıştı. Ancak daha sonra kısa çalışmanın İşsizlik Sigortası Kanunu’na kaydırılmasıyla artık sigortalı çalışan işçilerden bahsedildiği için bu ayırım ortadan kaldırılmıştır. Yani artık kısa çalışma, İş Kanunu’nun kapsamında olan ve olmayan işyerleri ile Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu’nun uygulandığı işyerlerinde uygulanabilecektir. Bununla beraber yasa süreksiz işlerde kısa çalışmayı da dışlamış değildir (İşK. m.10). Fakat ileride görüleceği üzere kısa çalışmanın niteliği gereği en çok 30 iş günü süren bir süreksiz işte çalışanlar bakımından gerçekleşme ihtimali yok denecek kadar azdır⁴⁸⁵.

1.2.1.2.Kısa Çalışmayı Gerektiren Bir Olgu Olmalıdır

1.2.1.2.1.6111 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi

1.2.1.2.1.1.Genel Ekonomik Kriz

Kısa çalışma yapılabilmesi, işverenin istediği an keyfince başvurabileceği bir yöntem olmadığından 4447 sayılı Kanun’un 5763 sayılı Kanunla değişik mülga Ek 2. maddesine göre, iş yerini etkileyen “genel bir ekonomik kriz” ile “zorlayıcı sebeplerin” varlığına bağlanmıştır (13.01.2009 t. Mülga KÇY m.1)⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.4. Alman Hukukunda ise kısa çalışma kurallarının uygulanıp işçiye kısa çalışma parasının ödenebilmesi için ilgili iş yerinde düzenli olarak en az bir işçinin çalıştırılıyor bulunması gerekli ve yeterlidir.

⁴⁸⁵ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.4, Alman Hukukunda düzenli çalışma süresine (regelmaessige Arbeitszeit) sahip bulunmayan tiyatro vs. gibi iş yerlerinde kısa çalışma parasının ödenmeyeceği kabul edilir (AFG 63/2).

⁴⁸⁶ Akyiğit, Kısa Çalışma, 5, Akyiğit, B.5, s.288. bundan dolayı bizdeki kısa çalışmaya götürecek olguların çok dar tutulduğu gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir. Bkz. Demir, s.108; Mollamahmutoğlu, B.3, s.689; Aktay, s.31. Alman Hukukunda ise, kısa çalışmaya götürecek nedenlerin neler olduğunun objektif biçimde belirlenmediği ve belirlenebilir dahi olmadığı, ancak genellikle ekonomik güçlüklerde ve iş mücadelesi neticesi buna başvurulduğu neticesi dile getirilmekte idi. Ancak yeni dönemde Alman Hukukunda ise, kısa çalışma parasıyla ilgili hükümlerden anlaşıldığı kadarıyla diğer koşulları bir yana, ödenek verilecek kısa çalışmanın önemli bir ücret ve iş kaybı (azalması) halinde gerçekleşeceği kabul edilir. İş kaybının (azalmasının) ne

Bu düzenlemeden çıkan anlam, kısa çalışmaya yol açacak olgulardan ilkinin işverenin keyfi bir tutumundan kaynaklanmayan genel ekonomik kriz olup, bu terim 13.01.2009 t. Mülga KÇY'ye göre; “ulusal veya uluslar arası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar” olarak tanımlanmıştır (KÇY m.3/1-b).

Mollamahmutoğlu, genel ekonomik krizi; “ekonomik yapıdan doğan ve sadece ekonomik krizi değil sosyal ve siyasal yaşamı sekteye uğratan, işsizlik, yokluk, genel maddi sıkıntı yaratan bir kötüye gidiş” olarak tanımlamıştır⁴⁸⁷.

Kılıçoğlu; yaptığı tanımlamasında, genel ekonomik krizin mücbir sebep yoğunluğunda sebepleri içerdiğini, sözleşme hukukundaki “Clausa Rebus Sıc Stantibus” (işlem temelini çökmesi ve sarsılması) olduğunu, ciddi boyut gerektirip inkâr edilemez özellikte bulunduğunu ifade etmiştir⁴⁸⁸.

zaman önemli olacağına gelince, onun ekonomik nedenlerle veya önüne geçilemez bir hadiseye dayanması, geçici ve kaçınılmaz bulunması ve ait olduğu her takvim ayında işyerinde çalışan işçilerin en az 1/3 ünün aylık brüt ücretinin %10undan fazlasının kaybına yol açması halinde önemli sayılır. İş kaybının gelen ekonomik gelişmelere bağlı olarak işletmesel yapının değiştirilmesinden kaynaklandığı hallerde de ekonomik nedeni iş kaybından söz edilir. İş kaybının bilhassa normal hava gidişatıyla bağdaşmaz hava şartlarına dayanması halinde önlenemez bir hadiseden söz olunur. Keza iş kaybının işverene yüklenmeyen biçimde resmi makam veya makamlarca uygun görülen önlemlere dayandığı hallerde de önlenemez bir hadisenin varlığı kabul edilir. Ancak bir işletmede beklenebilir önlemlerle iş kaybı önlenilecekse, o iş kaybının kaçınılmaz niteliği bulunmaktadır. İş kaybının bilhassa, o işletmede mutad veya mevsimsel yahut münhasıran işletme organizasyonuna ait nedenlere dayandığı hallerde, ücretli izin yoluyla kısmen/tümden önlenilebildiği durumlarda ve işletmedeki çalışma sürelerinde caiz biçimde esnekliğe gidilerek tümden/kısmen ödenebildiği hallerde kaçınılmaz olmadığı görülür. Ayrıca toplu işçi çıkarımına giden bir işverenin bir veya iki aylık sürelerde işvereni tam olarak çalıştırmaması halinde Federal İş Acentesi (Bürosu) işverenin bu aradaki sürede kısa çalışmaya gitmesine izin verebilir. Bizde ise böyle bir ihtimal görülmemiştir, Bizde sadece genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenler halinde başvurabilecek esnek çalışma yöntemi olan kısa çalışma İtalya’da mevsimlik dalgalanmalar halinde dahi işletmenin kısa çalışmaya gidebilmesi, İspanya’da ise, sadece ekonomik zorluklar değil işletmenin yeniden yapılanmaya gitmesi durumlarında da kısa çalışmanın mümkün olduğu düzenlenmiştir, Alman Hukukunda kısa çalışma nedenleri, ekonomik olaylar ve bununla bağlantılı olarak, genel ekonomik gelişmelerden kaynaklanan işletmesel yapı değişiklikleri, kaçınılması mümkün olmayan olaylar, toplu işten çıkarma yasağı süresi içerisinde işçinin çalıştırılmaması olarak düzenlenmiştir. Öte yandan belirtilen hukuk sisteminde Türk Hukukundan farklı olarak, normal kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin uygulamaların dışında transfer kısa çalışma ödeneği, kış parası ve benzeri ödemeler yapılmaktadır, aktaran, Akyiğit, Kısa Çalışma, ss.4vd.

⁴⁸⁷ Mollamahmutoğlu, B.2, s.689.

⁴⁸⁸ Mustafa Kılıoğlu, **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005, s.486.

Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 5763 Sayılı Kanunla değişik mülga Ek 2. maddesinde düzenlenen kısa çalışmanın yapılabilmesi, ilk olarak genel bir ekonomik krizin varlığına bağlanmıştır. Nitekim bununla ilgili gerek Bilim Komisyonu Taslağı'nın ve gerekse de Hükümet Tasarısı'nın ilgili madde gerekçeleri "*ekonomik veya yönetsel ya da organizasyona dayalı olarak o iş yerinin kendisinden kaynaklanan bir krize girmesi yahut pazara bağlı olarak sektörel bir kriz çıkmasının o işyerinde kısa çalışma yapılmasını haklı gösterecek nedenlerden değildir*" olup, kısa çalışmaya gidilebilecek ekonomik krizin, ekonominin tüm alanlarında yaşanan kriz olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır (Bil. Kom. Tas. m. 67'ye ve Hük. Tas. m.65'e ilişkin gerekçe)⁴⁸⁹.

Madde gerekçesinde, işyerinin kendisinden kaynaklanan nedenlerle krize girmesinin, kısa çalışmayı haklı gösterecek nedenler arasında olmadığı belirtildikten sonra bunların ekonomik ya da yönetsel veya organizasyona dayalı işyeri krizleri olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle genel ekonomik krizin etkisi olmadan, işyerinden kaynaklanan ekonomik, yönetsel ve organizasyona dayalı olaylar genel ekonomik kriz kavramına dâhil edilmeyecek ve bunlara dayalı olarak kısa çalışma yapılamayacaktır. Yine hükmün devamında pazara bağlı sektörel krizin kısa çalışma yapılmasını haklı gösterecek nedenlerden olmadığı ifade edilmiştir.

Burada anlatılmak istenilen, kısa çalışma yapılmasını gerektirecek ve pazarı etkileyecek başka bir nedenin, genel ekonomik bir krizin bulunmadığı dönemde, sadece pazara, arz talep dengesine bağlı olarak ortaya çıkan sektörel krizlerin kısa çalışma nedeni olmayacağıdır. Tabi pazara bağlı sektörel krizin genel ekonomik krizin etkisiyle gerçekleşmiş olup olmadığı önemlidir. Bu durumda işyerindeki durum, genel ekonomik krizden kaynaklanmış olacak ve kısa çalışmaya gidilebilecektir.

⁴⁸⁹ Alman Hukuku da işin durmasının iş kaydının ağırlıklı bir biçimde o sektör veya işyeri bakımından mutad olduğu veya mevsime bağlı bulunduğu veyahut da münhasıran işyeri/işletme organizasyonundan kaynaklanan nedenlere dayandığı hallerde iş kaybının (azalmasının) kaçınılmaz olmadığı ve kısa çalışma parasının ödenmeyeceğinden söz etmektedir, aktaran Akyiğit, Kısa Çalışma, s.6, dn.18.

Madde gerekçesi doğrultusunda, öğretide bir kısım yazar; genel ekonomik kriz olarak nitelendirilemeyecek sektörel krizin kısa çalışma yapılması için yeterli bir neden olmadığı yönünde görüş bildirmişlerdir⁴⁹⁰. Zira bu görüşe göre, kısa çalışma uygulamaları sınırsız olarak tanınmayıp, sadece genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin bulunması halinde, böyle bir yöntemin uygulanmasına olanak sağlamakta, böyle olunca ülke çapındaki ciddi buhran niteliğinde genel bir ekonomik krizin veya işin durmasına neden olabilecek boyutta zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde işverene işçi çıkararak kriz atlatmak yerine, kendisi ve işçiler arasında risk paylaştırarak, kısa çalışma uygulama olanağı sağlandığı belirtildikten sonra ekonomik, yönetsel ya da organizasyona dayalı işyerinin kendisinden kaynaklanan bir krize girmesi ya da piyasaya bağlı sektörel bir krizin ilgili işyerinde kısa çalışma yapılmasını haklı gösterecek nedenlerden olmadığı ifade edilmiştir⁴⁹¹.

Ayrıca öğretide, sektörel bazda patlak veren bir krizin, genel olarak ekonomik bir krize yol açmadıkça kısa çalışma hükümleri kapsamında değerlendirilemeyeceği, kanunun gerekçesine bakıldığında sektörel bazda bir krizin genel ekonomik bir kriz olarak kabul edilemeyeceği gibi bir görünümün ortaya çıktığı, kanun koyucunun sektörel krizden söz etmediği, sadece enerji, gıda, turizm işkolu gibi sadece o işkolundaki bir krizin genel ekonomik kriz olarak değerlendirilemeyeceği, zorlayıcı sebepler dışında, sadece ülke çapındaki ekonomik kriz nedeniyle çalışma sürelerinin azaltılması veya faaliyetin durdurulmasının kısa çalışma olarak nitelendirilebileceği, buna karşılık sektörel ya da işyerine özgü bir ekonomik krizin, kısa çalışmayı haklı gösterecek nedenlerden sayılamayacağı ileri sürülmüştür⁴⁹².

Bununla birlikte, belirli bir veya birkaç iş yerinde değil de bir veya birkaç iş kolunda yaşanan bir ekonomik krizin (ki sektörel kriz diye anılır) kısa çalışmaya imkân verip vermeyeceği tartışma konusu olmuştur. Örneğin; deri ve tekstil sektörü yahut otomotiv sektöründe uluslar arası veya ulusal ölçekte bir ekonomik kriz

⁴⁹⁰ Bu görüşler için bkz. Lütfi İncirlioğlu, **Yeni İş Hukuku Uygulaması**, Legal Yayıncılık, Ağustos 2004, s.242; Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi**, C.II, Yetkin Yayınevi, Ağustos, Ankara 2009, s.2042; Ulucan, *Esnek Çalışma*, s.66; Kılıçoğlu, *Yorum*, s.486.

⁴⁹¹ Ulucan, *Esnek Çalışma*, s.66.

⁴⁹² Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.48

yaşanması halinde bundan etkilenen ilgili işverenlerin kısa çalışmaya gitmesini engellemenin kısa çalışmanın amacına uygun düşmeyeceği savunulmuştur⁴⁹³. Bu doğrultuda Baydur; piyasa şartlarına bağlı olarak sektörel krizlerde işyerinde kısa çalışma yapılmasına ve kısa çalışma ödeneği ödenmesine geçit vermeyen düzenlemenin, ülkemiz ekonomik koşullarına uygun olmayıp konjonktürel dalgalanmalarda uygulanmasının söz konusu olmayacağını vurgulamıştır⁴⁹⁴. Dolayısıyla düzenleme, bu açıdan haklı olarak eleştirilmiş, yaklaşımın isabetli olmadığı belirtilmiş; bunun sektörel krizlerde bugüne kadar başvuru ve hiç de işçi yararına olmayan ücretsiz izin uygulamalarının sürdürülmesine olanak sağladığı ve kısa çalışma müessesini haklı görülmeyecek şekilde daralttığı ifade edilmiştir⁴⁹⁵.

Getirilen bu eleştiriler doğrultusunda; kısa çalışma şartlarından genel ekonomik kriz ibaresindeki “genel” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öncelikle ele alınmıştır. Zira ibare, tüm Türkiye’yi ve tüm sektörleri etkileyen bir kriz şeklinde anlaşıldığı gibi, belirli bir sektörde fakat tüm Türkiye’yi etkileyen kriz şeklinde anlaşılmasına da müsaittir⁴⁹⁶. Hükmün getirilme amacı da göz önünde bulundurulduğunda; genel ekonomik kriz ibaresi ile tüm sektörleri kapsayan bir krizin gerekli olmadığı, tüm ülkeyi kapsayan bir krizin anlaşılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu anlamda gerekçedeki sınırlama tartışma konusu olmuş ve baskın olarak kısa çalışma talebinin kabulü için krizin tüm sektörleri etkilemesinin

⁴⁹³ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.6, Nitekim öğretide ekonomik krizin bütün ülkeyi etkisi altına alan genel nitelikte bir kriz olmasının isabetli bulunmadığı dile getirilmektedir. Fevzi Demir, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, B.3, İzmir 2003, s.108, “Her şeyden önce 2008 yılı sonlarında ve 2009 yılı başlarında sadece ülkemizde değil, dünyada küresel olarak bir ekonomik krizin yaşandığı ve özellikle otomotiv sektörü gibi diğer tüm sektörlerin bundan etkilendiği bilinen bir gerçektir. Otomotiv sektöründe faaliyet yürüten davalı işveren de bundan etkilendiğini, Temmuz-Aralık 2008 ayları arasında %46, Ocak-Şubat 2009 tarihleri arası ise %80 oranında siparişlerin düştüğünü, Öncelikle tasarruf tedbirleri uyguladığını, yemeyince fazla mesailerin kaldırıldığını, vardiya sayısının 3’den 2’ye indirildiğini, yıllık izinlerin kullandırıldığını, ücretsiz izin uygulaması yapıldığını ve ücret zammının ertelendiğini, 13.01.2009 tarihinde **kısa çalışma** ödeneği için başvurulduğunu, işten çıkarmada da Öncelikle evli eşlerden birinin tercih edildiğini, bilirkişilerin bu olguları değerlendirmedeğini savunmuş ve buna ilişkin kayıtlar sunmuştur. Gerçekten de bilirkişi raporu bu olguları karşılamaktan uzak ve denetim yapılmasına elverişli değildir”. Yargıtay’ın bu kararından da anlaşılacağı üzere sektörel bazdaki krizlerinde kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya engel olmadığı açıktır. Y.9HD, 2009/27271E, 2009/27272K, 20.07.2009.

⁴⁹⁴ Refik Baydur, **4857 Sayılı Kanunun Çalışma Yaşamımıza Getirdikleri, Getiremedikleri**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, XXII. Genel Kurul Çalışma Raporu 25–26 Aralık 2004, s.94.

⁴⁹⁵ Soyer, Çözüm Önerileri, ss.195–196.

⁴⁹⁶ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.507.

gerekmediği, krizin sektörel olmakla birlikte o sektördeki herkesi ve ülke ekonomisinin bütününe etkileyecek niteliğe ulaşmasının yeterli olduğu iddia edilmiştir. Bu sonuca varmada, sektörel kriz ile açılan yaralarının sarılmasının genel bir krizin önlenmesi yolunda önemli katkılar sağlayacağı etkili olmuştur⁴⁹⁷. Eleştirilerde; ekonomik krizin bütün ülkeyi etkisi altına alan genel nitelikte bir kriz olmasının şart koşulmasının isabetsizliği⁴⁹⁸, sınırlamanın bu şekilde daraltılmasının kısa çalışmanın özelliğini yitirmesine neden olduğu ayrıca ekonomik krizin ülkeyi etkisi altına almasını kolaylaştırdığı savunulmuştur.

Astarlı, sektörel alanda ortaya çıkan ve işyerini olumsuz ölçüde etkileyerek çalışma sürelerinin azaltılmasına ve faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulmasına neden olan krizlerin de, işverene kısa çalışma yaptırma imkânı vermesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Zira kanun koyucunun kısa çalışma kurumuna kanunda yer vermesinin amacının, ekonomik kriz veya zorlayıcı sebepler neticesine işyerinde ortaya çıkan olumsuz ekonomik koşullar dolayısıyla işverenin işçi çıkarmak yerine bu geçici dönemi kısa çalışma suretiyle aşabilmesini sağlamak ve işçilerin bundan doğacak gelir kaybını sınırlı da olsa kısa çalışma ödeneği ile karşılayarak işsiz kalmalarının kendileri ve ülke ekonomisi üzerinde yaratacağı sıkıntıları asgari düzeye indirmek olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla sosyo-politik bir tercih olarak ortaya çıkan kısa çalışma uygulamasının bu belirtilen amacı da göz önüne alınarak, Kanun'un gerçek anlamda sektörel bazda ortaya çıkan ekonomik krizleri dışlamayacağını kabul edilmesi gerekli olup bunun aynı zamanda ulusal düzeyde genel bir ekonomik krize ve çöküşe neden olması aranmaz. Yazar buna gerekçe olarak ülkede yakın tarihlerde ortaya çıkan kuş gribi salgınının tavukçuluk sektöründe yarattığı olumsuz piyasa koşullarının idare tarafından "kriz" olarak nitelendirildiğini ve bu krizden gerçek anlamda etkilenerek çalışma sürelerinde

⁴⁹⁷ Hekimler, s.7.

⁴⁹⁸ Fevzi Demir, **Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerinde Etkileri**, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, S.22, s.543.

azaltmaya giden veya çalışmayı tamamen veya kısmen durduran işverenlerin kısa çalışma taleplerinin kabul edildiğini belirtmiştir⁴⁹⁹.

Soyer de, sektörel krizi dışlayan yaklaşımın isabetli olmadığını, bu kadar daraltıcı bir düzenlemenin, hiç de işçi yararına olmayan ücretsiz izin uygulamalarının sürdürülmesine olanak sağlayıcı nitelikte olduğunu ifade etmiştir⁵⁰⁰.

Caniklioğlu, genel kriz ibaresindeki “genel” ifadesinden, tüm Türkiye’yi ve tüm sektörleri etkileyen bir krizin anlaşılabilirliği gibi, belirli bir sektörde ancak tüm Türkiye’yi etkileyen bir krizin anlaşılmasının da mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak, kısa çalışma uygulamasına ilişkin hükümler ve özellikle de bu kurumun getirilmesi ile güdülen amaç göz önünde tutulduğunda, genel bir krizden söz edebilmek için tüm sektörleri kapsayan bir krizin gerekli olmadığı, bu ifadeye sektörel düzeyde tüm ülkeyi kapsayan bir krizin dâhil olduğunun da çıkarılması gerektiği kanaatinde olduğunu belirtmiştir.

Ekmekçi’ye göre; genel ekonomik kriz kavramı, lâfzen tüm ekonomiyi etkileyen bir kriz olarak anlaşılmaya müsait ise de, bu şekilde bir daraltmanın hükmün amacına uygun olduğu söylenemeyecektir. Yazar, sektörel krizlerin genel ekonomi üzerinde etki gösterdiğinin kaçınılmaz olduğunu, genel ekonomik kriz ibaresinin, ülkedeki tüm sektörleri etkileyen bir kriz şeklinde yorumlanmaması gerektiğini, nitekim genel ekonomik kriz olduğu söylenen durumlarda dahi, krizden etkilenmeyen hatta işini artıran sektörlerin mevcut olduğunu, genel ekonomik krizin tüm sektörleri etkileyen bir kriz şeklinde algılanmasının bu kavramın içeriğini ve varlığını tartışmalı hale getireceğini, burada kastedilenin çeşitli nedenlerle sadece bir takım işletmeleri değil, genel olarak bir sektörü veya belirli bir coğrafi birimi etkileyen kriz durumu olduğunu belirtmiştir⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.368. 2006 yılı Ocak ayında kuş gribinden etkilenen firmalarda çalışan 85 kişiye 17.773,02YTL kısa çalışma ödeneği ödenmiştir. (İşsizlik Sigortası Fonu Aylık Basın Bülteni, Şubat 2006).

⁵⁰⁰ Soyer, Çözüm Önerileri, ss.195–196.

⁵⁰¹ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.49.

Subaşı krizin sektörel bazda sınırlandırılmasının isabetli olmadığını, tamamen dış siyasal gelişmelerin etkisiyle ve sadece turizm sektöründe yaşanan bir kriz sırasında kısa çalışma yapılmasına olanak sağlamamanın yerinde bir çözüm olmadığını, bu yönüyle yasanın sektörel krizlerde bugüne kadar başvurulmuş ve hiç de işçi yararına olmayan ücretsiz izin uygulamalarının sürdürülmesine olanak sağlayıp, kısa çalışma müessesini haklı görülemeyecek ölçüde daralttığını ifade etmiştir⁵⁰².

Görüldüğü gibi gerekçedeki sınırlama, öğretilerde eleştirilmiş ve maddedeki ifadenin; sektörel olmakla birlikte o sektördeki herkesi etkileyecek niteliğe ulaşması halinde oluşan ekonomik krizin, genel ekonomik kriz olarak anlaşılması gerektiği yönünde görüşler ortaya çıkmıştır⁵⁰³.

Doktrindeki bu düşüncelerden farklı olarak mülga 13.01.2009 tarihli yönetmelikte de; krizin genel ekonomik kriz olması şeklinde açık bir ifade kullanılmıştır. Hatta bunun yanında, ekonomik krizin varlığının tespiti açısından, durumun işçi ve işveren sendikaları konfederasyonu tarafından iddia edilmesi veya bu yönde kuvvetli emarelerin bulunması ile yetinilmemiş, bu konuda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının duruma açıklık getirmesi de zorunlu kılınmıştır (Yön.m.5/2, Tebliğ No:1, m.3)⁵⁰⁴. Yani kısa çalışma için, genel bir ekonomik krizin varlığı zorunlu görülmekte birlikte bunun Bakanlıkça tespiti de aranmıştır.

Caniklioğlu, yönetmelik hükmünün; öğretilerde varılan sonucu destekler şeklinde anlaşılacağını, zira yönetmelikte ekonomik krizin, ekonomide ortaya çıkan olayların ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi şekilde etkileyip sarstığı haller olarak tanımlandığını, kısa çalışma talebinin kabulü için gerekli bu

⁵⁰² Subaşı, Çalışma Süreleri, s.353.

⁵⁰³ Engin, İşletme Gerekleri, s.105.

⁵⁰⁴ 4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesine göre uygulanacak Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin daha önce yayınlanan Tebliğ No:1, RG.26.08.2004-25565 ve Kamu İş Bülteni, Yıl:7, S.49, s.13; Sinan Cumhur Özdemir, **Soru ve Cevaplarla İş Kanunu Uygulama Rehberi**, Adalet Yayınevi, Haziran 2007, s.226; Özdemir'e göre de, ÇSGB tarafından açıklanmadıkça, genel ekonomik krizin varlığından söz edilemez. Genel ekonomik krizin varlığı açıklanmadığından, işverenler, genel ekonomik krizi nedeniyle faaliyetlerini geçici olarak tamamen veya kısmen durdurduklarını veya haftalık çalışma sürelerini önemli ölçüde azalttıklarını söyleyemezler, bu sebeple ÇSGB'dan uygunluk tespiti isteyemezler.

düzenlemedeki krizin, tüm sektörleri etkilemesinin zorunlu olduğu şeklinde anlaşılamayacağını belirtmiştir⁵⁰⁵.

Kılıçoğlu bu durumu, işyerinin belirli bir sektörde iş yapılan bir yer olduğunu, dolayısıyla işyerini ekonomik açıdan etkileyecek olan nedenlerin de o sektöre ilişkin olacağını, zira çelik sektöründe iş yapan bir işyerinin çelik sektöründeki bir krizden, başka bir sebebe gerek kalmaksızın doğrudan etkilenebileceğini, bu yüzden kısa çalışma uygulamasının yönetmelikte ve hükümet gerekçesinde belirtildiği gibi genel bir ekonomik krize bağlanmasının doğru olmadığını, kaldı ki maddenin amacının iş sözleşmelerinin devamını sağlamak olduğunu, bu nedenle sektörel bir krizde de iş sözleşmelerinin feshi yerine, işvereni kısa çalışma uygulamasından yararlandırmanın maddenin amacına uygun olacağı şeklinde değerlendirmiştir⁵⁰⁶.

Dolayısıyla ekonomi de ortaya çıkan krizin, sektör bazında gerçekleşmesi halinde dahi, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkilemesinin mümkün olup, bunun da kısa çalışmaya yeter ekonomik kriz olarak değerlendirilmesi gerekir⁵⁰⁷.

Yapılan bu tartışmalar sonucunda; işvereni kısa çalışmaya götürebilecek ekonomik krizin genel bir ekonomik kriz olmaya zorlanmasının hem gereksiz hem de kısa çalışma uygulamasını önemli ölçüde azaltacak bir anlayış olduğu kanaatine varılacaktır. Zira ekonomik krizin her zaman ülke çapında meydana gelmesi ve bütün sektörleri aynı anda krize sokması beklenemez. Örneğin bir sektörde meydana gelen kriz, bulunduğu sektörü ve bağlantılı birkaç sektörü de sarsmış olmasına rağmen, bazı sektörlerle olumlu etki yapması da mümkün olabilmektedir. Ekonomik krizin işyerleri için tehdit ve tehlike oluşturduğu, kimi işyerlerini zor duruma soktuğu gibi,

⁵⁰⁵ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.507.

⁵⁰⁶ Kılıçoğlu, Yorum, s.487.

⁵⁰⁷ Çelik, B.20, s.318; Engin, İşletme Gereklere, s.105; Mollamahmutoğlu, B.3, s.713; Süzek, B.5, s.621; Kılıçoğlu, Yorum, s.493; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.507; Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.68; Mollamahmutoğlu, B.3 s.713; Süzek, B.5 s.621; Nurşen Caniklioğlu, **4857 Sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri**, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21–25 Eylül Bodrum 2005.

bazı işyerleri için de yeni fırsatlar yarattığı da bilinmektedir. Örneğin kuş gribi hastalığı nedeniyle, kanatlı hayvanlarla ilgili beyaz et ve yem sektörü gibi birkaç sektör çökme noktasına gelmişken, kırmızı et sektörü ve bazı sektörler bundan faydalanmıştır. Böyle bir durumda ülkeyi sarsan genel bir ekonomik krizin var olmadığı, ekonomik krizin tüm sektörleri etkilemediği öne sürülerek belirtilen sektörlerdeki işyerlerinde, kısa çalışmaya izin verilmemesi adil olmayacaktır.

Kısa çalışmaya mahal verecek krizin tüm sektörleri de etkileyen genel bir ekonomik kriz şeklinde anlaşılmasının mümkün olamayacağı, ayrıca böyle bir durumun ortaya çıkmasının da çok zor olduğu, ülkenin tüm sektörlerinin aynı anda krize girdiği bir durumun kısa çalışma için gerekli olduğu yönündeki yorumun uygulamanın fiiliyatta kullanılamaz hale getirileceği şeklindeki yorumlar baskın çıkmış ve 6111 sayılı kanun değişikliği ile kısa çalışmaya neden olan olgular, sektörel krizi de içine alacak şekilde değiştirilerek genişletilmiştir.

1.2.1.2.1.2. Zorlayıcı Sebepler

13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliği m.3-f’de zorlayıcı sebepler;

“işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenler” olarak tanımlanmıştır (KÇY, m.3/1-f).

Bir Yönetmelik hükmünden çok adeta makale gibi ve uzunca kaleme alınan bu hükümde, zorlayıcı sebebin genel ekonomik krizden farklı olarak, iş yeri kökenli olması ve kısa çalışmaya geçilmek istenen iş yerinde gerçekleşmesi aranmıştır. Bu yönüyle zorlayıcı sebep, önceden öngörülemeyen ve taraflarca istenmeyip dıştan gelen ve iş yerinin işlemlerini geçici bir süre için kısmen veya tamamen engelleyen bir olgu şeklinde anlaşmıştır. Yönetmelikte sayılanlar yanında toprak kayması ve grizu patlaması gibi olguların da zorlayıcı sebep sayılması mümkündür.

Ancak, işverenin tutumundan kaynaklanan yahut sorumlu olduğu düşünülebilecek nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi iş yerine özgü ekonomik kriz, kısa çalışma uygulaması bakımından zorlayıcı sebep olarak görülmemiştir. Buna karşılık bu olguların genel bir ekonomik kriz şeklinde nüksetmesi halinde buna dayalı kısa çalışmaya gidilebileceği ayrık tutulmalıdır. Yani, nakit darlığı, pazar daralması ve bunun gibi sebeplerin genel ekonomik kriz biçiminde değil de sadece o iş yerine veya işverene özgü olması halleri (ki buna işyerine özgü ekonomik kriz de denilebilir) işveren açısından önceden öngörülemeyen ve önüne geçilemeyen nedenler olarak kabul edilmemiş bu nedenle de işçilere mal edilemeyeceği düşünülmüştür. Bunun doğal sonucuysa böyle bir durumda kısa çalışmanın gerçekleşmeyeceğidir⁵⁰⁸.

Örneğin, işverenin döviz kurlarının normal olduğu veya aşırı bir şekilde artmaya başladığı bir dönemde, yüklü miktarda döviz borcu altına girmesi, işyerine gereğinden fazla işçi alınması ve işgücünün verimli kullanılmaması, talep azlığına rağmen aşırı üretim yapılması gibi nedenlerle işyerinin krize girmesi, zorlayıcı sebep olarak nitelendirilemeyeceği gibi, işverenin pazarı ve piyasa hareketlerini, rekabet koşullarını takip etmemesi nedeniyle işyerinin krize girmesi halinde de zorlayıcı sebepten söz edilemeyecektir. Belirtilen olayların zorlayıcı sebeplere dâhil edilip edilemeyeceğine karar verilirken, işverenin kusurlu olup olmamasına da bakılmayacaktır. Zira söz edilen olaylar, işverenin sevk ve idaresinden yani işyerinden kaynaklandığı için, işverenin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan zorlayıcı sebeplerin dışında tutulacaktır.

Ekonomik krizlerin zorlayıcı sebep sayılıp sayılamayacağı ve dolayısıyla sözü edilen hükümlerin ekonomik kriz hallerinde uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Öğretide ekonomik krizin iç ve dış nedenlerinin olabileceği, dış kriz olarak yer bulan genel ekonomik krizin genel ekonomi alanında, işletme dışı nedenlerden kaynaklanan, dıştan gelen ve işletmeyi kaçınılmaz bir şekilde etkileyen bir olgu olması nedeniyle zorlayıcı sebep olduğu ifade edilmiştir⁵⁰⁹. Bununla birlikte

⁵⁰⁸ Akyigit, Kısa Çalışma, s.6.

⁵⁰⁹ Engin, İşletme Gerekleri, ss.40, 105.

öğretide çoğunluk görüşe göre; ekonomik krizler işletme rizikosu içinde sayılmakta ve zorlayıcı sebeplerin dışında tutulmaktadır⁵¹⁰. İş sözleşmesi zorlayıcı sebepler nedeniyle bir haftalık süreden sonra haklı olarak feshedilebilirken, öğretide, ekonomik krizin, haklı fesih sebepleri arasında sayılmadığı, benzerleri olarak da nitelendirilmeyeceği ifade edilmektedir⁵¹¹.

Ayrıca ekonomik krizlerin borçlar hukuku anlamında bir beklenmeyen hal veya diğer bir deyişle işlem temelinin çökmesi halini oluşturduğu, ekonomik krizin zorlayıcı sebeplerin, haricilik ve direnilmezlik unsurlarını taşısa bile öngörülmezlik unsurunu içermediğinden zorlayıcı neden olarak nitelendirilemeyeceği, ekonomik krizin işverenin işletmeyi kurarken öngörmesi gereken bir işletme riski olduğu dolayısıyla işveren tarafından iş sözleşmesinin derhal feshinde haklı bir sebep olarak kabul edilmesi halinde, işletmeye ait olduğu kabul edilen ekonomik rizikonun işçiye geçirilmesine neden olacağı, işletmenin karşı karşıya bulunduğu ekonomik güçlüklerin ve ekonomik durumun iyiye gitmemesinin zorlayıcı sebep sayılamayacağı netice olarak da ekonomik krizin zorlayıcı sebep olmadığı ifade edilmektedir⁵¹².

Yine öğretide, işverenin ekonomik güçlükler nedeni ile iş görme ediminin ifasını kabul edememesinin ifayı kabul imkansızlığı niteliğinde sayılmadığı, genel ekonomik kriz, işletmenin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntı, satışların durması ve stok fazlalığı gibi örnek gösterilen bu tür ekonomik risklerin işletme riski içinde değerlendirildiği⁵¹³, ekonomik kriz nedeniyle işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedemeyeceği, ekonomik krizleri iş sözleşmesini askıya alıcı etkiyi, zorlayıcı sebeplerden farklı olarak otomatik şekilde değil, tarafların anlaşması halinde

⁵¹⁰ Münir Ekonomi, **Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.173; Gülsevil Alpagut, **Ücret ve İşin Düzenlenmesi, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminden Yeniden Yapılanma**, İstanbul Barosu, Çalışma Hukuku Komisyonu Seminer Notları, İstanbul 2006, ss.43-44; İnce, s.184; Erol Akı, **Ekonomik Krizin Zorlayıcı Neden Sayılmaması**, İHU, İşK 17, No.7, ss.2-3; Sarper Süzek, **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, B.4, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s.381.

⁵¹¹ Ekonomi, Çalışma Şartları, s.173; Alpagut, Ücret ve İşin Düzenlenmesi, s.43.

⁵¹² Süzek, s.381.

⁵¹³ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.67.

göstereceği⁵¹⁴, işverenin ürettiği mal veya hizmete piyasada talep olmaması, stok fazlalığı nedeniyle üretime ara verilmesi ve benzeri nedenlerin işveren için kabulde geçici imkansızlık doğuran haller olarak değerlendirilemeyeceği, aynı şekilde üretim maliyetindeki aşırı yükselme ve bu bağlamda çok pahalı olduğu için hammadde alımından vazgeçilmesi gibi nedenlerin işletmeyi kurarken işveren tarafından öngörülmesi gereken hususlar oldukları ve işletme riski içinde yer aldıklarının kabulde geçici imkansızlık nedeni olarak görülemeyeceği, ekonomik konjonktürün durumu ve gelişiminin işveren objektif sorumluluğunu üstlendiği işletmenin normal riskinin bir parçası olduğu belirtilmektedir⁵¹⁵.

Yargıtay'ın ekonomik krizlerin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinde öngörülen zorlayıcı sebeplere girdiği ve 17. maddesine girmediği yönünde kararları bulunmaktadır⁵¹⁶.

Ekonomik kriz, hukuki bir kavram olmadığı için, bu tür olayların hukuki yönden taşıdığı unsurların dikkate alınarak nitelendirilmesi gerekecektir. Ekonomik krizler işletme içinden kaynaklanabileceği gibi, işletme dışından da kaynaklanabilir. Bu tür olayların hukuki bakımdan koşulları varsa, zorlayıcı sebep veya beklenmeyen hal biçiminde nitelendirilebileceği, bu bağlamda ekonomik krizlerin zorlayıcı sebeplerin unsurlarını taşıması halinde, zorlayıcı sebep; aksi halde beklenmeyen hal olarak nitelendirilmesi gerektiği iddia edilebilir.

Ekonomik krizler, işyerinden kaynaklanan diğer olaylar gibi, zorlayıcı sebebin unsurlarını taşımayan ve işletme rizikosu içinde sayılan olaylardır. Ancak Yönetmeliğin 3. maddesinde yer alan zorlayıcı sebep tanımında, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen ekonomik krizlerin hüküm ve sonuçları itibarıyla zorlayıcı sebeplere yaklaştırılmaması tatmin edici olmayacaktır. Gerçekten sözü edilen olayların, zorlayıcı sebep olarak

⁵¹⁴ Mollamahmutoğlu, B.2, s.492.

⁵¹⁵ Hamdi Mollamahmutoğlu, **Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ekonomik Nedenlerle Feshi**, Kamu-İş, Ocak 1998, ss.171-172.

⁵¹⁶ Y.9HD, 18.06.1986t, E. 1986/5128, K.1986/6223, Yasa Hukuk, C.10, S.3, Mart 1987, s.408,

nitelendirilecek diğler olaylardan, ekonomik konuda olmasının dışında fazla bir fark bulunmamaktadır⁵¹⁷.

Zorlayıcı sebebin unsurlarından objektif olarak herkes için geçerli olacak kaçınılmazlık unsurunun genel ekonomik krizler bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılabilir gibi görünmekle birlikte, işyeri dışından kaynaklanan ekonomik krizler birçok yönüyle işyerinden kaynaklanan işyeri ekonomik krizlerinden ayrılmakta ve zorlayıcı sebeplere yaklaşmaktadır. Her ne kadar ekonomik krizlerin zorlayıcı sebep sayılacağı ileri sürülemese de, genel ekonomik kriz gibi işyerini ciddi anlamda etkileyip sarsan benzer olayların hüküm ve sonuçları itibariyle zorlayıcı sebepler gibi kabul edilmesi yerinde olacaktır⁵¹⁸. Bunlar genel ekonomik kriz olabileceği gibi bölgesel ve sektörel krizler şeklinde de ortaya çıkabilir.

Bu doğrultuda Andaç; zorlayıcı sebeplerin yönetmelikte sadece doğal afetler olarak algılandığını, doğal afetler dışında, işyerindeki pazar payının azalması, ekonomik ve teknolojik gelişim gibi sebeplerin zaman zaman iş yerinin çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltacak veya iş yerinde faaliyeti kısmen veya tamamen geçici olarak durduracak etkenler olabileceğinin göz ardı edildiğini belirtmiştir⁵¹⁹.

Kanımızca burada yapılacak ayırım, işyeri dışından kaynaklanan ekonomik krizlerin zorlayıcı sebepler kriterlerine ulaşması halinde, bu nedenle kısa çalışmaya imkân tanınması mümkün kılınırken, işletmeye özgü ekonomik krizlerin zorlayıcı sebepler olarak kabul edilerek, kanunun dolanılması suretiyle işletmesel riskin işçinin üzerine bırakılmaması gerektiğidir. Zira aşağıda görüldüğü üzere Yönetmelik bu nedenlerin zorlayıcı sebeplerden sayılmadığını bizzat kabul etmiştir.

⁵¹⁷ Ocak, s.193.

⁵¹⁸ Ocak, s.194.

⁵¹⁹ Faruk Andaç, **Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, Tekstil İşveren Dergisi, S.304, Nisan 2005, s.304.

1.2.1.2.1.3. Zorlayıcı Sebeplerle Bağdaşmayan Haller

13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliği m.5/3 fıkrasında nakit darlığı, ödeme güçlüğü, Pazar daralması ve stok artışı gibi nedenlerle yapılan kısa çalışma başvurularının Kurum tarafından reddedileceği düzenlenmiştir.

Genel bir ekonomik kriz olmadan o iş yerinin veya işverenin pazar daralması, stok fazlalığı ve ödeme güçlüğü şeklinde yaşadığı ekonomik krizin kısa çalışmayı caiz kılmadığı konusunda bazı istisnalar haricinde doktrinde tartışma yoktur⁵²⁰. Bu nedenle işverenin kendine atfedilebilecek yönetsel ya da organizasyona dayalı kötü yönetimden kaynaklanan bir nedenle krize girilmesi halinde kısa çalışma yaptırması mümkün olmayacaktır⁵²¹. Kısa çalışma için işyerindeki iktisadi krizi yeterli görmek, basiretli olmayan bir işverenin sebep olduğu neticeyi işsizlik sigortası fonuna yüklemek sonucunu doğuracağından isabetli bir çözüm olarak görülmemiştir. Bu durumda işverene düşen, işyerindeki ekonomik krizin, kendisinin kötü yönetiminden değil ülkedeki ekonomik sıkıntıların işyerine yansımından kaynaklandığını kanıtlamak olacaktır.

Demir, iş yerinin, yönetim biçiminden, nakit darlığından, ödeme güçlüğünden, stok artışından, organizasyon hatalarından veya pazar daralmasından kaynaklanan sebeplerle krize girmesini, kısa çalışma yapılması için haklı neden görmemiştir⁵²².

Caniklioğlu da yönetsel ya da organizasyona dayalı kötü yönetimden kaynaklanan bir nedenle krize girilmesi durumunda işverenin, kendi kusurundan kaynaklanan bu nedene dayanarak kısa çalışma yaptırmasının mümkün olmayacağını ifade etmiştir⁵²³.

⁵²⁰ Aksi görüş, Andaç, s.304.

⁵²¹ Resul Kurt, **Karşılaştırmalı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu**, TESMER, İzmir 2003, s.107; Saday Okay, **1475 Sayılı İş Kanununun Değiştirilerek, 4857 Sayılı İş Kanununun Yürürlüğe Girmesi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, Belediye Dünyası, Temmuz 2003, s.15.

⁵²² Demir, Kısa Çalışma, s.563.

⁵²³ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.507.

Yönetmelikte kısa çalışmaya cevaz vermeyen nakit darlığı, ödeme güçlüğü, Pazar daralması ve stok artışı gibi nedenlerin genel ekonomik krizin yansıması olarak ortaya çıkması halinde ise; bunlara dayanılarak kısa çalışma uygulanmasında tereddüt bulunmayacaktır. Yani buradaki ayırımın dikkatli yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte genel ekonomik kriz söz konusu olmaksızın, işletmenin o veya bu nedenle yaşadığı nakit darlığı, ödeme güçlüğü, Pazar daralması stok artışı ve benzeri nitelikteki ekonomik güçlüklerle yani işyerine özgü ekonomik krize dayalı olarak kısa çalışma talebinde bulunulamayacağı bizzat mevzuat tarafından kabul edilmiştir.

1.2.1.2.2.6111 Sayılı Kanun Değişikliği

1.2.1.2.2.1. Genel Ekonomik, Sektörel ve Bölgesel Kriz

4447 Sayılı Kanun'un 6111 sayılı Kanunla değiştirilen Ek 2. maddesine göre; genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz nedeniyle, işyerinde çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Oysa bu değişiklikten önce, kısa çalışma yapılabilmesi için ekonomik krizin, genel bir ekonomik kriz olması gerekmektedir. Yapılan değişiklikle ekonomik krizin, genel ekonomik kriz olması şartı ortadan kaldırılmış, sektörel veya bölgesel kriz nedeniyle de kısa çalışma yapılmasına olanak sağlanmıştır. Yukarıda yer verilen doktrinindeki görüşlerden de anlaşılacağı üzere esasında, genel ekonomik kriz ibaresinin sektörel kriz halinde kısa çalışma yapılmasını dışlamadığı, bu ibarenin genel bir sektörel kriz halinde de kısa çalışma yapılmasına olanak sağladığı kabul edilmekteydi. Yapılan değişiklikle doktrinindeki tartışmalara son verilmiş, bu konuda ortaya çıkan tereddütler ortadan kaldırılmış, bizce isabetli bir şekilde olası tüm tartışmalara son verilmiştir.

Görüldüğü gibi 6111 sayılı kanunla yapılan değişik 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesi ile doktrinde mevcut olan sektörel krizin kısa çalışmaya imkan tanıyan bir kriz olup olmadığı yönündeki tartışmalara son vermekle kalmamış, bölgesel krizi de kısa çalışma yapılabilecek nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir.

6111 sayılı 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanun'a dayanılarak çıkarılan 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliği tanımlar başlıklı 3. maddesinin b bendinde bölgesel krizi;

“Ulusal veya uluslar arası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı durumlar” olarak; genel ekonomik krizi m.3-c’de;

“ulusal veya uluslar arası ekonomide ortaya çıkan olayların ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar” olarak; sektörel krizi de m.3-g’de;

“ulusal veya uluslar arası ekonomi de ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumlar” olarak tanımlamıştır.

Böylece kısa çalışma yapılabilecek kriz halleri genişletilmiştir. Bununla birlikte genel ekonomik krizin 13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliğindeki tanımı ile 30.04.2011 tarihli meri Kısa Çalışma Yönetmeliğindeki tanımı arasında herhangi bir fark bulunmayıp, birebir aynı ifade kullanılmıştır.

1.2.1.2.2.2.Zorlayıcı Sebepler

30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliğinde zorlayıcı sebepler; *“işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenler”* olarak tanımlanmıştır (KÇY, m.3/1-h).

Görüldüğü üzere, kısa çalışmaya mahal veren zorlayıcı nedenler bakımından 6111 sayılı Kanun değişikliği öncesi ve sonrasında herhangi bir değişiklik bulunmayıp önceki yönetmelik metni aynen muhafaza edilmiştir.

Zorlayıcı nedenlerle yapılacak kısa çalışma başvurularında önceki uygulamada olduğu gibi Kurum yetkililerinin uygunluk tespiti belirleyici olacaktır (KÇY, m.5/4). Tespit için gözlemlere ilaveten işverenlerin kaza raporu, hasar raporu gibi zorlayıcı nedenin varlığını kanıtlayacak belgelerin ibraz edilmesi istenebilir.

Terör olaylarının maddede belirtilen zorlayıcı sebep tanımındaki “ve benzeri nedenler” kapsamında olup olmadığı araştırılmalı ayrıca iş yerine vermiş veya vermekte olduğu zararın şiddeti ve iş yerini ne şekilde etkilediği saptanmalıdır. Bir yerde yaygın olarak terörden bahsedilmekle birlikte, özelde iş yerlerinin çalışmaları etkilenmemekte, çalışanların işe geliş ve gidişleri, ham madde temin edilmesi ve üretilen ürünlerin pazarlanmasında sıkıntı yaşanmamakta ise kısa çalışma anlamında zorlayıcı nedenden bahsedilemeyecektir. Aksi halde iş yerinde üretimin gerçekleştirilmesi can ve mal güvenliği bakımından tehlikeli olacağından zorlayıcı neden olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla işverenin kısa çalışma talebi uygun görülecektir.

Güncel bir sorun olarak bahsedebileceğimiz ve domuz gribi olarak da bilinen AH1N1 tipi virüsün etkilerinin de zorlayıcı neden olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tespit edilmelidir. Bu anlamda salgın hastalığın zorlayıcı neden olarak değerlendirilebileceğini kanun kabul etmektedir. Böyle bir durumda salgın hastalıktan etkilenen bölgedeki işverenler kısa çalışma talep edebileceklerdir. Domuz gribi virüsünün bulaşıcı ve insandan insana geçmekte olduğu, kişilerin belirtilerin başlamasından bir gün öncesi ve 7 gün sonrasına kadar bulaşıcı oldukları unutulmamalıdır. Gerek iş yerinde çalışmakta olan işçinin domuz gribine yakalanmış olması gerekse iş yerinin bulunduğu bölgede domuz gribi vakıalarının ciddi bir biçimde artış göstermiş olması, iş yeri işçileri için yakın ve ciddi bir tehlike olarak kabul edileceğinden her iki durumda da işverenler iş yerinde dezenfektasyon yapmak isteyebilirler. Böyle bir durumda iş yerinde veya belli bir bölümünde dezenfektasyon

çalışmaları nedeniyle işlem tamamlanıncaya kadar geçici olarak faaliyete ara verilmesi gerekeceği açıktır. Bu durumda da işveren zorlayıcı nedenle kısa çalışma talebinde bulunabilecektir. Geçmiş yıllarda ülkede etkili olan kuş gripinin kısa çalışmaya imkân tanıdığı bu noktada göz önünde bulundurulabilir.

Zorlayıcı sebebin varlığı, ya ilgili işverenin bildirim üzerine ya da böyle bir nedenin varlığının açıkça ortaya çıktığı durumlarda bildirim aranmaksızın Kurumca tespit edilir. Kurumun yaptığı şey, zorlayıcı sebebi ihdas eden inşai bir karar vermek değil sadece zaten mevcut ve yaşanan olgunun zorlayıcı sebep olduğunu açıklayıcı nitelikte bir uygunluk tespittir.

Yönetmelik m.5, zorlayıcı sebeple ilgili başvuruların önce İş-kur tarafından sebep ve şekil yönünden denetleneceğini, kurumun bu sebebe girdiğini düşündüğü başvuruların uygunluk tespitine geçileceğini, işverenlerin dayandığı olguların zorlayıcı sebebe girmediğinin anlaşılması halinde de yine İş-kur'ca reddedileceğini düzenlemiştir. Bu durumda İş-kur, zorlayıcı sebeple bağdaşmayan nakit darlığı, ödeme gücü, pazar daralması ve stok artışı gibi durumlarının olup olmadığını inceleyecek böyle ise başvuruyu reddedecek aksi halde uygunluk tespitine geçecektir.

1.2.1.2.2.3. Zorlayıcı Sebeplerle Bağdaşmayan Haller

13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliğinde olduğu gibi 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliği m.5/3 fıkrasında da; nakit darlığı, ödeme gücü, Pazar daralması ve stok artışı gibi nedenlerle yapılan kısa çalışma başvurularının Kurum tarafından reddedileceği düzenlenmiştir. Bu açıdan mülga yönetmelik ile meri yönetmelik arasında herhangi bir fark bulunmayıp, önceki düzenleme benzer şekilde yönetmelik metnine alınmıştır.

1.2.1.3. Durum İlgili Yerlere Bildirilmeli ve Kurum Yönetim Kurulunca Karar Bağlanmalıdır

1.2.1.3.1. Kurum Yönetim Kurulunun Kararı

4447 sayılı İşsizlik Kanunu'nun 6111 sayılı Kanunla değişmeden önceki haline dayanılarak çıkarılan 13.01.2009 tarihli mülga kısa çalışma yönetmeliğine göre; ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma uygulaması için, krizin varlığı yeterli görülmeyip bunun ifade edilmesi aranmıştı. Bu anlamda mülga yönetmeliğin 5.maddesinde; genel ekonomik krizin varlığının, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarelerin bulunması halinde; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca açıklanacağından, ÇSGB'nin duruma açıklık getirmesinin yapacağı bir açıklama ile söz konusu olacağından söz edilmişti. Aynı maddeye göre; bu duruma açıklık getirilmeden genel ekonomik kriz gerekçesiyle yapılan başvuruların Kurum tarafından reddedileceği düzenlenmişti.

4447 sayılı Kanunun Ek 2. maddesinin 6111 sayılı kanunla değiştirilmesinden sonra çıkarılan 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliğine göre ise; ekonomik kriz hallerinde kısa çalışma yapılabilmesi için Bakanlığın duruma açıklık getirmesi gerektiği şeklindeki düzenlemeden vazgeçilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, genel ekonomik, bölgesel ve sektörel ekonomik krizin varlığı; işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi ya da bu yönde kuvvetli emarelerin bulunması halinde Kurum Yönetim Kurulunca karara bağlanacaktır. Benzer şekilde Kurum Yönetim Kurulunca karara bağlanmadan genel ekonomik kriz, bölgesel veya sektörel kriz gerekçesiyle yapılan başvurular Kurum tarafından reddedilecektir (KÇY m.5/2-3). ÇSGB'nin açıklamasının tüm işyerleri için kısa çalışma ödeneğine hak kazanma anlamına gelmeyeceğine ilişkin anlayış, kanun değişikliği sonrasında da varlığını muhafaza etmektedir. Bu anlamda Kurum Yönetim Kurulunca karara bağlanan ekonomik kriz halleri soyut olarak kısa çalışma taleplerinin kabul edilebilirliği yani Kurumca taleplerin sebep yönünden reddedilmemesi anlamına gelecek, somut kısa çalışma talebinin kabulü yani ekonomik krizin işyerini etkileyip etkilemediği ise yine Kurumun yapacağı uygunluk

tespiti ile belirlenecektir. Bu anlamda Kurum Yönetim Kurulunca alınacak karar ile Kurum yetkililerince yapılacak uygunluk tespitini birbirine karıştırmamak gerekmektedir.

Caniklioğlu'na göre; bu hüküm uygulamaya kolaylık getirecek niteliktedir. Gerçekten bu hüküm sonucu, ülkede ekonomik krizin mevcudiyeti yönünde bir karar alındığında, kısa çalışma talebinde bulunan her bir işveren için bu koşul ayrıca araştırılmayacak, sadece talep sahibi işverenin bu krizden etkilenip etkilenmediğinin tespiti ile yetinilecektir. Bu nedenle de işverenin krizden etkilenip etkilenmediği sonucuna varılabilmesi için etkilenmenin belirli bir ağırlığa ulaşması aranacaktır.

Zorlayıcı sebeplerle yapılan kısa çalışma başvurularında ise Kurum Yönetim Kurulunun konu hakkında bir karar alması gerekmez. Zira zorlayıcı sebeplerle yapılan başvurularda Kurum yetkililerinin uygunluk tespiti belirleyici olacaktır.

1.2.1.3.2. İşverenin İş-Kur'a Başvurusu ve Sendikaya Bildirimi

Kısa çalışmaya geçmek isteyen işverenin bu isteğini gerekçesiyle birlikte derhal İş-kur'a⁵²⁴ ve varsa mevcut TİS tarafı işçi sendikasına yazılı olarak bildirmesi gerekir (KÇY m.4). Öğretide, bildirim yükümlülüğü sayesinde bu uygulamaya itiraz edilme olanağı sağlandığı ifade edilmektedir⁵²⁵.

4857 sayılı Kanun'un mülga 65.maddesi ile bu maddeye dayanılarak çıkarılan 22.05.2003 tarihli mülga KÇY döneminde, kısa çalışmaya geçmek isteyen işverenin, talebini kısa çalışmaya başlamadan önce mi yoksa sonra mı bildirmek yükümlülüğünde olduğu hususu tartışmalı idi. Bu anlamda Akyiğit kısa çalışma, bildirimini "derhal" yani işin kısmen veya tamamen durdurulması veya haftalık çalışma süresinin azaltılmasından itibaren geç sayılmayacak bir sürede yapılması gerektiğini ifade etmiş, ancak mevzuatı, somut ve belirli bir süre öngörmemesi

⁵²⁴ Alman hukukunda bildirim, kısa çalışmanın diğer hallerinde yerel iş bürosuna yapılırken toplu işçi çıkarımındaki ihtimalde, Federal İş Bürosu merkezine yapılır, aktaran, Akyiğit, Kısa Çalışma, s.13.

⁵²⁵ Ulucan, Esnek Çalışma, s.104.

noktasında eleştirmiş, meri düzenlemeden “derhal” deyiminin dürüstlük kuralı ışığında hâkim tarafından belirlenecek ve geç sayılamayacak bir zaman dilimi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmişti⁵²⁶.

Astarlı ise; kısa çalışmaya ilişkin mevzuat hükümlerinden kısa çalışmaya ilişkin bildirim, çalışmanın işyerinde fiilen uygulanmasından sonra yapılması gerektiği şeklinde anlaşılmasına müsait olduğunu, çünkü Yönetmeliğin ilgili maddesinde kısa çalışma yapma niyetinde olan işverenden değil, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle geçici olarak işyerindeki işçilerin tamamının veya bir kısmının haftalık çalışma sürelerini en az üçte bir oranında azaltan veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen durduran işverenden bahsedildiğini, fakat olması gerekenin kısa çalışma düzenine geçilmeden evvel uygunluk tespiti istenilmesi olduğunu, ancak bu sayede, kısa çalışma yaptırmaya yetkili olduğu kanaatiyle uygulamaya başlayan fakat yetkili makam tarafından objektif koşulların değerlendirilmesi sonucu buna imkân olmadığı tespit edilen işverenin yanlılığı neticesinde yasal olmayan kısa çalışmayla temerrüde düşmesinin engellenebileceğini ifade etmiş, fakat niteliği itibarıyla işverenin acil kararlar alarak işletmesinin idaresine müdahale etmesini gerektirecek ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerin niteliği ile mevzuattaki kısa çalışma yaptırma talebinin bildirim ve idare tarafından uygun bulunması sürecine dair öngörülen çok aşamalı bürokratik yapının birbiri ile uyum sağlamadığını belirtmiştir⁵²⁷.

Caniklioğlu da; kanuni düzenlemenin işverenin önce çalışmayı durdurup ya da çalışma süresini azaltıp ardından Türkiye İş Kurumu’na başvurmasının mümkün olduğu şeklinde anlaşılabilirliğini, ancak bu durumun uygulamada pek çok uyumsuzluklara sebebiyet vereceğini, işverenin işi durdurduktan sonra Kuruma başvurması ve daha sonra talebinin reddi halinde, işçilerin işverenin temerrüdüne dayanarak, ödenmeyen ya da eksik ödenen ücretlerini talep edebileceklerini

⁵²⁶ Akyiğit, Kısa Çalışma, ss.15–16.

⁵²⁷ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.372.

belirtmek için yapılacak bir düzenlemeyle, önce kısa çalışma kararının alınması, ardından uygulanmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir⁵²⁸.

Çelik, işverenin önce kısa çalışma başvurusunda bulunması gerektiğini ve eğer ancak başvurusu uygun bulunursa işçilerini kısa çalışmaya tabi tutabileceğini belirtmiştir⁵²⁹.

Ancak 22.05.2003 tarihli mülga Yönetmeliğin 4. maddesinin; “*Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle geçici olarak işyerindeki işçilerin tamamının veya bir kısmının haftalık ortalama çalışma sürelerini en az üçte bir oranında azaltan veya işyerinde faaliyetini tamamen veya kısmen durduran işveren*” şeklindeki düzenlemesi, 13.01.2009 tarihli mülga KÇY’nin 4. maddesi ile “*Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren*” şeklinde değiştirilmiş ve doktrindeki tartışmalara son vermiştir.

30.04.2011 tarihli meri KÇY’nin 4. maddesinin birinci fıkrası da 13.01.2009 tarihli mülga yönetmelik düzenlemesini aynen devam ettirmiş ve yine kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren tabiri kullanılmıştır.

Dolayısıyla 13.01.2009 tarihli Yönetmelik döneminde olduğu gibi şimdi de kanunda yer alan sebeplerle kısa çalışma uygulamasına gitmeyi düşünen işveren, önce faaliyeti durdurma ya da çalışma sürelerini azaltıp bildirimde bulunma yerine, öncelikle Kurumdan talepte bulunarak uygunluk tespiti isteyecektir. Bu nedenle faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması yahut çalışma sürelerinde indirimle gidilebilmesi ancak talebinin uygun bulunmasından sonra söz konusu olabilecektir.

İşverenin kısa çalışma uygulamasına geçmeden önce yapacağı bu başvuruyu “Kısa Çalışma Talep Formu” adı verilen matbu form ile yapılması gerekir. Bu talep formunda; genel olarak işyerine ilişkin bilgiler, kısa çalışmanın başlaması ve sona ermesi öngörülen tarih, kısa çalışma başvurusunun hangi gerekçeye dayandırıldığı,

⁵²⁸ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.510.

⁵²⁹ Çelik, B.18, s.288; karşı, Eyrenci ve diğerleri, B.2, s.181.

işyerinde çalışan toplam işçi sayısı ile kısa çalışma yaptırılacak işçi sayısı, işyerinde daha önce kısa çalışma uygulanıp uygulanmadığı, kısa çalışmanın hangi yöntemle uygulanacağı, yani haftalık çalışma süresinin azaltılması yahut faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasından hangisinin tercih ettiğini, buna ilişkin planlamanın kısa çalışmanın şekil şartını sağlayıp sağlamadığı gibi bilgilere yer verilmelidir. Ayrıca; aynı formda işverenden bir taahhüt de alınmaktadır. Nitekim işveren, kısa çalışmaya ilişkin kanıtları belirteceğini, kurum yetkilileri tarafından yapılacak inceleme esnasında; kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgileri istenilen formatta hazırlayarak manyetik ortamda İş-Kur'a bildireceğini ve kurum yetkililerine teslim edeceğini, varsa toplu iş sözleşmesi sendikaya⁵³⁰, kısa çalışma başvurusu ve sonucu hakkında bilgi vereceğini, kısa çalışma talebi uygun görüldüğünde işyerinde yazılı olarak ilan edeceğini, kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçilerin ödeneklerinin kesilmesi gereken bir durum ortaya çıktığında bunu Kuruma bildireceğini, kısa çalışmayı sona erdirerek normal faaliyete geçmesi halinde durumu Kurum birimine ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere altı işgünü önce yazılı olarak bildireceğini taahhüt eder.

Bu şekliyle madde, şekli bir zorunluluk getirmiş bulunmaktadır⁵³¹. Gerçi işverenin Kanun ve Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getireceği yolunda ayrı bir taahhütte bulunmasına gerek yoktur. Zira mevzuat gereği zaten bunları yerine getirmekte yükümlüdür. Bununla birlikte; tekrar niteliğinde de olsa bu

⁵³⁰ Bu düzenlemenin sonucu olarak, eğer o iş yerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi yoksa işverenin hiçbir sendikaya bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Gerçekten de düzenlemede sadece toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendikadan bahsedildiği için, o iş yerinde örgütlenmiş olan başka sendikaların bulunması, işverenin bu sendikalara bildirimde bulunmasını gerektirmez. Aynı şekilde toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra iş sözleşmesinin hükmü olarak uygulanmaya devam etmesi, sendikayı, toplu iş sözleşmesinin tarafı kılmayacağı için, bu sendikaya bildirimde bulunmaya da gerek yoktur. Bunun gibi sendikanın yetki almış olması ve toplu görüşmeye başlamış olması da, işverene bildirim yapma zorunluluğu yüklememektedir. Öte yandan; sendikaya sadece bildirim yapılması zorunlu olup, sendikanın rızasının alınması ya da toplu işçi çıkarmada olduğu gibi sendika ile iş yerinde alınabilecek başka bir tedbir olup olmadığı konusunda bir müzakere yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır

⁵³¹ Mollamahmutoğlu, B.3, s.690. Buna karşılık Alman Hukukunda; kısa çalışma uygulaması için iş yeri kurulunun onayının alınması zorunludur. İş yeri kurulunun onayı, geçerlilik koşulu olarak kabul edilmektedir. İşverenin iş yeri kurulunun onayını almadan, doğrudan işçilerle anlaşarak kısa çalışma uygulaması yapmasının herhangi bir geçerlilik taşımadığı ve işçilerin normal ücretlerine hak kazanacakları ifade edilmektedir. Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.512, naklen, dn.31.

yükümlülüklerin işverenlere yeniden hatırlatılmasının bir sakıncası bulunmamaktadır.

Belirtelim ki, bu başvuruda işverenin krizden etkilendiğine ilişkin varsa kanıtlarını belirtmesi ve Kısa Çalışma Talep Formunu bir üst yazı ekinde İş-Kur'a vermesi yeterlidir. Başvuruda bunlar dışında bir ek belge ve bilgi talep edilmez.

Yönetmeliğin 4. maddesinde işverenin ayrıca varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya yazılı bildirimde bulunacağı düzenlenmiştir. Bu bildirimde de, genel ekonomik kriz, bölgesel veya sektörel krizden hangisine dayanıldığı, zorlayıcı sebebin ne olduğu ve varsa buna ilişkin somut belgeler belirtilecektir. Şüphesiz Tis'e bildirim ile o iş yerine getirilen yeni düzenin (çalışma koşullarının) tarafı olan işçi sendikasının konu hakkında bilgi sahibi kılınması olumlu bir yaklaşımdır. Ancak henüz Tis imzalanmasa da Tis için kesin yetkiye sahip işçi sendikasının bundan dışlanması isabetli olmamıştır. Bunun gibi asıl bildirim işverenin henüz bu önlemlere başvurmadan yapılması, hatta konunun birlikte gözden geçirilip değerlendirilmesi daha uygun düşecektir.

1.2.1.3.2.1. Kurumun Ön İncelemesi

Bu başvuru üzerine Kısa Çalışma talep formu öncelikle İş-Kur tarafından neden ve şekil yönünden incelemeye tabi tutulmaktadır. Şekilden kasıt talebin yazılılığı ve yönetmelik m.4'te sayılan olguları içerip içermediğidir. Sebep ise, işverenin o başvurusuna vesile olan olgudur.

İşverenin kısa çalışma başvurusunda bulduktan sonra çalışma koşullarında değişiklik meydana gelmesi mümkündür. Örneğin daha da kötüleşen ekonomik durum nedeniyle kısa çalışma kapsamına giren işçi sayısında artış yapılması söz konusu olabilir veya haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklinde yapılan kısa çalışma uygulamasından işin tamamen veya kısmen durdurulması şeklinde kısa çalışma uygulamasına geçilmesi ihtiyacı doğmuş olabilir. Verilen bu örneklerden ilk halde kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısında ikinci halde de işçilerin

yararlandığı kısa çalışma ödeneği miktarında artış meydana gelmektedir. Sonradan meydana gelen bu gibi değişikliklerin yeni bir başvuru olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği önem taşımaktadır. Zira bu değişiklikler yeni bir başvuru olarak değerlendirildiği takdirde, yeni bir uygunluk tespitine konu olmakta, başka bir anlatımla işlemler baştan itibaren tekrarlanmaktadır.

Bu konuda uygulamada oldukça pratik bir çözüm getirilmiştir. Böyle bir durumda, yani kısa çalışma koşullarında değişiklik meydana geldiğinde, eğer kurum yetkilileri tarafından henüz işyerinde inceleme yapılmamış ise, bu gibi değişiklik talepleri kurum yetkililerine iletilmekte ve kurum yetkilisi de incelemesini güncellenen yeni duruma göre yapmaktadır. Ancak; kapsamın genişletilmesi sonucunu doğuran bu gibi değişiklik talepleri, kurum yetkililerince işyerinde inceleme yapıldıktan sonra iletilmişse; bu, yeni bir başvuru olarak kabul edilmektedir. Örneğin kurum yetkilisi tarafından uygunluk tespiti yapılmış ve kısa çalışma uygulaması kapsamında olacak işçi listesinde isimleri yer alan işçiler dışında yeni işçilerin de kısa çalışma uygulamasına alınmasına ilişkin talep olmuşsa, bu yeni bir kısa çalışma uygulama talebi olarak değerlendirilecektir. Bunun yanında kısa çalışma koşullarındaki değişiklik ödenekten yararlanan işçi sayısının artması veya işçilerin yararlandığı kısa çalışma ödeneği miktarının artması sonucunu doğurmuyorsa değişikliğin kurum yetkilileri tarafından uygunluk tespiti yapıldıktan sonra gündeme getirilmiş olması halinde dahi yeni bir talep olarak değerlendirilmemesi ve yeni bir incelemeye konu edilmemesi gerekir.

Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; 300 işçi için kısa çalışma uygunluğu alan işverenin, kısa çalışma süresinin 5838 sayılı Kanun'da 4447 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 8. madde ile altı aya çıkarılması üzerine, külfetin işçiler arasında eşit paylaşılması amacıyla, uzatılan sürede diğerlerinin yerine aynı işi yapan bir başka 300 kişilik grubu kısa çalışma grubuna dâhil etmek istediğini düşünelim. Böyle bir durumda, söz konusu işyerinde kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısı ve kısa çalışma ödeneğinin miktarı değişmediği ve sadece yararlanan işçilere ilişkin bir değişiklik söz konusu olduğu için ikinci 300 kişilik grup için yeni bir uygunluk tespitinin aranması gereksiz olmaktadır.

1.2.1.3.2.2. Kurum Yetkililerince Uygunluk Tespiti Yapılması

İş-Kur'un başvuru formu üzerinde yapacağı ön inceleme neden ve şekil yönünden olumlu sonuçlandığı takdirde, işverenin kısa çalışma talebi İş-Kur tarafından İş Teftiş Grup Başkanlığı'na gönderilir. Bundan sonra Yönetmeliğin (m.5/IV) uygunluk tespiti olarak adlandırdığı aşama gelmektedir. Başvuruya ilişkin uygunluk tespiti, Kurum yetkilileri tarafından yapılamaktadır.

Uygunluk tespitinde; işverenin başvurusunda belirtilen hususların doğru olup olmadığı, örneğin ekonomik kriz nedeniyle yapılan başvuruda, ekonomik krizin etkilerinin var olup olmadığı, işyerinin ekonomik krizden ne şekilde etkilendiği, satışların ne oranda azaltılıp durdurulduğu vs.nin incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, kurum yetkilisi tarafından işletmenin gelir tablosu, bilançosu vergi levhası, üretimde meydana gelen değişiklikler, iptal edilen veya alınan siparişler incelenerek işletmenin ekonomik nedenlerle kısa çalışmaya gitme ihtiyacının olup olmadığına ilişkin veriler incelenmektedir. Yaptığı inceleme ve değerlendirme neticesinde İş-kur, kısa çalışmaya gerekçe gösterilen sebebe göre bir karara ulaşacaktır. Şöyle ki;

Eğer işveren başvurusuna genel ekonomik kriz, bölgesel yahut sektörel krizi gerekçe olarak göstermişse, İş-kur öncelikle Kurum Yönetim Kurulu'nun bu yönde bir kararının (KÇY. m.5/3) bulunup bulunmadığına bakar. Yönetim Kurulu'nun böyle bir açıklaması yoksa İş-kur, kısa çalışma talebini uygun bulmadığını işverene bildirir. Ancak Yönetim Kurulu'nun genel ekonomik kriz, bölgesel veya sektörel krizin varlığına dair kararı varsa; bu kez uygunluk tespitine geçer. 13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliğinde uygunluk tespitinin Kurum tarafından değil Bakanlıkça yapılacağına ilişkin düzenleme görüldüğü üzere kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile kısa çalışma talebinin alınmasından sonuçlanmasına kadar olan süreç tamamen Kurum içinde gerçekleşecektir. Kurum, ekonomik krizin işyerini etkilediğini, yani genel ekonomik, bölgesel yahut sektörel krizin işyerinde siparişlerin azalması, üretimin durdurulması, karlılık oranının ciddi anlamda düşmesi gibi nedenlere yol açtığı sonucuna varırsa, uygunluk tespitini dolayısıyla da kısa

çalışma talebini olumlu bulur. Zira genel ekonomik kriz, sektörel ve bölgesel kriz nedeniyle kısa çalışma taleplerinin uygun görülmesi, işyerini ciddi anlamda etkileyip sarsması koşuluna bağlanmıştır.

Eğer kısa çalışma talebi zorlayıcı sebebe dayandırılmışsa, bu durumda İş-kur işverenin gösterdiği olgunun zorlayıcı sebebe girip girmediği konusunda bir inceleme yapar. Zorlayıcı sebeplerle yapılan başvurularda, genel ekonomik kriz, bölgesel kriz veya sektörel kriz nedeniyle yapılan başvurularda olduğu gibi Kurum Yönetim Kurulu'nun kararı ön koşul olarak aranmaz. Zorlayıcı sebebe girmediği kabul edilen (nakit darlığı, ödeme güçlüğü, Pazar daralması ve stok artışı gibi işyeri ekonomik kriz sebeplerine dayalı) başvurular için uygunluk tespiti yapılmayıp, bunların uygun olmadığı bizzat İş-kur tarafından yanıtlanıp işverene bildirilir. İş-kur gösterilen sebebin zorlayıcı sebebe girdiği kanısına varırsa, zorlayıcı sebebin işyerindeki etkisini inceleyerek uygunluk tespiti yapacaktır. Bu anlamda zorlayıcı nedenlerle de yapılacak uygunluk tespitinin 13.01.2009 tarihli mülga yönetmelik gereğince bakanlık tarafından yapılacağına ilişkin düzenlemeden vazgeçilmiştir.

Bunun üzerine, Kurum yetkililerince yapılan inceleme Kurum tarafından işverene bildirilir. İşveren durumu, işyerinde işçilerin görebileceği bir yerde ilan eder ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına bildirir. İlan yoluyla işçilere bildirim yapılamadığı durumlarda, kısa çalışmaya tabi işçilere yazılı bildirim yapılır (KÇY m. 5/4).

Kurum talebin uygunluğu yönündeki kararına karşı ilgili işçilerin ve varsa TİS tarafı işçi sendikasının, talebin uygunsuzluğu yönündeki kararına karşı ise ilgili işverenin itiraz hakkının mevcut olması gerekir. Zira bu karar, iş hukukuna ait de olsa bir idari işlemdir ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabiliği (AY m.125) gözden uzak tutulmamalıdır. Davanın kurum aleyhine ve kararın idari işlem olması sebebiyle idari yargıda açılması gerektiği söylenebilir. Ancak olması gereken hukuk bakımından iş mahkemelerinde ele alınması uzmanlık

bakımından daha yerinde olurdu⁵³². Fakat böyle bir kural getirilmediğinden mevcut şartlarda uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiği söylenecektir⁵³³. Buna karşın kısa çalışma nedenleri ve uygulamasıyla ilgili uyuşmazlıkların tümünün çözümü için İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesine uygun olarak İş Mahkemeleri görevli olacaktır.

1.2.1.3.2.3. Uygunluk Tespitinin Bildirimi ve İşverence Nihai Liste Düzenlenmesi

Uygunluk tespiti yapıldıktan sonra, düzenlenen inceleme raporları İş Teftiş Grup Başkanlığı tarafından ilgili İş-Kur birimine ve oradan da İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığına gönderilmektedir. Mamafih, son dönemlerde isabetli olarak, incelemenin Ankara'ya gönderilmek yerine İl Müdürlüğünde sonuçlandırılması yoluna gidilmiştir. Bundan sonra da talepleri uygun görülmüş olan işverenlere incelemenin sonucu ve kısa çalışma kapsamına girecek işçilerin listesi gönderilmekte ve işverenler de Kurumca belirlenen esaslar doğrultusunda listeye son şeklini vererek yazılı ve elektronik posta yoluyla bildirilen adreslere göndermektedirler.

Kısa çalışma talebi uygun görülen işverenlerin ayrıca kısa çalışma yapacak kişiler için ayrı bir bildirme düzenlemesine gerek yoktur. İşverenin İş-Kur tarafından gönderilen listeyi eksiksiz olarak doldurulup göndermesi yeterli kabul edilmekte, İş-Kur, söz konusu bu listeyi veri tabanına eklemek suretiyle işçinin başvurusu ve işverence bildirme verilmesine ilişkin işlemleri otomatik olarak yerine getirmektedir. Böylece, kısa çalışma kapsamında olan işçinin İş-Kur'a şahsen başvurusu aranmayıp işlemlerin hızlı yürümesi sağlanır.

Bu noktada İş-Kur tarafından gönderilen listenin işverence doldurulmasının da özel bir önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Zira bu liste İş-Kur tarafından belirlenen esaslar dışında doldurulmak istenildiği takdirde, işlemin devamı mümkün

⁵³² Ancak İş Mahkemeleri Kanunu m.1'in burada uygulama alanı bulunmamaktadır. Zira bu madde işçilerle işveren arasındaki iş uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinde görüleceğini düzenlemektedir.

⁵³³ Ulucan, Esnek Çalışma, s.104; Eyrenci ve diğerleri, B.2, ss.2, 239; Konuk, s.56.

olmamakta ve kısa çalışma uygulamasının başlaması gecikmektedir. Bu nedenle listeye kurum tarafından belirtilenler dışında herhangi bir not eklenmesi, açıklama yapılması veya çıkarılması mümkün değildir.

Kısa çalışma uygulamasının başlangıç ve bitim tarihleri konusunda da düzenlenen raporun esas alınması gerekmektedir. Bunun gibi; haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklinde bir kısa çalışma uygulaması söz konusu olduğunda, kısa çalışma ödeneği aylık olarak ödendiği için, söz konusu listedeki işçinin haftalık çalıştırılmayacak saatlerini gösteren haneye, bir ay esas alınarak saat belirlemek suretiyle veri girişi yapılması önem taşımaktadır. Prim ödeme gün sayısına ilişkin bilgiler İş-Kur tarafından SSK veri tabanından otomatik olarak alınmaktadır.

İşverenin talebinin mevzuat hükümlerine uygun bulunmaması yani reddi söz konusu olduğunda, durum yine İş-kur tarafından gerekçeleri ile birlikte işverene bildirilir. Öte yandan, işverenin, kısa çalışma talebinde bulunduktan sonra, işlemler sürerken, talebinden vazgeçilmesi de söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda durumun gecikmeksizin İş-kur'a bildirilmesi gerekir.

1.2.1.4.İşveren Bu Yüzden İşyerindeki İşi Kısmen veya Tamamen Durdurmalı Yahut Çalışma Süresini Azaltmalıdır

Kurum yetkilileri tarafından yapılan inceleme sonucu işverenin kısa çalışma talebi uygun bulunursa rapor hazırlanır. Bu raporda kısa çalışmanın başlama ve bitiş tarihleri yer alır. Ayrıca kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgileri içeren listenin son şekli de rapora eklenir. Bu belgeler Kurum tarafından işverene ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya iletilir ve işyerinde yazılı olarak ilan edilir (Yön. m.5/4).

6111 sayılı kanunla değişmeden önce uygunluk tespitinin Bakanlık iş müfettişlerince yapılması, talebin uygun bulunması halinde Kuruma, Kurum tarafından işverene, işverence de varsa sendikaya bildirim yapılması yönündeki kademeli süreçten vazgeçilmiş, uygunluk tespitinin Kurum yetkililerince yapılması

öngörölmüş, yapılan tespitin yine bizzat kurum tarafından hem işverene hem de sendikaya bildirimini sağlanmışır. Ülkemizdeki bürokrasinin işleyiş hızı dikkate alındığında yapılan değişikliğin kısa çalışma uygulamasının mantığıyla bir nebze de olsa bağdaştırıldığı söylenebilir.

Bu aşamayla birlikte artık kısa çalışma uygulamasına geçilebilecektir. Yönetmeliğe göre kısa çalışma;

- Üç ayı geçmemek üzere işyerinde uygulanan çalışma süresinin işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az 1/3 oranında azaltılması biçiminde veya
- Süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması biçiminde gerçekleşecektir (Yön. m.3, f.1/ç).

Kısa çalışma şekillerinden faaliyetin tamamen durdurulması, iş yerindeki tüm işçilerin; kısmen durdurulması ise, belli bazı departmanlardaki işçilerin çalıştırılmaması anlamına gelir. Kısmi olana vardiya (posta) veya departman tatili de denilebilir⁵³⁴. Örneğin belirli hatların veya belirli birimlerin kapatılmasında bu durum söz konusudur. Ayrıca faaliyetin kısmen durması tabirinin de yanlış anlaşılması gerekir. Burada önemli olan; işyerinde ekonomik kriz nedeniyle işçilere tamamen veya kısmen iş verilememesidir.

Faaliyetin kısmen veya tamamen durması ile çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılmasındaki geçiciliğin alt ve üst sınırları 4857 sayılı İş Kanun'un mülga 65/2 maddesinde, en az dört hafta ve en fazla 3 ay olarak düzenlenmiştir. Yine bu yasa maddesine dayanılarak çıkarılan 22.05.2003 tarihli mülga Yönetmelik m.3/7'te geçici olarak işin durması "*en az dört hafta en fazla 3 ay süre ile iş yerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması*", şeklinde tanımlanırken "*en az dört hafta en fazla üç ay süre ile işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin geçici*

⁵³⁴ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.10; Akyiğit, B.5, s.292.

olarak en az üçte biri oranında azaltılarak uygulanması” ise kısa çalışma olarak tanımlanmıştır. 5763 sayılı Kanunla kısa çalışmanın 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun Ek 2. maddesine kaydırılmasından sonra madde metninin düzenlemesi, “...işyerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hallerinde...” şeklinde olmuş, bu kanuna göre çıkarılan 13.01.2009 tarihli mülga yönetmelikte ise süreler;

- İş yerinde uygulanan çalışma süresinin en çok 3 ay süre ile geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya
- En az dört hafta süreyle iş yerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması⁵³⁵ şeklinde düzenlenmiştir(13.01.2009 tarihli mülga KÇY, m.3/1-c).

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun 6111 sayılı kanunla değiştirilmesinden sonra bu kanuna göre çıkarılan 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliği’ne göre kısa çalışma;

- Üç ayı geçmemek üzere işyerinde uygulanan çalışma süresinin işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az 1/3 oranında azaltılması biçiminde ya da;
- Süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması biçiminde gerçekleşecektir (Yön. m.3, f.1/ç).

Görüldüğü üzere, işin kısmen veya tamamen durdurulması ile çalışma sürelerinin azaltılması hallerindeki kısa çalışma şekillerinin uygulanma süreleri periyodik kanun değişikliklerinde olarak farklı ifade edilmiş, 22.05.2003 tarihli yönetmelik düzenlemesinde, her iki kısa çalışma şeklini de kapsayacak şekilde anlaşılmaya müsait olan ifade 13.01.2009 tarihli yönetmelikte asgari sınırın yalnızca

⁵³⁵ 4447 sayılı Kanunun 5838 sayılı yasa ile getirilen Geçici 8. maddesi 2008 ve 2009 yıllarında, yine Geçici 8. maddenin 5951 sayılı kanunla değişikliğinde de 2010 yıllarında yapılan kısa çalışma başvurularına münhasır kalmak üzere Kanunda belirtilen “üç aylık” süre Bakanlar Kuruluna tanınan yetki ile önce altı aya çıkarıldığı gibi, bilahare 6 aylık süreye bir altı ay daha eklenmiştir.

faaliyetin durdurulması halindeki kısa çalışmada uygulanacağı ihtimalini uyandırır şekilde ifade edilmiş, benzer ayırım 30.04.2011 tarihli Yönetmelikte de kendini göstermiştir⁵³⁶.

Yukarıda madde metinlerine yer verilen mülga 13.01.2009 tarihli Yönetmelik ile 6111 sayılı kanun değişikliğinden sonra yürürlüğe giren 30.04.2011 tarihli Yönetmelik metinleri incelendiğinde; çalışma sürelerinin azaltılması şeklinde uygulanan kısa çalışma biçiminde önemli bir farklılığın olmadığı görülecektir. Mülga yönetmelikte “*en çok üç ay*” ifadesi, meri yönetmelikte “*üç ayı geçmemek üzere*” şeklinde kullanılmıştır.

Kısa çalışmanın faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması şeklinde uygulanmasında ise, mülga yönetmelikte bulunmayan süreklilik koşulunun aranmaması meri yönetmeliğe eklenmiştir. Böylece kısa çalışmanın faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması şeklinde uygulanan halinde, durdurmanın aralıklarla yapılıp yapılamayacağı yönündeki tartışmalara son verilmiştir. Yönetmelik metninden de anlaşılacağı üzere; en az dört haftalık durdurmanın sürekli olması aranmayacaktır. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; 01.04.2010 tarihinden itibaren 30.06.2010 tarihine kadar Nisan ayının ilk iki haftası ve Mayıs ile Haziran aylarının son haftaları kısa çalışma amaçlı yapılan durdurma kısa çalışmanın süre koşulunu sağlayacaktır. Yine 01.04.2010 tarihinden itibaren 30.05.2010 tarihine kadar Nisan ve Mayıs aylarının ilk ve son haftalarında kısa çalışma amaçlı yapılan durdurmada da aynı durum söz konusu olacaktır. 4 haftalık durdurmanın üst üste yapılması gerekmeyecektir.

Kısa çalışmanın işyerindeki çalışma sürelerinin azaltılması şeklindeki uygulaması her iki Yönetmelikte de 1/3 oranında azaltım olarak ifade edilmiştir. Öyle ki bu ifade; İşK mülga 65.maddesinde, önemli ölçüde azaltma şeklinde tabir edilmiş ve çalışma sürelerinin azaltılmasının ne zaman önemli ölçüde azaltma sayılacağına ilişkin hiçbir açıklık getirilmemişti. Bu bakımından mülga yasa maddesi

⁵³⁶ Bu ifadenin doğuracağı sıkıntıya aynı başlık altında ilerleyen safhalarda değinilmiştir.

soyut bir ölçü getirerek objektif bir değerlendirmeden uzaklaşmıştı. O dönemde doktrinde, önemli ölçüde azaltmadan neyin anlaşılması gerekeceği de tartışma konusu olmuş ve yasal bir düzenlemeyle saptanıncaya kadar bunun uygulama tarafından belirlenmesi gerektiği savunulmuştur⁵³⁷. Kısmi süreli çalışmada da geçen bu ifade için oradaki ölçütün kabul edilmesi gerektiği de akla gelen çözümlerden biriydi. Ancak 22.05.2003 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliği m.3/6 ve 13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliği m.3/1-c bendinde söz konusu kavram açıklığa kavuşturulmuş, “önemli ölçüde azaltmanın” iş yerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin en az üçte biri oranında azaltılması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁵³⁸. Görüldüğü üzere son kanun değişikliği olan 6111 sayılı kanun sonrası çıkarılan yönetmelikte de azatılımın 1/3 oranında yapılacağı aynen hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin kanunun sistematığı bakımından kısmi süreli çalışma ve telafi çalışmasıyla benzer şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir⁵³⁹.

Çalışma sürelerinin azaltılması şeklinde uygulanan kısa çalışmanın⁵⁴⁰, iş yerinin bir kısmında olup olmayacağına dair bir açıklığa İşsizlik Sigortası Kanunu Ek.m.2 ve 13.01.2009 tarihli mülga yönetmelikte yer verilmemiştir. Buna karşılık doktrinde Akyiğit, İş Kanunu mülga 65. madde ve 22.05.2003 tarihli mülga Yönetmelik döneminde yapmış olduğu açıklamalarında, mülga Yönetmelik m.5/c’ye dayanarak, kısa çalışmanın işyerindeki bir veya birkaç departmanla sınırlı

⁵³⁷ Akyiğit, B.5, s.271.

⁵³⁸ Alman hukukunda da kendisinde azaltım yoluyla kısa çalışmaya gidilen süre o iş yerinde düzenli olarak uygulanan çalışma süresidir. Bunda işletme sözleşmesi ve işletme konseyinin de rolü vardır. Aynı şekilde, normal çalışma süresinden daha az çalışılması halinde kısa çalışma uygulamasına ve buna bağlı olarak kısa çalışma ödeneğine olanak tanınmaktadır. Ancak, çalışma süresinin normalden daha kısa olduğu tüm durumlarda değil, daha az çalışma ihtiyacının belli bir yoğunluğa ulaştığı durumlarda bu olanak kabul edilmektedir. Buna göre, bir takvim ayı içinde, işletmedeki işçilerin en az üçte biri için, işletmedeki normal çalışma süresinin en az onda biri oranında azalma söz konusu ise, ancak bu durumda kısa çalışma yaptırılması mümkün olur ve kısa çalışma ödeneği verilir, aktaran, Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.511.

⁵³⁹ Nitekim henüz ilgili yönetmelik çıkmadan böyle bir anlayış savunulmaktaydı. Bkz. Soyer, Çözüm Önerileri, s.196, dn.33; Mollamahmutoğlu, B.3, s.689; Akyiğit’e göre ise, yönetmelikten evvel mülga yasa maddesinin açıklık getirmeyişi yüzünden ölçütün uygulamayla ortaya çıkacağı, fakat hafta da 2–3 saatlik bir azatılımın da önemli ölçüde azaltım olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Çıkarılan Yönetmelik konuyu açıkça düzenleyerek tartışmasız bir düzenlenmeye getirmiştir. Akyiğit, B.5, s.271.

⁵⁴⁰ İşin kısmen veya tamamen durdurulması halinde uygulanan kısa çalışma için bu husus tartışma konusu olmayacaktır. Zira işin tamamen durdurulmasının işyerinin tamamını kısmen durdurulmasının ise bir kısmını kapsayacağı uygulamanın doğası gereğidir.

tutulmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir⁵⁴¹. Ancak İşK'nu m.65'in 5763 sayılı Kanunla 4447 sayılı İşsizlik Sigortasına kaydırılmasından sonra bu kanuna göre çıkarılan 13.01.2009 tarihli mülga Yönetmelikte bu düzenlemeye yer verilmemesi konunun tartışılmasına neden olmuştur.

Ekmekçi, çalışma süresinin belli oranda azaltılmasının işyerinin geneline yaygın bir uygulama olmasının zorunlu olmadığını, belirli işçilerin veya belirli birimlerin çalışma sürelerinin azaltılabileceğinin mümkün olduğunu belirtmiştir⁵⁴². Karaca da; azaltılmış sürelerle kısa çalışma uygulamasının işyerinin tamamına şamil olmasının zorunlu olmadığını ifade etmiştir⁵⁴³. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nu Ek 2. maddesinin 6111 sayılı Kanunla değiştirilmesinden sonra çıkarılan 30.04.2011 tarihli yönetmelik ise bu tartışmalara son vermiş ve açıkça kısa çalışmanın işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanabileceğini düzenlemiştir (KÇY m. 3/1-ç).

Yukarıda anlatıldığı üzere; 22.05.2003 tarihli mülga Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinde; kısa çalışmanın gerek çalışma sürelerinin azaltılması gerekse de işin geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulması şeklindeki uygulanmasında en az dört hafta ve en fazla 3 aylık süreler asgari ve azami olarak düzenlenmişti. 13.01.2009 tarihli Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3.maddesi ise, en az dört hafta süre sınırlamasının yalnızca işin tamamen veya kısmen durdurulması halinde aranacağı anlaşılacak şekilde kaleme alınmıştı. Bu nedenle Yönetmelik metninden, kısa çalışma uygulamalarından işin tamamen veya kısmen durdurulması halinin en az dört hafta sürmesi aranmış iken, çalışma sürelerinin azaltılması hali için asgari bir süre koşulunun aranmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkmış ve bu husus doktrinde kısa çalışma uygulama sürelerinin alt ve üst sınırının ne şekilde anlaşılması gerektiğini tartışmalı hale getirmişti.

⁵⁴¹ Akyiğit, C.II, s.1953.

⁵⁴² Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.50.

⁵⁴³ Karaca, Kısa Çalışma, s.119.

Caniklioğlu; kanun ve yönetmelik metninde yer alan ifadelerin karışıklık uyandırır gibi düzenlendiğini, düzenlemenin kısa çalışmanın, gerek işin kısmen veya tamamen durdurulması gerekse de çalışma sürelerinin belli ölçüde azaltılması şeklinde uygulanmasında en az dört hafta ve en fazla 3 ay şeklinde anlaşılması gerektiğini, dört hafta dolmadan işyerinde faaliyetin tekrar başlaması ya da normal çalışma süresine dönülmesi halinde artık işçilere kısa çalışma ödeneği verilmesinin söz konusu olmayacağını, bu haliyle kanunun kısa çalışma uygulamasının belirli bir süre devam etmesini aradığını, kısa süreli iş bırakmalarındaki gelir kayıplarına, işçinin kendisinin katlanmasının ya da bunun işçi ile işveren arasında halledilmesi gerektiği yönünde bir çıkarımın ortaya çıktığını, bu yaklaşımın ise isabetsiz olduğunu ve işçinin durumunu kötüleştirilmesi nedeniyle kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁴⁴.

Ekmekçi ise yönetmelik metninden çıkan anlamın çalışma sürelerinin azaltılması biçimindeki kısa çalışma halinin en az dört hafta sürmesinin aranmadığı olduğunu ifade etmiştir⁵⁴⁵. Karaca da Ekmekçi ile hemfikir olup, haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması halinde bu uygulamanın devamı açısından asgari bir sürenin söz konusu olmadığını, asgari dört haftalık sürenin işyerindeki faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulması halindeki uygulamanın önkoşulu olduğunu belirtmiştir⁵⁴⁶.

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 6111 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden sonra çıkarılan 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmelikte de benzer şekilde düzenleme yapılmış, en az dört haftalık sürenin çalışma süresinin azaltılması şeklindeki kısa çalışmada için de geçerli olup olmayacağı hususu netleştirilmemiştir.

Fakat mülga yönetmelik döneminde de tartışılan ve salt yönetmelik metninin düzenleniş biçiminden çıkan anlamın; asgari sürenin yalnızca işin kısmen veya tamamen durdurulması şeklinde uygulanan kısa çalışmada arandığı değildir. Mevzuata uygun kısa çalışmadan söz edilebilmesi için haftalık çalışma süresinin

⁵⁴⁴ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, naklen s.524.

⁵⁴⁵ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.50.

⁵⁴⁶ Karaca, Kısa Çalışma, s.119.

geçici olarak en az dört hafta süreyle en az üçte bir oranında azaltılarak uygulanması ve işyerindeki faaliyetin geçici olarak en az dört hafta süreyle kısmen ya da tamamen durdurulması gerekmektedir. Sözü edilen süreye ilişkin uygulama kısa çalışmanın bir koşulu olarak öngörüldüğünden ve kısa çalışma gerçekleşmeden ödenek alınamayacağından, doğal olarak ödenek için de gerekli koşullardan birisi olmaktadır. Belirtilen koşulun hem kanuna uygun kısa çalışmanın gerçekleşmesi hem de işçilere kısa çalışma ödeneğinin verilebilmesi için gerekli koşullardan birisi olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda Caniklioğlu'nun her iki şekilde uygulanan kısa çalışmanın da ancak asgari 4 hafta sürmesi koşuluyla kısa çalışma ödeneğine hak kazandıracağı görüşü yerinde bir ifade olarak ortaya çıkmıştır. Aksi halde 1 gün bile azaltılmış süreyle kısa çalışma yapılması işçilere kısa çalışma ödeneği ödeneceği anlamına gelir ki yasanın kısa çalışma uygulamasıyla güttüğü amaç bu değildir. Zira işverenlerin bunu kötüye kullanacağı da çok açıktır. Getirilebilecek eleştiri doğrultusunda işçinin korunması kaygısı, İşsizlik Sigortası Fonu'nun kanuna aykırı kullanılmasına imkân sağlanacak şekilde yorumlanamayacaktır.

Kısa çalışmanın asgari ve azami sürelerinin uygulanış biçimlerinin üzerinde durulmasının en önemli sebebi uygulamanın geçici nitelikte olmasının zorunlu olmasından kaynaklanır. Zira kısa çalışma öncelikle bu özelliği ile diğer iş hukuku kurumlarından ayrılmaktadır. Bu unsur o kadar önemlidir ki kısa çalışma, en az dört hafta ve en fazla 3 ay süreyle iş yerindeki işin kısmen veya tamamen durdurulması yahut da çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması şeklinde deyimleşmektedir⁵⁴⁷.

Bu nedenle işin yalnızca kısmen veya tamamen durdurulması halindeki kısa çalışmanın değil, çalışma sürelerinin azaltılması şeklindeki kısa çalışmanın da geçici olması zorunludur. Asgari 4 haftalık sürenin azaltılmış sürelerle de uygulanması gerektiğinin nedenlerinden biri de budur.

⁵⁴⁷ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.10; Akyiğit, C.II, s.1791, ancak öğretide, “işin durmasının en az dört hafta sürmesi” koşulunun zorlayıcı sebeplerden dolayı buna başvurma halinde istisnası olacağı söylenmektedir. Demir, Uygulama, s.108. Yani bu düşüncenin açılımı, zorlayıcı sebeple işin durdurumu halinde, zorlayıcı sebep dört haftadan az sürerse yine de kısa çalışmaya gidilebileceği şeklinde anlaşılacak gibidir. Eğer anılan eğilim bu mana da alınırsa, katılmak uygun gözükmemektedir. Akyiğit, Kısa Çalışma, s.10, dn.26; Akyiğit, C.II, s.1791, dn.26.

Asgari bu şekilde uygulanan kısa çalışma uygulamasının azami sınırını ise yasada belirlenen 3 aylık süre oluşturur. 4447 sayılı Kanun'un ilk halinde 3 ay olarak belirlenen azami süre 5838 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 6 aya çıkarılmış ve Bakanlar Kuruluna bu süreyi uzatma yetkisi verilmiştir. 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası süre yeniden 3 aya çekilerek bu hususta 6 aya kadar uzatma yetkisi benzer şekilde Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Dolayısıyla bundan sonraki kısa çalışma süresinin tavan sınırını 3 ay olarak belirlenen süre oluşturacaktır.

Kısa çalışmanın en az dört hafta ve en fazla üç aylık süresi değerlendirilirken 22.05.2003 tarihli mülga yönetmelik döneminde, Yönetmeliğin 9. maddesinde kısa çalışmaya temel oluşturan zorlayıcı sebebin ve ekonomik krizin devam süresi de bir kriter olarak getirildiğinden tespiti önem kazanmıştır. Öyle ki; Yönetmeliğin 9. maddesinde, işyerinde genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerle haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulmasından bahsedilmiştir. İŞK mülga 65. maddesi ve mülga Yönetmeliğin 3. maddesinde, mevzuata uygun bir kısa çalışma bakımından çalışma sürelerinin azaltılmasına ilişkin uygulamanın en az dört hafta sürmesi gerektiği öngörülmüşken, Yönetmeliğin 9. maddesinde işçilere kısa çalışma ödeneği verilebilmesi için çalışma sürelerinin azaltılmasına ve faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulmasına neden olan sebeplerin en az dört hafta sürmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hükme bağlı kalındığında, çalışma sürelerinin azaltılması ve faaliyetin durdurulması yöntemiyle uygulanan kısa çalışma bakımından çalışma sürelerinin en az dört hafta süreyle uygulanmasına ilişkin sınırlamanın yanı sıra buna neden olan sebeplerin de en az dört hafta sürmesi gerektiği yönünde başka bir sınırlama getirilmiş olacaktır. Yönetmelik hükmü, bu yönüyle kısa çalışmanın getiriliş amacına aykırılık teşkil etmiştir. Öyle ki kısa çalışmaya neden olan olayların, bir hafta, bir gün, bir saat ya da deprem, yıldırım düşmesi, toprak kayması gibi durumlarda olduğu gibi birkaç dakika hatta birkaç saniye içinde meydana gelmesi mümkündür. Burada önemli olan husus kısa çalışma nedenlerinin değil, bunların işyerine yaptığı olumsuz etkilerin işyerinde çalışma sürelerinin en az dört hafta süreyle azaltılması veya çalışmanın kısmen veya tamamen durdurulmasını gerektirip gerektirmediğidir. Bu nedenle belirtilen hüküm bu yönde kabul edilmiş ve

uygulanmıştır. Uygulamadaki getirdiği bu sıkıntı nedeniyle anılan hüküm, kısa çalışmanın 5763 sayılı kanunla 4447 sayılı kanuna kaydırılması neticesinde çıkarılan 13.01.2009 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliğine alınmamış, isabetli düzenleme 6111 sayılı kanun değişikliği sonucu çıkarılan 30.04.2011 tarihli yönetmelikte de baki kalmıştır.

Kısa çalışma için haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması, yani en çok 30 saat uygulanmasının ne şekilde yapılabileceği konusunda bazı tereddütler yaşanmıştır. Bu anlamda başlangıçlardaki uygulamalarda haftalık çalışma süresinin üçte bir oranında azaltılmasının, kısa çalışma dönemindeki her bir haftada ayrı ayrı gerçekleşmesi gerektiği aranmıştır. Bu yaklaşım ise kanun ve yönetmeliğe aykırı bulunmuş, kısa çalışma uygulamasından yararlanmayı önemli ölçüde sınırlandırıcı ve adil olmayan sonuçlara yol açtığı için benimsenmemiştir. Ortaya çıkabilecek farklılıkların izah edilmesinin mümkün olmaması, adil olmayan sonuçlara neden olması ve ayrıca kısa çalışma uygulamasını gereksiz yere daraltması nedenleriyle azaltılmış süre uygulamasının her haftaya yayılması gibi bir zorunluluk olduğundan söz edilemeyecektir. Nitekim 6111 sayılı Kanun değişikliği öncesinde kurum ve uygunluk tespiti yapan bakanlık müfettişleri de isabetli olarak çalışma süresinin azaltılması uygulamasının fasıllı olabileceği yolunda görüş bildirmişlerdir.

Bu anlamda Karaca, haftalık çalışma süresinin en az 1/3 oranında düşürülmesi şeklindeki kısa çalışmanın iki şekilde uygulanabileceğini; bunlardan ilkinin, günlük çalışma sürelerinin aşağıya çekilmesi şeklinde ikincisinin, haftada çalışılan gün sayısının azaltılması şeklinde olduğunu, ilkinde haftanın 6 günü, günde 7,5 saat çalışılan iş yerinde günlük çalışma süresinin 5 saate çekilerek $6 \times 5 = 30$ saatlik sürenin uygulandığını; ikincisinde iş yerinde iki gün çalışılmaması halinde çalışılmayan sürenin $2 \times 7,5 = 15$ saat olduğunu, bu halde de haftalık çalışma süresinin 30 saate düşmesi nedeniyle kısa çalışma için istenilen çalışma süresinin tutturulacağını ifade etmiştir⁵⁴⁸. Aydın'a göre; herhangi bir farklılığı olmayan kısa çalışmanın bu iki hali, kısa çalışma ödeneği bakımından farklılık yaratacaktır. Zira

⁵⁴⁸ Karaca, Kısa Çalışma, s.118.

azaltılmış sürelerle uygulanan kısa çalışma uygulamasında kısa çalışma ödeneği, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde çalışılmayan süreler için verilecektir⁵⁴⁹(KÇY m.7/3).

Mevcut hükümler karşısında çalışma sürelerinin dört haftadan daha kısa bir süre azaltılarak uygulanması halinde diğer koşullar gerçekleşse bile kısa çalışmadan söz edilemeyecektir. Kısa çalışma amacıyla işyerindeki çalışma süreleri azaltılmakla birlikte, bu yöndeki uygulamanın dört haftadan az sürmesi ve dört haftalık süre dolmadan önce normal çalışma sürelerine dönülmesi halinde, belirtilen koşul gerçekleşmediğinden kısa çalışmadan söz edilemeyecektir. Kısa çalışmaya neden olan olaylar, işyerindeki haftalık çalışma süresinin azaltılmasına neden olmakla birlikte, çalışma sürelerinin azaltılarak uygulanması dört haftadan fazla sürmeyecek olursa, burada kısa çalışmaya ilişkin hükümler değil, mevzuatta yer alan diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bunun gibi, faaliyetin durdurulmasına ilişkin uygulamanın üç hafta sürmesi halinde yapılan uygulama kısa çalışma olarak nitelendirilmeyeceğinden işverenler farklı bir yol izleyebilir. Bazı işverenler kanun hükmünü dolanarak işyerindeki faaliyetin üç hafta durdurulması gerekmele birlikte bu durumda kısa çalışma hükümleri uygulanamayacağından kısa çalışmaya, çalışma sürelerini azaltmak suretiyle gidebileceklerdir. Bu tür uygulamaların dört haftadan fazla sürmesi ve diğer koşullarında gerçekleşmesi halinde kısa çalışma hükümleri uygulanacaktır. Örneğin bazı işverenler haftada 6 iş günü çalışılan ve haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu işyerinde, çalışma süresini 12 saate indirilmesine ve günde 2 saat çalışılmasına ilişkin uygulamanın dört haftadan fazla sürmesi halinde diğer koşulların da gerçekleşmesiyle uygulananın kısa çalışma olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürebileceklerdir. Bir karşılaştırılma yapıldığında, faaliyetin üç hafta durdurulmasını gerektiren durumun, çalışma sürelerinin haftada 10 ve günde iki saate indirilmesine gerektiren durumdan daha hafif olduğu söylenemeyecektir.

⁵⁴⁹ Aydın, Kısa Çalışma, s.36.

Tabi burada tartışılabilir bir husus, işverenin yasal azami süreyi aşar şekilde işçilere iş vermemesinin veya çalışma sürelerini azaltmasının nasıl değerlendirileceğidir. Öncelikle yasal kısa çalışma sayılmayan bu aşkın kısmın ne olacağı, TİS veya hizmet sözleşmesiyle düzenlenebilir. Örneğin bu durum ücretsiz izin veya kısmi ücretli izin sayılabilir. Böyle bir düzenleme yoksa da işverenin bu süreyi tatil edip telafi çalışmasını gündeme getirmesi mümkün gözükmemektedir. Zira kısa çalışmaya imkân veren olguların telafi çalışmasına da imkân vereceği doktrinde ileri sürülmektedir⁵⁵⁰. O halde işveren bu dönemin ileride telafisi kararını alıp işçilerine duyurabilir. Fakat hem telafi çalışmasına gidilmemiş hem de durum sözleşmede düzenlenmemişse, bu durumda işçileri tümünden veya kısmen çalıştırmamanın nedenine bakılır. Kısa çalışmanın yasal süresi bitmesine rağmen, işveren işçileri işe davet etmiyorsa alacaklarının temerrüdüne düşer ve bu durumda işçi, gerek çalışma koşullarının uygulanmadığından gerekse de ücret alacağına ödenmediğinden bahisle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçiler feshe yanaşmazlarsa, Akyiğit'e göre; iş görme ve ücret ödeme borçları askıda kalır⁵⁵¹. Hatta yazar, iş vermemenin kesinlik ve süreklilik taşıması halinde, bunu sözleşmenin işverence haksız feshi saymak gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda işçi lehine kıdem-ihbar tazminatı ile işe iade davası açma hakkı doğar. Sözleşmenin feshedildiği sonucuna varmak söz konusu değilse işverenin işi kabulde temerrüdü söz konusu olacaktır. Bu durumda çalıştırılmayan süre çalışılmış gibi işlem görür⁵⁵². İşçi haklı nedenle fesih hakkını kullanmaz ve çalışmaya devam ederse; aradaki ücret farkını talep edebilir veya işi görmekten kaçınma hakkını kullanabilir. Zira bu durum işçiye ücretinin haksız olarak ödenmemesi anlamına gelecektir.

⁵⁵⁰ Demircioğlu/Engin, s.90; Mollamahmutoğlu, B.3, s.688; Akyiğit, Kısa Çalışma, s.12; Akyiğit, C.II, s.1793.

⁵⁵¹ Akyiğit, C.II s.1955.

⁵⁵² Akyiğit, Kısa Çalışma, ss.12-13.

1.2.2.Kısa Çalışma Uygulamasında İşçinin Rızası

1.2.2.1.İşçinin Rızasının Alınmasına Gerek Olmadığı Yönündeki Görüş

İşçinin rızasının aranmasından kanun metninde açıkça bahsedilmediğinden doktrindeki yazarların büyük çoğunluğu rızanın aranmaması gerektiği yönünde görüş bildirmişlerdir⁵⁵³.

Akyiğit, kısa çalışma için işverenin, işçilerin veya TİS tarafı işçi sendikasının rızasının alınmasının gerekmediğini⁵⁵⁴, zira kısa çalışmanın, işçinin rızasına bağlı olmaksızın işveren tarafından tek taraflı uygulanabilen bir esnek çalışma yöntemi olduğunu yönünde görüş bildirmiştir. Caniklioğlu da Akyiğit ile benzer yönde görüş bildirmiş ve kısa çalışma uygulaması için işçinin rızasını aramamıştır⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Alman hukukunda, kısa çalışmanın hukuki dayanaklarından, Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun doğrudan kısa çalışmayla ilgili olan ve kısa çalışmanın özel olarak düzenlendiği, 19. maddesi uyarınca, işverenler, Federal İş Ajansının kabul etmesi halinde, kısa çalışmaya işçinin rızasını almasızın tek taraflı olarak gidebilmektedirler. Anılan hükümde kısa çalışmanın özel şekillerinden birisi düzenlenmiş bulunmaktadır. Sözü edilen hüküm uygulama nedeni olarak değil, düzenleniş biçimi itibarıyla Türk hukukundaki kısa çalışmaya benzemektedir. Her iki madde de işçilerin rızasının alınması zorunlu olup olmadığı belirtilmeksizin ilgili kurumun iznine bağlı olarak kısa çalışmaya gidilebileceği düzenlenmektedir. Alman hukukunda anılan hükme dayanılarak yapılacak kısa çalışma uygulamaları için işçinin rızasının alınmasının zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Alman hukukunda sözü edilen kanunun 19. maddesi dışında, doğrudan kısa çalışmanın düzenlendiği, başka özel bir düzenleme bulunmadığından, diğer hususların yanı sıra, kısa çalışmanın dayanakları ve dolayısıyla işçilerin rızasına ilişkin hususlarda, mevzuatta yer alan hükümlerden yararlanılmakta ve kısa çalışmayla işçilerin çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana geleceğinden işçilerin rızasının alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir, aktaran, Ocak, Kısa Çalışma, s.296, dn.624.

⁵⁵⁴ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.12; Akyiğit, C.II, s.1792, Kısa çalışmaya başka ülkelerde de rastlanılmaktadır ama durumun bizdeki gibi olduğunu söyleyemeyiz. Örneğin; İsviçre Hukukunda işveren ücrette indirim/azalmaya götürmeyecek bir kısa çalışmayı (işçilerin rızası aranmadan) tek taraflı uygulayabilirken, ücrette azalmaya yol açan kısa çalışma için ilgili işçilerin rızasını almak zorundadır. Muhtemel tartışmaları önlemek amacıyla bu rızanın yazılı şekilde alınması önerilmektedir. Bu karşın Alman hukukunda işveren kendisine bu konuda yetki veren özel bir hukuki temel olmadan kısa çalışma uygulayamamaktadır. Bu konuda yetki veren özel bir hukuki temel ise sözleşmesel bir nitelik taşır. Öyle ki TİS veya bizde olmayan işyeri sözleşmesinde yahut da hizmet sözleşmesinde bu yönde yer alan kayıta dayanarak işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kısa çalışma gündeme gelebilir. Hatta Alman hukukunda kısa çalışma için bu sözleşmesel temel yanında işletme konseyinin uygun bulması da aranır.

⁵⁵⁵ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.503; benzer görüş için Süzek, Değişiklik Feshi, s.15; Alpagut, Ücret ve İşin Düzenlenmesi, ss.42, 45, 48, 50, 52; Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s.126; Şen, s.229; Alp, s.195; Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, s.138; SONGU, Öktem, Sezgi, Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007, s.245.

Öğretide kanunun, işverene çalışma koşullarında geçici bir süre esaslı değişiklik yapabilme hakkı tanıdığı, işçinin kanuna uygun bir kısa çalışma uygulaması çerçevesinde oluşan yeni koşullara işçinin uymak zorunda olduğu, kısa çalışmanın İşK'nun 22. maddesinin uygulama alanına girmediği ve anılan maddenin rejimine tabi olmadığı, kısa çalışmanın çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik olarak anılamayacağı⁵⁵⁶, ücretsiz izin uygulamasından farklı olarak koşulları kanunda belirlenen kısa çalışma uygulamasına geçilmesinin işçinin rızasına bağlı olmadığı, kısa çalışma koşullarının gerçekleşmesi halinde işçi ile anlaşılması veya değişiklik feshine başvurulmasına gerek bulunmadığı belirtilmektedir⁵⁵⁷.

1.2.2.2. İşçinin Rızasının Alınması Gerektiği Yönündeki Görüş

Ekmekçi'ye⁵⁵⁸ göre; kısa çalışma uygulaması yapılması işçinin rızasına bağlıdır. Diğer tüm koşullar yerine getirilmiş olsa dahi, işçi, kısa çalışma yapmak ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanmakla yükümlü değildir. Nitekim Yönetmeliğin 6/1 maddesinde işçinin ödenek talebinde bulunmasından söz edilmektedir. Kaldı ki işin niteliği de, bu sonuca varmayı gerekli kılmaktadır. Gerçekten de kısa çalışma uygulaması, ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde işçinin işsiz kalmasına bir ölçüde çare olarak gösterilmekte ise de; somut olayın özellikleri bu genel kabulü haksız çıkarabilir. Örneğin; işyerinde zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde, hatta ekonomik kriz dönemlerinde dahi, özellikle başka bir yerde iş bulması mümkün olan bir işçinin, üç ay boyunca işsizlik ödeneği miktarı kadar bir gelire geçinmeyi tercih etmemesi pekâlâ mümkündür. Böyle bir durumda işçiyi iradesi dışında bir konuma sokmanın hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle kısa çalışma uygulaması bakımından olmak ya da olmamak konusundaki tercihin işçinin kendisine bırakılması gerekir. 4857 sayılı Kanun'un mülga 65. maddesinin gerekçesinde, kısa çalışmanın uygulandığı dönem, işçi bakımından "ücretsiz izin" dönemi olarak nitelendirildiğinden ve işçinin rızasının olmaksızın ücretsiz izne çıkarılması söz konusu olmadığından, rıza hilafına kısa çalışmaya

⁵⁵⁶ Ali Cengiz Köseoğlu, **İş Yerinin Kapanmasını Sözleşmesine Etkisi**, İstanbul 2004, s.51.

⁵⁵⁷ Alp, s.195; Şen, s.229.

⁵⁵⁸ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.53.

gidilmemesi gerekecektir. Bu anlamda işçinin rızasının iki şekilde ortaya çıktığından bahsedilebilir. Öncelikle; kısa çalışma talebi Kurum Yönetim Kurulunca uygun bulduktan ve diğer işlemler tamamlandıktan sonra, işçinin kurumdan talepte bulunması kısa çalışmayı kabul ettiği anlamına gelir. Diğeri de aynı şekilde kendisine verilen ödeneği kabul etmesidir.

Karaca da; kısa çalışmanın işçinin rızasına bağlı olduğu görüşündedir⁵⁵⁹. Çünkü yazara göre; kısa çalışma başvurusunda bulunma hak ve yetkisinin yasal olarak işverene tanınmış olması ve bunu üzerine işverenin başvurusunun uygun bulunması halinde işçinin bunu kabul etme zorunluluğu olduğundan bahsedilemez. Böyle bir durumda işçi, kısa çalışma uygulamasını kabul etmez ancak iş sözleşmesini de sona erdirmeyerek emeğini arza hazır halde çalışmak için iş yerine gider fakat buna rağmen işveren tarafından çalıştırılmazsa; çalıştırılmadığı ancak iş yerinde bulunduğu bu süreye ilişkin ücretine hak kazanacaktır. İşçi ne zaman sona ereceği bilinmeyen bir askı süreci içerisinde en fazla 3 ay verilecek ödenekten yararlanma yerine, fesih hakkını kullanmayı tercih ederek daha iyi şartlarda bulunduğu başka bir işte çalışmak isteyebilir. Geçici bir süre olduğu kabul edilmekle birlikte iş sözleşmesinde işverenin esaslı borçlarından olan ücretin düşürülmesi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin sigorta primlerinin ödenmemesi gibi işçi aleyhine değişiklik yapılması anlamına gelen kısa çalışma uygulamalarına rıza göstermeyen işçi, işsizlik ödeneği almaya hak kazanıp kazanmama durumu dikkate alınmaksızın, 4857 sayılı İşK'nun 24/III maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshedebilecektir.

1.2.2.3.Görüşlerin Değerlendirilmesi

Görüldüğü üzere kısa çalışma için işçinin rızasına gerek olmadığı yönünde görüş bildiren yazarlar mevcut olduğu gibi aksi yönde görüş bildirenlerde vardır. Her iki görüş sahipleri de gerekçelerini sağlam temeller üzerinde yükseltmekle birlikte bazı yönleriyle değerlendirilmeye açıktır.

⁵⁵⁹ Karaca, Kısa Çalışma, s.121.

Ekmekçi'nin görüşü de bu anlamda bazı yönleriyle eleştirilebilir. Öncelikle her ne kadar bizce de *olması gereken hukuk* (de lege ferenda) bakımından kısa çalışma uygulaması için işçinin rızasının alınması gerekse de, bu şekilde bir rızanın aranmasının zorunlu olduğundan mevcut kanuni düzenlemeler karşısında bahsedilemeyecektir. Oysaki yazarın da belirttiği gibi işçinin kısa çalışma ödeneğini almaya zorlanması, başka yerde iş bulabilecek olanlar bakımından iradelerinin yok sayılması anlamına gelmektedir. Hele de prim ödeme gün sayıları yetmediği için kısa çalışma ödeneği almaya hak kazanmayan işçilerin durumu düşünüldüğünde durum daha da vahim bir hal almaktadır. Böyle bir durumda işçinin iş akdi, kısa çalışmada olduğundan askıya alınmış olacak, bu süreçte işçinin rızası alınmamış olacak ve işçi buna rağmen hiçbir ücretten yararlanamayacak fakat iş sözleşmesini feshetmediği sürece de sözleşmeyi sürdürmek zorunda kalacaktır. Bu nedenle rızanın alınmaması bakımından özellikle kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayacak işçiler için asgari bir ücret güvencesinin getirilmesi gerekmektedir. Söz konusu bu olumsuzlukların ortadan kaldırılması için ise yasal düzenleme yapılması ivedi bir zorunluluktur.

Karaca'nın savı da bazı yönleriyle eleştirilebilir. Öyle ki yazarın belirtmiş olduğu gibi işçinin ne zaman sona ereceği belli olmayan bir kısa çalışma uygulamasına tabi tutulmuş olduğundan bahsedilmez. Zira kısa çalışma uygulamasının azami olarak ne kadar süreceği kanun tarafından belirlenmiştir. İşverenin kısa çalışma talebinin kabul edilmesi halinde uygulamanın süreceği süre somut olarak belirlidir. Bu nedenle işçinin muğlâk bir kısa çalışma dolayısıyla da askı sürecine girdiğinden bahsedilemez.

Aslında görüşlerde anlatılmak istenilen, işverenin kısa çalışma talebinde bulunmasının işçinin rızasına bağlı olmadığı, yani kısa çalışma uygulamasına başvurulması için işçinin muvafakatinin gerekmediği, ancak alınacak uygunluk tespitinden sonra uygulama süreci için işçinin rızasının aranması gerektiğidir. İşverenin ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle kısa çalışma uygulamasına geçeceğini İş-Kur'a bildirmesi ve uygunluk tespiti alması sonrasında kısa çalışma uygulamasına geçebileceğini bildirdiği süreçte işçilerin görüşüne ve rızasına başvurmasına gerek olmayıp, kısa çalışma uygulamasına başlayan işverene karşı

işçilerin bu uygulamayı kabul etmeme hakkından bahsedilecektir. Yani işçiler kısa çalışmaya tabi tutulmak zorunda olmadıklarını bildirebilirler. Ancak belirttiğimiz gibi mevcut kanuni düzenlemeler karşısında bu tespitlerin çıkarılması mümkün gözükmemektedir. Zira kanun koyucu eğer, işçinin rızasının alınmasını istemiş olsaydı, bunu diğer esnek çalışma yöntemlerinde olduğu gibi açıkça düzenlerdi. Kanun koyucunun işçi bakımından ağır sonuçlar doğuran böyle bir uygulamada bu hususu gözden kaçırdığı söylenemeyecektir. Ayrıca kanunda gözden kaçırıldığı ileri sürülecek olsa bile bu eksiklik fazla çalışmaya ilişkin yönetmelikte olduğu gibi kısa çalışma yönetmeliğinde giderilebilirdi. Yönetmelikte de bu yönde bir düzenlemenin olmaması bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Kısa çalışma bakımından işçinin rızasına gerek duyulmaması karşısında, menfaatler arasında dengenin sağlanabilmesi için kısa çalışmaya ilişkin önemli başka koşullar öngörülmüştür. Buna göre, işçilerin rızası aranmamakla birlikte işverenler de her istediklerinde kısa çalışmaya gidemeyecekler, işverenlerin kısa çalışmaya gittikleri nedenler de çoğunlukla işçilerin hayır deme yönünde taleplerinin olmadığı sebepler olacaktır. Örneğin ekonomik kriz nedeniyle gidilen kısa çalışmada işçinin ülkedeki işsizlik sıkıntısı karşısında asgari düzeyde bir gelir güvencesi öngören kısa çalışma uygulamasına hayır demesi çoğunlukla beklenmeyecektir. Bunun gibi işverenin talep etmesi halinde, kısa çalışmanın nedenlerinin karara bağlanması ve uygunluk tespitinin yapılması gibi bir prosedürün öngörülmesi de rızanın aranmadığının getirebileceği riskleri giderme amaçlıdır.

1.2.2.4. İşçinin Kısa Çalışmayı Reddetme Yetkisinin Olup Olmadığı

1.2.2.4.1. Genel Olarak

Kısa çalışma uygulamasının işçi tarafından kabul edilmeyebileceği ve böyle bir durumda işverenin işçiyi zorla kısa çalışmaya tabi tutup tutamayacağı hususu yasada ve doktrinde tartışılmamıştır.

Öncelikle, her ne kadar kısa çalışma, işçi yararına getirilen ve iş sözleşmelerinin devamlılığını hedefleyen bir düzenleme olarak düzenlenmişse de bu uygulamaya giden işverenin kısa çalışma teklifinin kabulünü işçinin kararına bırakılması daha uygun bir çözüm yolu olacaktır. Zira seçim hakkı işçide olmalıdır. Çünkü işçi teklif karşısında kendince bir muhakeme yapacak ve kısa çalışma uygulamasının kendi lehine mi yoksa aleyhine mi sonuçlar doğuracağını değerlendirecektir. İşçi bu değerlendirme sonucu ister kısa çalışmaya tabi tutulmayı kabul edip iş sözleşmesinin kanun gereği askıya alınacağını göze alacak ve bunun neticesinde kendisine tanınan kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam edecek ister kısa çalışmayı kabul etmeyerek işveren ile olan ilişkisini sona erdirecektir. Aksi halde işçi, yapmış olduğu bu muhakeme sonunda kısa çalışma uygulamasının kendi açısından daha aleyhe sonuçlar doğuracağını öngörmesine rağmen işverence zorunlu olarak kısa çalışmaya tabi tutulabilecektir. Bu durum da işçinin iradesinin tamamen yok sayılması anlamına gelir ki bunun iş hukukunun mantığıyla örtüştüğünden bahsedilemez.

Rızanın aranmasının ise, işletmenin ciddi anlamda ağır koşullarla karşılaştığı istisnai hallerde uygulanacak olan kısa çalışma uygulamasının kaderinin tamamen işçi iradesine bırakılması anlamına geleceğinden eleştiri konusu olabilecektir. Zira kısa çalışma düzenlemesinin asıl amacının, işçilerin iş sözleşmelerinin devamlılığını sağlamak olduğu kadar işverenlerin ekonomik kriz ve zorunluluk hallerinde içine düştüğü güçlükten kurtulmalarını ve böylece ülkedeki ekonomik istikrarın korunması olması karşısında rızanın aranmamasının daha isabetli olduğu savunulmuştur. Bununla birlikte kısa çalışma ödeneğinin ağır denilebilecek koşullara bağlanması, rızanın alınmamasını yerinde bulan görüş tarafından dahi eleştirilmiştir. Zira bu durumda işçi kendisinden kaynaklanmayan nedenler dolayı çalıştırılmadığı süreler bakımından herhangi bir ücret almamakta, koşulları sağlayamadığı için de kısa çalışma ödeneğine hak kazanamamaktadır. Böylece işçi, işyerinden kaynaklanan olaylardan dolayı rızası dışında yapılan uygulamalar nedeniyle, işverenden ve devletten daha fazla fedakârlık yapmakta ve daha fazla mağdur edilmektedir.

1.2.2.4.2.Kısa Çalışmanın Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Oluşturup Oluşturmadığı

Kısa çalışmanın işçi tarafından reddedilip reddedilemeyeceği hususu tartışılırken, kısa çalışmanın çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığına değinmek gerekir. Zira kısa çalışmanın çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturduğu tespitine varılırsa işçinin rızasının gerekeceğinden bahsedilecek bu anlamda kısa çalışmayı reddetme hakkından söz edilebilecektir.

Sözleşmesel kısa çalışmanın çalışma şartlarında esaslı değişiklik oluşturup oluşturmayacağı hususu öğretilmişken yasal kısa çalışma uygulaması bakımından herhangi bir tespite gidilmemiştir. Bu hususta yapılan araştırmada herhangi bir Yargıtay kararına da rastlanmamıştır.

Kısa çalışma döneminde, çalışma süreleri geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmakta veya faaliyet geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulmaktadır. Genel kural olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılan bu tür uygulamalar için normal zamanda Kanunun 22. maddesi uyarınca işçilerin rızasının alınması gerekmektedir. Bununla birlikte söz edilen değişikliklerin kanuna uygun kısa çalışma nedeniyle yapılması halinde yukarıda belirtildiği üzere işçilerin rızasına gerek duyulmamaktadır. Zira kısa çalışmaya ilişkin uygulamalar, 22. maddede öngörülen esaslara tabi olmadığı için işçinin rızasının alınması gerekmemektedir. Mevzuatta açıkça belirtilmemekle birlikte, bu durumda kanunun Ek 2. maddesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması için işçinin rızasının alınmasını zorunlu kılan 22. maddenin kanunla getirilen istisnasını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte kısa çalışmayla, işyerinde uygulanan çalışma süresi geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmakta ya da faaliyet kısmen veya tamamen durdurulmakta ve çalışma koşullarında geçici de olsa, esaslı değişiklikler meydana gelmektedir. Zira bunların sonucunda işçilerin gelirleri azalmakta, ödeneğe hak kazanılamaması halinde ise, gelir elde etme imkânı tümden ortadan kalkmaktadır. Çalışma sürelerinin ve ücretin ise; iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından sayılması

noktasında tereddüt bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan bu koşulların ancak işçinin rızası dâhilinde değiştirilebileceği gerçeği karşısında işveren, kanunun kendisine verdiği kısa çalışma yetkisini kullanarak rızaya gerek olmaksızın işçiyi kısa çalışmaya tabi tutabilecektir.

Öğretide bir kısım yazarların, kısa çalışmanın işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmakla birlikte, kanun gereği verilen yetkinin kullanılması neticesi gidilebilen çalışma şekli olduğundan bahisle işçinin rızasına gerek duyulmadığı noktasında birleştikleri görülmektedir⁵⁶⁰. Varılan bu sonuçta işçinin rızasının aranmaması, kısa çalışmanın iş sözleşmesinde esaslı unsurlarında değişiklik yaratmadığı sonucunu doğurmayacaktır. Öyle ki belirtildiği üzere, kısa çalışma mahiyeti itibariyle çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturan ve fakat İŞK'nun 22. maddesindeki prosedürün uygulanmasına gerek olmayan bir esnek çalışma yöntemidir.

Bunun gibi Bayhan; 4447 sayılı Kanun ve Yönetmelikte yer alan kısa çalışma düzenlemesinde, işçinin muvafakatinin alınmasından söz edilmemekle birlikte, kısa çalışma uygulamasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılacağını ifade etmiştir. Bu nedenle yazara göre kısa çalışma uygulamasında İş Kanunu'nun 22. maddesi hükmüne göre hareket edilmelidir. İŞK'nun 22. maddesi gereği, kısa çalışma yapmak isteyen işveren, durumu işçiye yazılı olarak bildirmek ve rızasını almak zorundadır. Bildirmemesi veya işçinin muvafakat vermemesi halinde işveren bu işçiyi kısa çalışmaya dâhil edemez. Bu durumda işçi kısa çalışma uygulamasını reddedebilecek işveren ise işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenlere dayanarak feshedebilecektir⁵⁶¹.

Başterzi'ye göre de⁵⁶²; işçilere kısa çalışma yaptırılması, çalışma koşullarında geçici bir süre esaslı değişiklik yapılması sonucunu doğurur. Çünkü işçi bu dönemde normal çalışma süresinin altında çalışma ya da çalışmama ve o oranda düşük ücret

⁵⁶⁰ Alp, s.195; Şen, s.229; Songu, s. 267.

⁵⁶¹ Bayhan, Kısa Çalışma, s.146.

⁵⁶² Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.64.

alma ya da hiç ücret almama durumu ile karşı karşıya kalır. Ancak kısa çalışma bizzat yasa tarafından düzenlendiği ve yasada yer alan koşulların oluşması halinde işverence kanun tarafından kendine tanınan yetki ile tek taraflı gidilebilen ve bu yüzen İş Kanun'un 22. maddesinde yer alan prosedürün uygulanmak zorunda olmadığı bir çalışma biçimini oluşturur. Bu bakımdan işçinin kısa çalışmayı reddetme yetkisi olmayacaktır.

Süzek ise kısa çalışma uygulamasının, çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılmayacağını ifade etmiştir. Zira 4447 sayılı Kanun ve Yönetmelikte yer alan kısa çalışma düzenlemesinde, işçinin muvafakatının alınmasından söz edilmemektedir⁵⁶³. İşverene sadece ilan yükümlülüğünün verilmesi bu sonucu değiştirmez. Diğer yandan; İş Kanunu'nda yer alan çalışma koşullarında esaslı değişiklik düzenlemesinde, işverenin çalışma koşullarında oluşan esaslı değişiklik hallerini işçiye ancak yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği ifade edilmiş olup, bu ifadeden işverene kanunla verilmiş başka bir hakkın kullanılmasının engellendiği çıkarılamaz. Ayrıca, çalışma koşullarında esaslı değişiklik düzenlemesi genel bir yöntem olup, kanunlarda özel düzenleme ve yöntem içeren bir madde bulunması halinde bu madde hükmünün uygulanması icap eder. Nitekim kısa çalışma sistemi de böyle özel bir yöntem öngörmüştür. Aksi durum, işverenin kısa çalışmanın Bakanlık tespitine⁵⁶⁴ güvenerek uygulamaya başlamasını işçinin muvafakatine bağlar. Yine kısa çalışma için, işçinin muvafakatının alınması istenseydi, fazla saatlerle çalışma veya denkleştirme uygulamasında olduğu gibi, tarafların anlaşması veya denkleştirme uygulamasında olduğu gibi “tarafların anlaşması” veya “onay verilmesi” şartları açıkça öngörülebilirdi. Öte yandan, çalışma koşullarında esaslı değişiklik düzenlemesine Deniz ve Basın İş Kanunlarında yer verilmemesi ve İş Kanunu'nda da bu maddenin gemi adamı, gazeteci veya diğer çalışanlara kıyasen uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle, işçinin muvafakati, aksi görüş kabul edilse bile, ancak İş Kanunu'na tabi olarak kısa çalışma yapanlarda

⁵⁶³ Süzek, Değişiklik Feshi, s.15; Alp, s.104.

⁵⁶⁴ Şuan İş-Kur Yönetim Kurulunca yapılacaktır.

aranacaktır ki, böyle bir uygulama çalışanlar arasında ayrıma yol açar. Dolayısıyla işçinin kısa çalışmayı reddetme yetkisi olmayacaktır⁵⁶⁵.

Aslında burada yazarın anlatmak istediği husus, varılan genel sonuç gibi kısa çalışmanın çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmadığı değil; yasal kısa çalışma uygulamasında İş Kanunu'nun 22. maddesindeki prosedüre uyulmak zorunda olunmadığıdır. Zaten bu hususta doktrinde de bir tartışma söz konusu değildir. Zira İşsizlik Sigortası Kanunu Ek. 2. maddede şartları belirlenen kısa çalışma uygulamasına geçilmesi işçinin rızasına bağlı olarak değil, Kurum yetkililerinin uygunluk tespiti ile gerçekleşir. Fakat bu şekilde gidilen yasal kısa çalışma dahi çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesidir. İşçinin rızasının aranmaması bu tespiti değiştirmeyecektir. Zira bir koşulun çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığı ile o durumda İş Kanunu'nun 22.maddesindeki prosedürün uygulanmak zorunda olunması hususları farklı şeylerdir.

Rızasının alınmamasının doğal uzantısı olarak ret yetkisi olmayacağı kabul edilen işçi, kısa çalışma ile gidilen yeni koşulları kabul etmek ve çalışmak zorunda kalacak, hak kazanma koşullarını yerine getirmediği durumlarda ödenek alamayacaktır. Böylece tarafların ve dolayısıyla işçinin de yararına getirildiği belirtilen kısa çalışmaya ilişkin uygulamalar, söz edilen isabetsiz düzenlemelerle işçinin aleyhine dönüşmüş olacaktır. Bu düzenlemelerin getirdiği sakıncaların giderilmesi de açık yasal düzenlemelerin yapılması ihtiyacını doğurmaktadır.

1.2.2.5. Kısa Çalışma Uygulamasının İşçiye Haklı Nedenle Fesih Hakkı Verip Vermediği

İşçinin kısa çalışmayı kabul etmeme gibi bir hakkının olduğundan bahsedilmesi bu durumun işçiye haklı nedenle fesih hakkı verip vermediği sorusunu akla getirecektir. İşçinin haklı nedenle iş akdini feshedebileceği haller ise sınırlı bir

⁵⁶⁵ Fakat bizce işverence işçinin çalışma sürelerinde yapabileceği tek taraflı değişiklik onun yönetim hakkı kapsamında kullanabileceği bir yetki değildir.

şekilde İşK'nun 24.maddesinde düzenlenmiştir. Kısa çalışmanın haklı nedenle fesih nedenleri içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; öyle ise bunlardan hangisine girdiği tartışmalıdır.

1.2.2.5.1. Kısa Çalışmanın İşçiye Haklı Nedenle Fesih Hakkı Tanıdığı Yönündeki Görüş

Doktrinde Karaca, kısa çalışmayı kabul etmek istemeyen işçinin haklı nedenle fesih hakkının olduğunu ve İşK'nun 24/III maddesi gereğince zorlayıcı nedenlere dayanarak sözleşmeyi feshedebileceğini ifade etmiştir. Yazarın bu düşüncesine göre, kısa çalışma işçi açısından zorlayıcı bir neden olarak kabul edilmiştir.

Ekmekçi⁵⁶⁶; kısa çalışma uygulamasının işçinin rızasına bağlı olduğunu, rızasının alınmamasının da işçiye haklı nedenle fesih hakkı vereceğini ve işçinin de dilediği takdirde İşK'nun 24/II'den kaynaklanan bu fesih hakkını kullanabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Ekmekçi de kısa çalışma uygulamasını, İşK'nun 24/II maddesi uyarınca haklı fesih nedeni görmüştür.

Caniklioğlu; kısa çalışma durumunda işçinin iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücretinin bu döneme ilişkin olarak ödenmediğini, bunun yerine işçiye işsizlik sigortası hükümlerine göre bir ödenek verildiğini, bu durumun iş sözleşmesinin uygulanmaması olarak kabul edilebileceğini, işçinin iş koşullarında rızası dışında oluşan bu değişikliği kabul etmemesi halinde, iş sözleşmesi haklı nedenle feshedebileceği ileri sürmüştür⁵⁶⁷.

Aydın da; kısa çalışma uygulamasının gerek faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması şeklinin gerek çalışma sürelerinin azaltılması şeklindeki uygulamasının fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Yazar; İş Kanunu 24/II-e maddesinin işçinin ücretinin, kanun hükümlerine ve sözleşme şartlarına uygun olarak

⁵⁶⁶ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.54.

⁵⁶⁷ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.521.

hesap edilmemesi halinin işçiye haklı nedenle fesih hakkı verdiğini, işçinin kısa çalışma dönemindeki ücret kaybının kısa çalışma ödeneği ile telafi edilmeye çalışılsa da; ödeneğin tutarı itibariyle ücretinden daha az olacağını, dolayısıyla işçinin kazancının sözleşmede belirtilenden daha az olacağından işçinin İşK'nun m.24/II-e çerçevesinde derhal fesih hakkını kullanabileceğini belirtmiştir⁵⁶⁸.

1.2.2.5.2.Kısa Çalışmanın İşçiye Haklı Nedenle Fesih Hakkı Tanmadığı Yönündeki Görüş

Akyiğit, Kurum yetkilerince uygunluk tespiti yapılması üzerine alınan kısa çalışma kararının işçi tarafından kabul edilmek zorunda olduğunu ve işçinin çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle fesih hakkını kullanamayacağını ifade etmiştir. Ancak yazar bu düşüncesine şöyle bir istisna getirmiş ve kısa çalışma döneminde kısa çalışma ödeneğinden yararlanması için işsizlik sigortasına ödemesi gerekli prim ödeme gün sayısını sağlayamayan işçinin ücretinden tamamen yoksun kalacağından sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceğini ifade etmiştir.

1.2.2.5.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Görülüyor ki, işverenin yasal yetkisine dayanarak hem de kendisi için olduğu kadar işçinin menfaati için de uygulamak istediği kısa çalışma uygulamasının İşK'nun 24/II-e veya 24/III maddeleri uyarınca işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanıyıp tanımadığı tartışmalıdır.

Doktrinde Akyiğit haricinde, yukarıda görüşlerine yer verilen yazarlar, kısa çalışma uygulamasının işçiye İşK'nun 24/II-e veya 24/III maddeleri uyarınca haklı nedenle fesih hakkı tanıdığını ifade etmişlerdir. Oysa bu hususun her iki tarafın menfaati gözetilerek cevaplanması gerekir. Fakat bu sorunun cevabı üzerinde doktrinde fazla durulmamış, ayrıca bu konuda herhangi bir Yargıtay kararına da rastlanılmamıştır. Hâlbuki ifade ettiğimiz gibi; işverenin kısa çalışma uygulamasını

⁵⁶⁸ Aydın, Kısa Çalışma, s.38.

işçiye dikte etmesi kabul edilemeyeceği gibi işçinin de her koşulda, haklı nedenle fesih hakkını kullanarak işverenin kısa çalışma uygulama hakkının içeriğini boşaltmaması gerekir. Dolayısıyla aradaki menfaat dengesinin iyi ayarlanması gerekmektedir. Zira kanuni yetkiye dayanılarak başvuru kısa çalışma uygulamasında işçiye ücretinin ödenmemesi veya işçinin daha az süreyle yahut hiç çalıştırılmamasının kanuna veya sözleşmeye ayrılık anlamına geleceğinden bahsedilemez. Aksine işveren bunu bizzat kanundan doğan yetkisine dayanarak gerçekleştirmektedir. Bu nedenle menfaatler dengesi sağlanırken varılan sonuç işveren lehine olmuş, işçinin böyle bir durumda haklı fesih hakkının kullanamayacağı görüşü ağır basmıştır.

Kısa çalışmanın haklı nedenle fesih hakkı verip vermediği hususu kısa çalışmanın hüküm ve sonuçlarının incelediği üçüncü bölümde daha ayrıntılı aktarılacağından burada daha fazla detaya girilmeyecektir.

1.2.2.5.4.Haklı Nedenle Feshin Gerçekleşmemesi Halinde Sözleşmesinin Hukuki Durumu

İşçinin kısa çalışmayı kabul etmediği, ancak buna rağmen iş sözleşmesini feshetmediği durumda iş sözleşmesinin hukuki durumunun ne olacağı tespit edilmesi gereken bir husustur.

Böyle bir durumda iki farklı çözüm önerilebilir. Birincisi, işçi edimin ifasını işverene hazır tutuyor buna rağmen işveren tarafından kabul edilmiyor ise; bu işverenin işi kabulde temerrüdü olup, işçi çalışmadığı sürelerle ilişkin ücretine hak kazanır. İkincisi, işverenin burada ifayı kabul etmemesi keyfi bir tutum değildir, yasanın kendisine verdiği yetkiyi kullanmaktadır, işi kabul zorunluluğu yoktur ve bu nedenle temerrüde düştüğünden bahsedilemez.

Bu ikinci durumda iş sözleşmesi de sona ermediğinden, işçi zımni olarak kısa çalışma uygulamasının içeriğine girmiş kabul edilir. Zira kısa çalışmanın amacı, işverenin işletmesinin ekonomik zorluklardan kendisini koruyarak devamını

sağlamak olduğu kadar işçilerin de işsiz kalmalarını önlemektir. İşçilerin kendi lehine konulan böyle bir kanun hükmüne karşı her durumda haklı nedenle fesih hakkını kullanıp işvereni içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar içinde bir de kıdem tazminatı ödemeye mecbur bırakması hakkın kötüye kullanımı sayılacaktır. Ayrıca böyle bir durumda işçinin kısa çalışmaya tabi tutulması bir o kadar kendi lehine getirilen bir düzenlemedir. Aksi halde, kabul etmediği için kısa çalışmaya tabi tutulmayan işçi, iş sözleşmesini feshetmediği için de muğlak bir duruma düşecektir. Ayrıca herhangi bir çalışması olmadığı için ücrete hak kazanmayacaktır. Bu nedenle bu ikinci görüşte işçinin kısa çalışmayı zımni olarak kabul ettiği onun lehine getirilen bir yorumdur. Ancak bu ikinci görüşte dahi, işçinin haklı nedenle fesih hakkının tamamen elinden alınması ve bu doğrultuda işveren nezdinde kalmaya tabi tutulması eleştirilebilir. Bu durumda ise işçinin gidebileceği tek yol istifa etmek olacaktır. Görüldüğü üzere getirilmeye çalışılan her bir çözüm tatmin edicilikten uzak kalmaktadır.

Ekonomik krizlerde veya zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde ülkemizdeki işsizlik oranlarının yüksekliği de dikkate alındığında işçilerin işini kaybetmek yerine kısa çalışmayı evleviyetle kabul edip kısmen de olsa belli bir ödenekten yararlanmaya devam edeceklerinin mantıklı kabulü bütün bu sorunların tartışılmasının belli ölçüde önüne geçmeye yardım etmekte ve olası çözümsüzlüklerin önüne geçmektedir.

1.2.2.6. İşçinin Kısa Çalışma Uygulamasını Kabul Etmemesinin İşverene Fesih Hakkı Verip Vermediği

İşçinin kısa çalışma uygulamasını kabul etmemesinin işverene haklı veya geçerli nedenle fesih hakkı verip vermeyeceği tespit edilmesi gereken bir husustur.

Karaca⁵⁶⁹; işçinin kısa çalışmaya tabi tutulması nedeniyle iş sözleşmesini bozmayıp kısa çalışmanın kendisine bildirildiği tarihten itibaren 6 iş günü içinde kısa çalışma uygulamasını kabul etmediğini işverene bildirmesi halinde, kısa çalışma yapmak zorunda kalan işverenin, kısa çalışma uygulamasına rıza göstermeyen işçinin iş sözleşmesini İşK'nun 18. maddesi kapsamında geçerli nedenlerle feshedebileceğini bunun sonucu olarak da işçiye 17. maddede belirtilen ihbar tazminatını ve kıdem tazminatını ödemekle yükümlü olacağını ifade etmiştir.

Ekmekçi de⁵⁷⁰; somut olayın özellikleri dikkate alındığında böyle bir fesih hakkının varlığından söz edilebileceğini, örneğin; işçinin çalıştığı bölümde herkesin kısa çalışma kapsamına alınması ve işçinin mevcut durum itibarıyla çalıştırılmasının artık mümkün olmaması halinde, işverenin iş sözleşmesini işin, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle feshedebileceğinin kabul edilebileceğini ifade etmiştir.

Doktrinde görüşleri belirtilen yazarlardan öte kısa çalışmanın kabul edilmemesinin işverene fesih hakkı tanıyıp tanımadığının yasal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Kısa çalışmanın işverene fesih hakkı verip vermediği hususu kısa çalışmanın hüküm ve sonuçlarının incelediği üçüncü bölümde daha ayrıntılı aktarılacağından burada daha fazla detaya girilmeyecektir.

⁵⁶⁹ Karaca, Kısa Çalışma, s.122.

⁵⁷⁰ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.54.

1.3.KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

1.3.1.Kavramı, Koşulları ve Süresi

1.3.1.1.Genel Olarak

Mevzuata uygun kısa çalışmanın önemli sonuçlarından birisi, işçilere kısa çalışma nedeniyle çalıştırılmadıkları süre için, kısa çalışma ödeneği verilmesidir. Kısa çalışma, iş ilişkisi devam ederken, geçici olarak uygulandığı için iş sözleşmesinin sona ermesiyle, ortaya çıkan kesin-sürekli nitelikteki ve teknik anlamdaki gerçek işsizlikten söz edilemez ise de, çalışma sürelerinin azaltılması veya faaliyetin durdurulması, işçilerin üzerinde geçici/kısmi işsizliğe benzer bir etki yaratmaktadır. Zira işçiler kısa çalışma nedeniyle faaliyetin durdurulduğu dönemde, çalışmadıkları süreler bakımından benzer sonuçlarla karşılaşmaktadır. Bu bağlamda kısa çalışma döneminde, işçilerin çalıştırılmadıkları sürelerde ortaya çıkan gelir kayıplarının önlenmesi ve güvence altına alınması gerekmektedir. İşte bu nedenle, kısa çalışma uygulamasının önemli sonuçlarından birisi olarak, kısa çalışmaya tabi tutulan işçilere bu dönemde, çalıştırılmadıkları süre için kısa çalışma ödeneği verilmektedir.

Alman öğretisinde, kısa çalışma ödeneğinin, istihdamı teşvik eden ödemelerden birisi olduğu, işletmelere ve işçilere, kötü ekonomik durumlarda ve bundan dolayı ortaya çıkan geçici iş kesintilerinde de istihdama devam etme imkânı verdiği, işverenin ekonomi ve işletme riskinin iş hukukuna ilişkin sonuçlarından korunduğu, işçi açısından ise, kısa çalışmayla ortaya çıkan ücret kesintisinin kısmi olarak bertaraf edildiği, işçilerin iş sözleşmelerinin varlığını koruyabildiği, bu bağlamda kısa çalışma ödeneğinin asıl amacının, işsizliği önleme ve mevcut istihdam ilişkisinin istikrarını sağlamaya yönelik olduğu belirtilmektedir⁵⁷¹.

⁵⁷¹ Saim, Ocak, **Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma**, Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.421, dn.831.

Caniklioğlu da kısa çalışma ödeneğinin düzenleniş amacını şu şekilde ifade etmiştir:

“Fesih baskısı altındaki işçinin, çalışma sürelerinde değişiklik yapılmasına rıza göstermesi esasında kısmi bir işsizlik yaratır. Bu durum teknik anlamda bir işsizlik olarak adlandırılmasa da, özellikle işin tamamen tatil edilmesi durumunda işçiye yarattığı etki bakımından işsizlik ile aynı sonuçları doğurmaktadır. Dolayısıyla bu işsizlik durumunda işçinin güvenceye alınması gerekir. Nitekim bu nedenle, Kanunda kısa çalışma yaptırılan işçilere ücretinin yerine geçmek üzere bir ödemede bulunulması ngrlmřtir⁵⁷²”.

İttifakla öğretiye yerleşmemekle birlikte kısa çalışma için işçinin rızasının aranmayacağının kabulü, işçinin creti yerine geçmek üzere işsizlik sigortası fonundan bir denek ödenmesini mecbur kılmıştır. Böylece, esasında işverene ait olan ücret ödeme yükümü, işsizlik sigortasına ilişkin hükümler çerçevesinde, İşsizlik Sigortası Fonuna devredilmiş olmaktadır. Kanun koyucu, ayrı bir sigorta kolu oluşturmak veya yeni bir fon kurmak yerine, kısa çalışma ödeneğinin de, İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanmasını benimsemiştir. Sözü edilen fon, esas olarak sigortalı, işveren ve devletten alınan işsizlik sigortası primi ile finanse edilmektedir. Bunun yanı sıra Fonun 4447 sayılı Kanununun 53. maddesi uyarınca başka gelir kaynakları da bulunmaktadır. Kısa alışma deneği için ayrı bir sigorta kolu veya ayrı bir fon oluşturulmaması, fonun yüklerini artırması bakımından eleştiri konusu olmuşsa da, taraflara yeni bir prim yükü getirilmemesi bakımından yerinde grlmştir.

1.3.1.2. Kısa alışma deneğine Hak Kazanmanın Koşulları

1.3.1.2.1. Kanuna Uygun Olarak Alınan Bir Kısa alışma Kararı

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu EK. 2.madde ve KÖY’ne göre, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için işyerinde kanundaki koşullara uygun olarak alınmış ve Kurum Yönetim Kurulunca uygunluk tespiti yapılmış bir kısa alışma

⁵⁷² Caniklioğlu, Kısa alışma, s.523.

kararının bulunması ve bu karara istinaden yine sürelerle uygun bir kısa çalışma yapılması gerekir. Çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılmasına ve faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulmasına ilişkin uygulamaların en az dört hafta ve en fazla 3 ay sürmesi kanuna uygun kısa çalışmanın koşullarından biridir. Kanuna uygun bir kısa çalışma olmadan, kısa çalışma ödeneğinden bahsedilemeyeceğinden bu koşullar aynı zamanda kısa çalışma ödeneği içinde zorunludur. Zira 4 haftadan az süre ile uygulanan ve 3 ayı geçen uygulamalar kanuna uygun bir kısa çalışma sayılmayacağı gibi ödeneye de hak kazandırmayacaktır. Yani prosedüre uyulmamış olması halinde işyerinde işin kısmen veya tamamen tatil edilmiş olması ya da çalışma sürelerinin azaltılmış olması işçilere kısa çalışma ödeneği verilmesini gerektirmez. İşçi ve işverenin bu konuda anlaşmış olmalarının da bir önemi yoktur. Böyle bir durumun sorumluluğunun işverene ait olması gerekmektedir.

Dolayısıyla tarafların anlaşarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi durumunda, gerekçesinin genel bir ekonomik krizden kaynaklanması dahi, Türkiye İş Kurumunca kısa çalışma ödeneği verilmesi sonucunu doğurmaz.

1.3.1.2.2. İşçinin İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanmak İçin Gerekli Miktarda Prim Ödemesi

Kısa çalışma koşullarının gerçekleşmesi, ödeneye hak kazanılması için gerekli olmakla birlikte, ödeneğin verilmesi bakımından yeterli değildir. Zira kısa çalışma ödeneği işçilere, kısa çalışmaya gidilmesiyle koşulsuz ve otomatik olarak verilmemekte, ödeneğin verilmesi için, mevzuata uygun kısa çalışmanın yanı sıra, ödeneye ilişkin özel koşullarında yerine getirilmesi gerekmektedir. Tabii ödeneğin verilmesi, mevzuata uygun bir kısa çalışmanın gerçekleşmesi gibi işin doğasından kaynaklanan koşullara bağlanabilecekse de bunların dışında bir takım koşulların aranmasının yerinde olup olmadığı tartışılabilir⁵⁷³.

⁵⁷³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ocak, s.426vd.

Ödeneğe hak kazanmanın ilk şartı, işçinin işsizlik sigortası kapsamında olmasıdır. Örneğin; sosyal güvenlik destek primi ödeyenler, işsizlik sigortasının kapsamında olmadığı için, kısa çalışma ödeneğinden yararlanamazlar. İkinci olarak; işçinin prim ödeme gün sayısı itibarıyla işsizlik ödeneğinden yararlanabilecek durumda bulunması, yani geriye doğru 3 yıllık süre içerisinde 600 gün prim ve 120 gün işsizlik sigortası primi ödemiş olması gerekir. Bu bakımdan 6111 sayılı Kanunla değişiklik öncesi yürürlükte bulunan mülga 13.01.2009 tarihli mülga Kısa Çalışma Yönetmeliği md. 6/1-b ile 6111 sayılı Kanun değişikliği sonrası yürürlüğe giren 30.04.2011 tarihli mer'î Kısa Çalışma Yönetmeliği md.6/1-b aynı şekilde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, kısa çalışma ödeneğine hak kazanılması işsizlik ödeneğine ilişkin ağır denilebilecek hak kazanma koşullarına bağlanmıştır. Bu durumda menfaat dengesinin işçi aleyhine bozulduğundan bahsedilebilir. Zira kısa çalışma ödeneği kısa çalışmaya tabi tutulan işçilerin tamamına değil, mevzuatta öngören koşulları yerine getiren işçilere verileceğinden, çalışılmayan sürelerde ücret alamayan işçi, hak kazanma koşullarını yerine getiremezse kısa çalışma ödeneğinden de mahrum kalacaktır. Böylece kısa çalışmaya ilişkin yüklerin önemli bir kısmı işçilerin üzerinde bırakılmaktadır. Sözleşmenin feshedilmesinin önüne geçilmesi ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işçilere önemli bir fayda sağlamakta ise de; bu kişilerin alternatif haklar tanınmadan kendilerinden kaynaklanmayan nedenlerden dolayı, rızalarına gerek duyulmaksızın çalışma koşullarını değiştirerek, ücret ve diğer haklarından yoksun bırakılması yerinde olmamıştır⁵⁷⁴.

Kısa çalışma nedeniyle daha fazla korunması gerekirken işçilerden, kısa çalışma ödeneğine hak kazanılması bakımından öngörülen çalışma ve prim ödeme koşullarına tabi tutulması isabetli kabul edilemez. Zira işçilerin kısa çalışma döneminde, herhangi bir gelir almadan iş ilişkisini devam ettirmeye zorlanması, kendisinin ve ailesinin geçimini sağlamada tek başına bırakılması anlamına gelir ki bu da işçinin korunması prensibine aykırı düşer. Bu nedenle kısa çalışma ödeneği,

⁵⁷⁴ Ocak, s.428.

kısa çalışmaya tabi tutulan işçilere, herhangi bir çalışma ve prim ödeme koşulu aranmaksızın verilmelidir. Aksi halde kısa çalışmanın getiriliş amacına ve taraflar arasındaki menfaat dengesine aykırı davranılmış olacaktır.

Mevcut hükümler karşısında, üç aylık kısa çalışma ödeneğinin alınabilmesi için en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödeme koşulu oldukça ağır ve zor bir koşuldur. Belirtilen koşul nedeniyle bir ay uygulanan kısa çalışma nedeniyle alınacak kısa çalışma ödeneği için dahi, sigortalı için 600 gün prime ödeme koşulu aranacaktır. 4447 sayılı kanuna göre; 600 gün prim ödeyen sigortalıya 180 gün (6 ay) işsizlik sigortası ödeneği verilmektedir. Bu bağlamda 600 gün prim ödeme koşulu, 6 ay verilecek işsizlik ödeneği için aranmıştır. Oysa konuya ilişkin hükümler karşısında, aynı prim ödeme günü en fazla 3 ay ödenebilecek, kısa çalışma ödeneği bakımından da aranmaktadır. Söz edilen düzenlemelerin ve bu yöndeki uygulamaların nimet-külfet ilkesine uygun olduğu söylenemeyecektir. Zira nimet-külfet ilkesi dikkate alındığında 6 ay işsizlik ödeneği almak için 600 gün prim ödenmesi gerektiği bir sistemde, üç aylık ödenek için 300 günlük prim koşulunun aranması yeterli olmalıdır. Diğer yandan mevcut hükümler karşısında, sigortalı daha fazla prim ödemiş olsa bile, kısa çalışmanın devamı ve en fazla 3 ay (90 gün) ödenek alabilecektir.

Sigortalı için ödenen 600 günlük prim karşısında kısa çalışma ödeneğinin haklı olarak daha uzun bir süre için verilmesi gerektiğinin ileri sürülmesi, kısa çalışmaya ilişkin azami sürenin yukarı çekilmesini gerekir. Böyle bir uygulama ise, kanun hükmü karşısında farklı sorun ve tartışmaların yaşanmasına neden olabilecektir. Bunlar ise konumuz kapsamı dışında kaldığından değerlendirme dışı tutulmuştur. Mevcut durum karşısında, ödeneğin verilme süresi sözü edilen koşullara göre ayarlanmak yerine, nimet-külfet ilişkisi dikkate alınarak belirlenmelidir.

Bununla birlikte aranan prim ödeme koşulunun sağlanıp sağlanmadığı işverence doldurulan liste ile ortaya konulmaktadır. Kuşkusuz işverenin, işçinin son üç yıl içerisindeki prim ödeme durumunu bilmesi mümkün olmayabilir. Bunun için listede, yer alan son üç yıl içerisindeki prim ödeme gün sayısına ilişkin haneye;

işçinin o işyerinde geçen prim gün sayısı yazılmakta ve Kurum söz konusu bilgileri SSK veri tabanından otomatik olarak almaktadır. Son 120 gün veri girişine ilişkin olarak da kısa çalışmanın başladığı ay birinci dönem, bir önceki ay ise ikinci dönem olarak dikkate alınmaktadır. Böylelikle, sadece iki aylık veri girişi yeterli olup, diğer aylar yine SSK kayıtlarından elde edilmektedir.

Geriyeye doğru 120 günlük prim ödeme gün sayısına ilişkin olarak, henüz SGK'ya bildirim süresi gelmemiş sürelerle ilişkin kazançların doğru olarak bildirilmesi önem taşımaktadır. Zira bu sürelerin bildirim süresi henüz gelmemiş olacağından, İş-Kur'un bunu SGK veri tabanından teyit etme olanağı da bulunmayacaktır. İş-Kur'un doğruluğunu teyit etme olanağına sahip olmadığı bu dönem için işverence hatalı bildirimde bulunduğu geriyeye dönük kontrollerde sonradan ortaya çıkması halinde, ödenen kısa çalışma ödeneğinin geri ödenmesi söz konusu olabilecektir. Zira bu son husus Yönetmeliğin 7. maddesinin 10. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Bu bende göre; işverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler yasal faizi ile birlikte tahsil edilecektir. Böyle bir yanlış ödeme, işçinin kusurundan ileri gelmiş ise bu durumda tahsilat işçiden yapılacaktır (KÇY m.7/10).

Prim ödeme koşullarının kısa çalışma uygulaması başlamasından önce işverenin nihai liste düzenlediği tarihte yerine getirilmiş olması zorunlu değildir. Gerekli prim ödeme koşullarını doldurmadığı için kısa çalışma ödeneğine hak kazanmayan işçinin, kısa çalışmanın yapıldığı dönemde ve fakat kısa çalışma uygulaması sona ermeden prim ödeme koşullarını ikmal etmesi imkân dâhilindedir. Böyle bir durumda işçinin henüz sona ermemiş kısa çalışma kapsamına alınması mümkün olacaktır. Elbette bu durumda olan işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanma süresi, bakiye kısa çalışma süresi ile sınırlı olacak, yani üç aylık bir kısa çalışma uygulamasında, işçi prim ödeme gün sayısını ikinci ayın sonunda tamamlamış ise, kısa çalışma ödeneğinden yararlanabileceği süre sadece bir ay olacaktır. Belirtelim ki; önceki dönemde Bakanlığın uygulaması bu yönde olmuştur. Ayrıca bu durum yeni bir talep sayılmamakta ve yeniden bir inceleme yapılmasına da gerek olmamaktadır.

İşe yeni başlayan bir işçi de son 3 yıl içerisinde 600 gün ve 120 gün aralıksız prime sahip olarak kısa çalışma yapılan bir iş yerine girmiş olabilir. Başka işyerinde çalışmış olması nedeniyle prim ödenmiş olması işçinin yeni çalışmaya başladığı işyerinde kısa çalışmaya dâhil edilmesine engel oluşturmaz. Dolayısıyla işe yeni alınan bir işçinin işsizlik sigortasına hak kazanması bakımından prim ödeme gün sayısı yeterli ise, bu işçi kısa çalışma programına dâhil edilebilir. Ancak, genel ekonomik krizden etkilendiğini iddia eden işverenin neden işe yeni işçi aldığını ve daha sonra da bu işçiyi kısa çalışmaya dâhil etmek istediğini açıklayabilmesi ve gerekçelerinin makul ve kabul edilebilir olması güç görünmektedir.

1.3.1.2.3. Kısa Çalışma Ödeneğinden Yararlanma Süresi

Kısa çalışma ödeneği verilme süresi, 5763 sayılı Kanunla değişik 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek 2. maddesinin 2. fıkrasında olduğu gibi, 6111 sayılı Kanunla değişik Ek 2. maddede de yine üç ay olarak kabul edilmiştir. Gerçekten, anılan maddeye göre, kısa çalışma, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere yapılabilir (Ek m. 2/I). Fakat 6111 sayılı Kanunla Bakanlar Kurulu'na bu süreyi altı aya kadar uzatma yetkisi verilmiştir (Ek m.2/VI). Böylece, 4447 sayılı Kanun'un 5763 sayılı kanunla değişik Ek 2. maddesinin 5838 ve 5951 sayılı Kanunlarla eklenen ve 2008, 2009 ile 2010 yıllarına münhasır olmak üzere kısa çalışma süresini uzatmayı öngören geçici nitelikteki yasal düzenlemeler yerine konu doğrudan maddenin içinde düzenlenmiş ve bu konuda doğrudan Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Caniklioğlu bu değişikliği yerinde bulmuştur⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ www.toprakisveren.org.tr/2011-89-nursencaniklioglu.

6111 sayılı kanun değişikliği öncesinde olduğu gibi kısa çalışma, zorunlu sebeplerle işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması şeklinde ise, ödenek, İş Kanunu'nun 24. maddesinin III. numaralı bendinde ve 40.maddede öngörülen bir haftalık süreden sonra başlayacaktır (Ek m.2/4).

Belirtelim ki, kısa çalışma için öngörülen sürenin bir defada kullanılması gerekmez. İşverenin örneğin kısa çalışmadan iki ay yararlandıktan bir süre sonra azami süreye kadar yeniden yararlanma talebinde bulunulmasına bir engel yoktur. Gerçekten bir süre kısa çalışma yapıldıktan sonra, işlerde meydana gelen değişiklik nedeniyle kısa çalışmanın uygunluk tespiti yapılan süreden önce durdurulmasına bir engel yoktur. Böyle bir durumda, işe davet edilen işçi işe gelip başlamakla yükümlüdür. Kullanılmayan sürenin de daha sonra kullanılmasına bir engel yoktur. Ancak bu durumda yeniden bir uygunluk tespiti yapılması gerekir.

Kısa çalışmadan azami yararlanma süresi konusundaki önemli diğer bir sorun bunun bir defaya mahsus olup olmadığıdır. Mülga Kanunda ve Yönetmelikte bu konuda bir açıklık bulunmadığı gibi 6111 sayılı Kanun değişikliği ve 30.04.2011 tarihli KÇY'nde de herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Ekmekçi⁵⁷⁶, böyle bir durumda kısa çalışma uygulamasından azami süreye kadar yararlanan işverenin, ekonomik krizin yahut zorlayıcı nedenlerin hala devam ettiği gerekçesiyle yeniden başvuruda bulunmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Zira aksi takdirde kısa çalışmanın en çok üç aylık süreyle sınırlandırılmasının bir anlamı olmayacaktır. Ancak yazar bu saptamasının yanında, kısa çalışma ödeneğinden yararlanma olanağı doğuran yeni bir durumun ortaya çıkması halinde, bu yeni duruma bağlı olarak yeni bir kısa çalışma uygulaması yapılmasını engelleyici bir hükmün olmadığını da belirtmektedir. Bu bakımdan, örneğin, sektörel ekonomik krize bağlı olarak kısa çalışma uygulamasından yararlanan işverenin, bir süre sonra genel ekonomik kriz nedeniyle yeni bir kısa çalışma talebinde bulunması mümkün gözükmektedir. Bunun gibi, ekonomik kriz nedeniyle bu dönemde kısa çalışma

⁵⁷⁶ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.56.

uygulamasından yararlanan işverenin, ileride yeni bir ekonomik kriz nedeniyle bu ikinci krize bağlı olarak yeni bir kısa çalışma uygulamasından yararlanması mümkündür. Zira bu olasılıkta yeni bir durum söz konusudur. Aksine bir yorum, bir defa kısa çalışma yapılan bir işletmede hayat boyu bir daha yeniden kısa çalışma yapılamaması sonucunu doğurur ki böyle bir yorumun kabulü mümkün gözükmemektedir. Bize göre de, kısa çalışma uygulaması işverenin sadece bir kez gidebileceği bir esnek çalışma hali değildir.

Ekmekçi⁵⁷⁷; üç aylık azami çalışma süresinin işçiye değil, işletmeye ilişkin olduğunun kabulünü yerinde bir saptama olarak öngörmüştür. Çünkü ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi, başka bir işveren yanında çalışmaya başladığında aynı ekonomik kriz nedeniyle bu kez diğer işverenin işletmesi kapsamında kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam edecektir. Böylece işçi hem yeni çalıştığı işyerindeki emeği karşılığı olan ücreti alacak hem de önceki işverenin kısa çalışma kararı alması nedeniyle hak ettiği kısa çalışma ödeneğini almaya devam edecektir. Yazarın bu görüşü oldukça işçi lehine olsa da KÇY'nin 9. maddesinin 1.fıkrası karşısında mümkün gözükmemektedir. Zira işçinin yeni bir işe girmesi ödeneğin kesilme nedenidir. Buna karşılık, bu düşüncenin kabulü özellikle işyeri devirlerinde önemini gösterecektir. Bilindiği gibi Kanunu'nun 6. maddesine göre; işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri tüm hak ve borçlarıyla devralan işverene geçecektir. Bu bağlamda işyerinin başka bir işverene devredilmesi halinde yeni işveren, devraldığı koşullarla bağlı olacaktır. Dolayısıyla kısa çalışma uygulanan işyerinin, başka bir işverene devredilmesi halinde, yeni işveren kural olarak devraldığı koşullarda bağlı olacaktır.

⁵⁷⁷ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.56.

1.3.1.2.4. Kısa Çalışma Ödeneğinin Miktarı

6111 sayılı Kanunla kısa çalışma ödeneğinin miktarı konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bilindiği gibi, daha önce kısa çalışma ödeneğinin miktarı işsizlik ödeneğine yapılan atıf nedeniyle, işsizlik ödeneğine ilişkin hükümlere göre belirlenmekteydi. İşsizlik ödeneğinin günlük miktarı ise, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkı oranındadır ve bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneğinin miktarı, 4857 sayılı İş Kanununun 39. maddesine göre on altı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemez (m.50/I). Dolayısıyla kısa çalışma yapan bir sigortalıya ödenecek kısa çalışma ödeneği de bu esaslara göre belirlenmekteydi. 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kısa çalışma ödeneği ile işsizlik ödeneğinin miktarı arasındaki bağlantı kesilmiş, kısa çalışma ödeneğinin miktarı işsizlik ödeneğinden bağımsız olarak belirlenmiştir. Buna göre, günlük kısa çalışma ödeneği sigortalının son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 sayılı Kanunun 39. maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez (Ek m.2/IV). Ayrıca Kanunda, kısa çalışma ödeneğinin miktarını %50'ye kadar çıkarma konusunda Bakanlar Kuruluna yetki de tanınmıştır. Görüldüğü gibi, 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda kısa çalışma ödeneğinin miktarı işsizlik ödeneğine göre daha fazla olacaktır. Bu ödenek için artık son dört aylık prime esas kazanç değil, son on iki aylık prime esas kazanç dikkate alınarak hesaplanacak ve sigortalının brüt kazancının yüzde altmışı üzerinden ödenecektir. Ayrıca bu miktar 16 yaşından büyük işçilere ödenen aylık asgari ücretin yüzde yüz ellisi kadar olabilecektir. Kuşkusuz bu değişiklikler kısa çalışma ödeneği bakımından isabetli olmuştur. Ancak belirtilen miktarlar, kısa çalışma döneminde tam olarak hiç çalışmanın olmadığı günler içindir. Haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklindeki kısa çalışma uygulamasında kısa çalışma ödeneği, çalışılmayan süre oranında verilecektir. Nitekim Yönetmeliğin m.7/3. fıkrasında, kısa çalışma ödeneğinin işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde, çalışılmayan süre için verileceği öngörülmüştür.

Çil aynı düzenlemeyi içeren mülga yönetmelik zamanında yaptığı değerlendirmesinde; yönetmeliğin bu hükmünden yukarıdaki anlamın çıkarılmasını uygun bulmamıştır. Çünkü yazara göre, kısa çalışma ödeneğinin amacı, kısa çalışma süresince işçinin belli bir gelire kavuşturulması olduğundan, bu dönemde kısmi süreyle çalışan işçinin gelirin kısa çalışma ödeneğinden fazla olması durumunda bu ödeneğin ödenmemesi gerekecektir. Yine işçinin haftalık iş süresinin önemli ölçüde azaltılması suretiyle çalışması karşılığı ücretinin işverence ödenmemiş olması da kısa çalışma ödeneğinden tam olarak yararlanılması sonucunu doğurmamalıdır. İşverence ödenemeyen bu çalışma karşılığı ücretler için koşulları oluşmuşsa 33. maddeye göre Ücret Garanti Fonundan ödeme yapılır⁵⁷⁸.

Kanımızca yazarın bu görüşüne katılmaya imkân yoktur. Çünkü KÇY'nin 7/3. maddesi açıkça kısa çalışma ödeneğinin çalıştırılmayan sürelerin tamamlanması suretiyle ödeneceğini düzenlemiştir. Buradan işçiye ödenecek olan ücretin, kısa çalışma ödeneğinden fazla olması durumunda kısa çalışma ödeneğinin ödenmeyeceği gibi bir sonucun çıkarılması mümkün değildir. Zira Yönetmelik diğer maddeleriyle işçiye ödenecek olan ücretin sadece yasal üst sınırını belirlemiş, işçinin o dönemde alacağı ücreti ile herhangi bir kıyaslamaya tabi tutmamıştır.

Böylece, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel krizler yahut zorlayıcı sebeplerle işyerinde işçileri tenkisata tabi tutma yerine, işçilerin tamamını veya bir kısmını üç ay süreyle kısa çalışmaya tabi tutmak, ekonomik ve sosyal politika olarak tercih edilmekte; bu süre içinde işçilerin içinde bulunduğu durum bir nevi geçici işsizlik olarak nitelendirilerek işsizlik sigortasından “kısa çalışma ödeneği” almaları öngörülmektedir. Bu şekilde işsizlik sigortası fonu, bu işçiler işsiz kalsa idi onları yeniden işe yerleştirmek için yapacağı masraflardan da kurtulmuş olmaktadır⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Çil, Şerh, s.2974, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 33. maddesinde düzenlenen Ücret Garanti Fonu'na ilişkin düzenleme 5763 sayılı İş Kanunu'nda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 37. maddesi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. .

⁵⁷⁹ Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Mess, İstanbul, 2002, s.90.

Yönetmeliğin 7. maddesinde, kısa çalışma ödeneğinin nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir ve temlik edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.(KÇY m.7/9).

1.3.1.2.5.Kısa Çalışma Ödeneğinden Yapılacak Ödemelerin İşsizlik Sigortasından Yapılacak Ödemelerden Düşülüp Düşülemediği

Kısa çalışma ödeneği alan sigortalının daha sonra işsizlik ödeneğine hak kazanması halde, bu sürenin işsizlik ödeneği alınması gereken süreden düşülüp düşülmeyeceği cevaplanması gereken bir husustur. Bilindiği gibi, hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinde hem de 4447 sayılı Kanuna eklenen 2. maddede kısa çalışma ödeneği alınan sürenin işsizlik ödeneği alınan süreden düşülmesi kabul edilmişti. Fakat bu konuda; 2008 ekonomik Krizinde 5838 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanuna Geçici 8. madde eklenerek bu sürenin işsizlik ödeneği alınan süreden düşülmemesi yönünde düzenleme yapılmıştı. 5838 sayılı Kanunla eklenen Geçici 8. maddeye göre sadece Bakanlar Kurulu kararı ile uzatılmış olarak uygulanan süreye ilişkin kısa çalışma ödeneği işsizlik ödeneğinden düşülecekti. 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Ek 2. maddenin içine konulan bir hükümlerle bu ödeneğin işsizlik ödeneğinden mahsup edileceği, Bakanlar Kurulu'nun 6 aya kadar uzatma yetkisini kullanması halinde ise, bu döneme ilişkin ödemelerin işsizlik sigortasından düşülüp düşülemediğine yine Bakanlar Kurulunun karar vereceği düzenlenmiştir (Ek m.2/VI). Tezel'e göre bu durumda kısa çalışma ödeneğinin aslında işçinin kendi kesesinden yapılan bir ödeme şekli olduğu tescillenmiştir. Dolayısıyla kısa çalışma ödeneğinin tek fonksiyonunun işçinin işsiz kalma psikolojisini ertelemek olduğunu belirtmiştir⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ www.aliteznel.com, Libya'da Yaşanan Krizde Mağdur Olan İşçilerimize Kısa Çalışma Ödeneği.

İKİNCİ BÖLÜM

KISA ÇALIŞMANIN SONUÇLARI

2.1. GENEL OLARAK KISA ÇALIŞMANIN SONUÇLARI

2.1.1.Kısa Çalışmanın Devlet Açısından Sonucu

Kısa çalışmanın uygulanması ki bu anlamda özellikle işin tamamen durdurulması, iş ilişkisinin tamamen sona ermesi anlamını taşımamaktadır. Kısa çalışma uygulaması ile geçici bir dönem için işçinin iş görme, işverenin ücret ödeme borcunun kapsamında değişiklik yapılmakta fakat bununla birlikte işin görülmesine bağlı olamayan yan yükümlülükler varlığını devam ettirmektedir⁵⁸¹.

Kısa çalışmaya tabi tutulan işçiler, kısa çalışma süresince ya hiç çalıştırılmamakta ya da haftalık normal iş sürelerinden daha az süreyle çalıştırılmaktadır. Bu bakımdan kısa çalışma uygulamasının işçi açısından temel sonucu, çalışma sürelerinin ve buna bağlı olarak da ücretinin ya hiç uygulanmaması ya da azaltılmış haliyle uygulanmasıdır. Kısa çalışma esnasında çalıştırılmayan işçilere herhangi bir ücret ödenmezken; çalışma süreleri geçici azaltılan işçilere, sadece çalıştıkları süreler karşılığı ücret ödenir. Zira bu işçiler, çalışma süreleri azaltılsa da belirli bir süre çalıştırdıklarından bu çalışmalarının karşılığı olarak ücrete hak kazanırlar. Hal böyle olunca, kısa çalışma halinde, başvuru kısa çalışma yöntemine bağlı olarak işçiler, kısa çalışma süresince (çalışma borcundan) ücretinden ya tümüyle ya da kısmen yoksun kalmaktadırlar. Bu durumun, geçimini genelde yalnızca işinden aldığı ücreti ile sağlayan işçiler bakımından hem geçici bir işsizlik hem de gelir kaybına yol açacağı aşikârdır⁵⁸². Ayrıca bu durum işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacaktır. İşte böylesi bir durumda işletmenin ekonomik rizikosunu sadece ilgili işçilerin sırtına yüklemek adil bir

⁵⁸¹ Schaub, s.10; Auflage, s.425; Barnhofer, s.75, nakleden Muhittin Astarlı, **Türk Hukukunda Çalışma Süreleri**, Doktora Tezi, s.378, dn.708; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.519; Akyiğit, Kısa Çalışma, ss.2-3, 18-19; aynı yazar, Şerh, s.1783.

⁵⁸² Akyiğit, Kısa Çalışma, s.18, nitekim Hükümet Tasarısının ve Bilim Komisyonu Taslağının ilgili madde gerekçelerinde de kısa çalışmanın bir nevi ücretsiz izin ve geçici işsizlik oluşturacağından söz edilmektedir.

çözüm olmayacağından, şartları varsa ilgili işçilere İş-kur tarafından belli bir ölçüde “kısa çalışma ödeneği” ödenmesi öngörülmüştür. Zorlayıcı nedenle gidilen kısa çalışma halinde ödemenin, zorlayıcı sebebin sadece bir haftası için yarım ücret şeklinde olacağı gözden kaçırılmamalıdır (İşK m.40). Keza kısa çalışma süresince işçilere belli oranda ödeme yapılacağı sözleşmeyle öngörülmesi de mümkündür. Kısa çalışma uygulanan işçilere yönelik ödeme öngören böyle bir sözleşme bulunsa da bulunmasa da, bu işçilere şartları varsa kısa çalışma ödeneğinin ödenmesi gerekir. Kısa çalışmanın devlete yüklediği⁵⁸³ ödenek boyutu dışında tarafların çeşitli hak ve borçları bakımından da bir takım etkileri vardır.

2.1.2.Kısa Çalışmanın Taraflar Açısından Sonuçları

Yukarıda dile getirilen yasal koşullara uygun olarak başvuru kısa çalışmanın, hizmet sözleşmesinin tarafları ve devlet bakımından bazı hukuki sonuçlar doğurduğu açıktır. Kısa çalışmanın devlet bakımından olan sonucu yukarıda değinildiği üzere kısa çalışma ödeneğidir. Aşağıda ise kısa çalışmanın taraflar için sonuçlarına değinilecektir.

2.1.2.1.Kısa Çalışmanın Hizmet Sözleşmesine Etkisi

Kısa çalışma uygulaması ile çalışma sürelerinde ve bununla birlikte ücrette bir indirimle gidilmesi veya iş yerindeki çalışmanın tamamen yahut kısmen durdurularak çalışma sürelerinin hiç uygulanmaması suretiyle işverenin ücret ödeme borcundan kurtulması, taraflar arasında sözleşme ile kurulmuş olan iş ilişkisinin varlığını ve devamını etkilemez⁵⁸⁴. Bu şekilde çalışma sürelerinde geçici bir süre indirimle gidilmesi durumunda iş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinden doğan borçlarının kapsamı değişmekte, işçi daha kısa çalışma süreleri itibarıyla iş görme

⁵⁸³ 2011 yılı Bütçe Sunuş Konuşmasında, “...küresel ekonomik krizin derileştiği dönemde etkinlik kazandırdığımız kısa çalışma uygulamasıyla, 2010 Ekim sonuna kadar, 3 bin 623 firmada çalışan 218 bin 860 kişiye, 200 milyon 700 bin TL ödeme yaparak çalışanlarımızın istihdamda kalmalarını sağladık...” ibareleri kullanılmıştır.

⁵⁸⁴ Astarlı, Çalışma Süreleri, s.359.

borcunu ifa ederken işveren de buna karşılık daha az bir ücret ödeyerek temel edim yükümünü yerine getirmektedir.

İşçinin iş görme edimini yerine getirmediği buna bağlı olarak da işverenin ücret ödemediği ama aynı zamanda iş sözleşmesinin varlığını devam ettirdiği bu dönemde sözleşmenin hukuki bakımdan ne konumda olduğu önemlidir. İşverene Kanun'un Ek 2. maddesi ile maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak, geçici bir süre için işçinin rızasına gerek duymaksızın işyerinde çalışma sürelerini azaltma veya faaliyeti durdurma hakkı tanınmıştır. İşyerindeki faaliyetin kısa çalışma nedeniyle kanuna uygun ve geçici olarak kısmen ya da tamamen durdurulması halinde, kısa çalışmaya tabi tutulan işçilerin iş sözleşmesi kısa çalışma süresi sonuna kadar askıya alınmış olacaktır⁵⁸⁵.

2.1.2.1.1.Koşulları Bakımından İş Sözleşmelerinin Askıya Alınması ve Kısa Çalışma

2.1.2.1.1.1.İfanın İmkânsız Olması ve Kısa Çalışma

İş akdinin askıya alınabilmesinin koşullarından ilki, objektif bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasıdır. Sözleşmenin askıda olması hali olan kısa çalışmaya nedenlerinden genel ekonomik kriz, sektörel veya bölgesel krizlerle zorlayıcı sebepler, işçi açısından iş görme borcunun yerine getirilmesinde daha doğrusu işverenin işi kabulünde objektif bir imkânsızlık yaratmaktadır. Kanun koyucu, zorlayıcı sebepleri ve belli koşullarla ekonomik krizleri sözleşmelerin askıya alınmasını sağlayan geçici ifa engeli olarak kabul etmiştir⁵⁸⁶. Ekonomik krizler, esas itibariyle, işletme rizikosunun içinde yer almakta ve bundan kaynaklanan yüklerle işverenin katlanması gerekmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu, kısa çalışmaya

⁵⁸⁵ Mollamahmutoğlu, B.2, s.454; Akyiğit, Kısa Çalışma, s.19; Köseoğlu, s.51, dn.145, 201; aynı yazar, İş Yerinin Kapanması, s.48; Murat Engin, **Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2000 Yılı Ekim Toplantısı, İstanbul 2002, ss.42–45; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.518; Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s.143.

⁵⁸⁶ Mollamahmutoğlu, B.2, s.454; Köseoğlu, s.201, aynı yazar, İş Yerinin Kapanması, s.48; Engin, İstihdam Biçimleri, ss.42–45.

ilişkin hükümleri, ekonomik krizden kaynaklanan yükleri belli koşulların gerçekleşmesine bağlayarak taraflar arasında paylaştırmayı tercih etmiştir.

Kısa çalışma kavramını anlatırken de belirttiğimiz üzere; işvereni kısa çalışma uygulamaya zorlayan genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslar arası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla iş yerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar, bölgesel kriz, ulusal veya uluslar arası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi anlamda etkilenip sarsıldığı durumlar, sektörel kriz; ulusal veya uluslar arası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumlar, zorlayıcı nedenler ise işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen yahut kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenler olarak tanımlanmıştır.

Kısa çalışma uygulaması bakımından genel ekonomik kriz, bölgesel yahut sektörel krizin varlığına bir kez karar verildiği andan itibaren ülkenin herhangi bir yerinde bulunan işverenler, coğrafi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kısa çalışma talebinde bulunabileceklerdir. Tabi bu taleplerinin kabul edilebilmesi için, ekonomik krizlerden etkilenerek sarsıldıklarını ve üretimi durdurmak zorunda kaldıklarını ispatlamaları, yani uygunluk tespiti yaptırmaları gerekecektir. Zorlayıcı nedenlerle yapılacak başvurularda ise, zorlayıcı nedenin varlığı ve niteliği tespit edilecek örneğin, deprem, sel, yangın durumları belirtilecek ve zorlayıcı nedenin varlığı kabul edilerek kısa çalışma uygulamasına gidilebilecektir.

İşin kısmen veya tamamen durdurulması, dolayısıyla da iş akitlerinin askıya alınmasına neden olan genel ekonomik, sektörel ve bölgesel krizler ile zorlayıcı nedenler, kısa çalışma bakımından işin yerine getirilmesi ve işi kabulde objektif imkânsızlık kabul edilir. İş akdinin devamı esnasında her iki taraf iradesi dışında

ortaya çıkan bu nedenlerin varlığı süresince, tedbir niteliğinde uygulanan kısa çalışma uygulaması, iş akdinin askıya alınması sonucunu doğurur.

Kısa çalışmada anılan nedenler, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesinde objektif imkânsızlık yaratmasından ziyade işverenin işi kabulünün mümkün olmamasına neden olur. Bu nedenle işvereni kısa çalışmaya götüren ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerin işveren açısından beklenilmezlik ölçütünü aşan maddi imkânsızlık olup olmadığı saptanmalıdır. Zira işçinin işin ifasında içine düşeceği imkânsızlık ile işverenin işi kabulde düşeceği kanuni imkânsızlığın farklı ölçütlere bağlandığını ve işçi açısından beklenilmezlik olan ölçütün işveren açısından maddi imkânsızlık olması gerektiği belirtilmiştir. Kanımızca, ülkedeki genel ekonomik, bölgesel ve sektörel krizin varlığı ile zorlayıcı nedenlerin meydana çıkması halinde, bu durumları somut belgeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna bildirerek uygunluk tespiti yaptıran ve bu süreçten sonra ancak kısa çalışmaya gidebilen işveren açısından söz konusu bu sebeplerin işi kabulde imkânsızlık yaratmayacağını düşünmek mümkün olmayacaktır. Kısa çalışmaya götüren ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenler, işveren açısından işi kabulde imkânsızlığa neden olacağından işverenin ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerle işçilerin iş görme edimini geçici olarak kabul edememesi temerrüt sonucunu yaratmayacaktır.

2.1.2.1.1.2.İfa Etmemenin Geçici Olması ve Kısa Çalışma

İş akitlerinin askıya alınması için gerekli olan ikinci şart, askının geçici nitelikte olması gerektiğidir. Kanun koyucu da, geçici ifayı kabul engelleri nedeniyle uygulanacak kısa çalışma süresini, iki farklı şekilde sınırlamış bulunmaktadır. İlk olarak kanunda kısa çalışmanın azami süresi 3 ay olarak öngörülmüştür. Kısa çalışma süresi en fazla üç ay için öngörüldüğünden, kısa çalışma nedeniyle faaliyetin durdurulmasına ilişkin askı süresi de en fazla üç ay için sınırlanmış olacaktır⁵⁸⁷. Dolayısıyla ekonomik kriz ve zorlayıcı sebepler nedeniyle kısa çalışmaya gidilmesi

⁵⁸⁷ Caniklioğlu, Kısa Çalışma Ödeneği, s.518.

ve faaliyetin durdurulması halinde, iş sözleşmesi kısa çalışma süresinin sonuna kadar (en fazla 3 ay) kendiliğinden askıya alınmış olacaktır⁵⁸⁸.

Öte yandan kanun koyucu kısa çalışmanın, asgari en az dört hafta sürmesi gerektiği yönünde başka bir sınırlama getirmiştir. Belirtilen nedenlerle iş sözleşmesi, Kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak, en az dört hafta ve en fazla 3 ay süre sınırları arasında olmak üzere, işveren tarafından öngörülen ve Kurum tarafından uygun bulunan faaliyetin durdurulduğu kısa çalışma süresi boyunca sözleşme askıda kalacaktır.

Söz konusu bu 3 aylık sürenin Bakanlar Kurulu kararıyla 6 aya kadar uzatılabilecek olması, geçicilik ilkesine bir engel teşkil etmeyecektir. Süresinin baştan bu şekilde kanunla ve yönetmelikle belirlenmiş olması, başvuru tedbirin geçici olması gerektiğinin objektif görünümüdür. Zira kısa çalışmaya gitmenin asıl amacı da, işverenin karşılaştığı bu geçici objektif imkânsızlıklar karşısında, iş akitlerinin ve istihdamın devamlılığını korumaktır. İşveren kısa çalışmayla fesihden kaçınarak başkaca bir tedbir almakta ve kanunda öngörülen sürenin sonunda bu tedbiri uygulamamaktadır.

İş akdindeki ifa imkânsızlıklarının işçiye yüklenemeyen nedenlerle ortaya çıkması veya işverenin işçinin edimini objektif olarak kabul edememesi durumlarında, bu durumun geçici olması koşuluyla temel kural, engelin ortadan kalkmasına kadar askının devam etmesidir. Bu özellikleri bünyesinde barındıran kısa çalışma uygulamasında, askıya neden olan durumun (ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenin) ortadan kalkmasına kadar ve herhalde azami 3 aylık süre içinde iş akdi askıda kalmaya devam eder⁵⁸⁹. Dolayısıyla kanuni askı süresi olan bu süre geçtikten sonra askı hali kendiliğinden sona erecektir⁵⁹⁰. Kısa çalışmaya neden olan olguların daha fazla sürmesi, kısa çalışma süresinin uzatılması söz konusu olmadıkça işçiye bağlamayacaktır. İşçi bu saatten sonra normal çalışma koşullarının uygulanmasını

⁵⁸⁸ Mollamahmutoğlu, B.2, s.454; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.518; Engin, İstihdam Biçimleri, s.105; Akyiğit, Kısa Çalışma, s.19; Köseoğlu, s.201.

⁵⁸⁹ Uzatılan 6 aylık uygulamada 6 aylık süre dikkate alınacaktır.

⁵⁹⁰ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.519; Engin, İstihdam Biçimleri, s.105.

isteyebilecektir. Bu bağlamda askı halinin sona ermesiyle, işçinin iş görme borcuna uygun davranması, işverenin de işçinin iş görme edimini kabul etmesi, işçinin ücretini ödemesi gerekmektedir⁵⁹¹.

Kısa çalışmanın bu geçici nitelikte olması gerektiği özelliğiyledir ki sözleşmesel kısa çalışmada da süre sınırı kanuna kıyasen 3 ay kabul edilmiştir. Kısa çalışmanın devamını gerektiren sebeplerin varlığını sürdürmesi halinde, yine 3 aylık süreyle sınırlı olarak ve işçinin rızası alınarak kısa çalışmaya devam edilebilecektir.

Buna karşılık işyerinin içinde bulunduğu ekonomik krizin varlığını sürdürmesi nedeniyle işçinin rızasının alındığı bir ücretsiz izin haline geçilmişse, artık kanundan doğan ve kısa çalışmadan kaynaklanan bir askı hali değil, birinci bölümde de anlattığımız taraf iradeleri ile gidilen iradi bir askı döneminden bahsedilir.

2.1.2.1.2.3.İfa Etmemenin Yüklenemez Olması ve Kısa Çalışma

Genel ekonomik, bölgesel ve sektörel krizler ile zorlayıcı nedenlerle gidilen kısa çalışma uygulamasında anılan nedenlerin kısa çalışma taraflarına yüklenmesi mümkün değildir. Zira işverenin kusuruna dayanan ve işyerinin işverenin kötü yönetiminden kaynaklanan nedenlerle ekonomik sıkıntılara girmesinin ve bu anlamda işyeri bazlı bir krizin kısa çalışmaya yol açmayacağı noktasında bir tartışma yoktur. Zira işyerinden kaynaklanan ekonomik, yönetsel ve organizasyona dayalı olaylar genel ekonomik, bölgesel ve sektörel kriz kavramına dahil edilmediğinden bunlara dayanılarak kısa çalışma yapılamayacaktır. Aslında burada anlatılmak istenen söz konusu durumlarda içine girilen ekonomik sıkıntıların işverene yüklenebileceği ve bu anlamda işçiye mal edilemeyeceğidir.

⁵⁹¹ Taşkent, Ücretsiz İzin, s.20.

Zorlayıcı nedenlerin ise taraflara isnat edilememesi doğası gereğidir. Kurum Yönetim Kurulunca karara bağlanan genel ekonomik, bölgesel ve sektörel krizlerin işyeri, işveren ve işçi dışında gerçekleşen nedenler olduğu kabul edildiğinden işverenin işi kabul etmemesi kendisine isnat edilemeyecek ve işi kabulde temerrüdünden bahsedilemeyecektir.

2.1.2.1.2.4.İfa Zamanının Esaslı Olmaması ve Kısa Çalışma

İş akitlerinin askıya alınabilmesi için olması gereken koşullardan bir diğeri, ifa zamanının esaslı olmamasıdır. Kısa çalışmaya başvurulması halinde iş akdinin askıda kalması durumunda da bu husus aynen geçerli olacaktır. Ancak kısa çalışma halinde işin ifa zamanının esaslı sayılması söz konusu olsa bile kısa çalışma zamanlaması bizzat işveren tarafından belirlendiğinden, askı şartları için menfi bir durum söz konusu olmayacaktır. Zira işverenin hem kendi iradesi ile kısa çalışmaya gitmesi hem de ifa zamanının esaslı olmasından mütevellit akdin askıya alınmayacağını ve haklı nedenle fesih hakkının doğduğunu iddia etmesi hakkın kötüye kullanılması olacağından kabul görmeyecektir.

2.1.2.1.2. Kısa Çalışmadaki İş Sözleşmesinin Askı Görünümü ve Doktrindeki Görüşler

2.1.2.1.2.1.Genel Olarak

Kısa çalışma süresince seçilen kısa çalışma önlemi türüne göre, işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu kısmen veya tamamen işlerliğini yitirir ve iş sözleşmesinin askıya alındığı kabul edilir⁵⁹². Bunun sonucu olarak da iş sözleşmesi taraflarının temel edim borçları olan iş görme borcu ile işi kabul ve ücret ödeme borçları askıda kalır.

⁵⁹² Akyiğit, Kısa Çalışma, s.3; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.518.

Kısa çalışma neticesi işçi, kendisini objektif olarak ifa imkânsızlığına sürükleyen nedenlerden dolayı iş görme borcunu yerine getirememekte ve söz konusu işin ifa edilememesi durumu işçi açısından iş sözleşmesine herhangi bir aykırılık teşkil etmemektedir. Zaten böyle bir durumda işçiden iş görme borcu talep edilmemekte, bizzat işveren tarafından işçi ya daha az sürelerle çalıştırılmakta ya da hiç çalıştırılmamaktadır. İşveren de bu durumda işçiye ücret ödemeyerek içine düştüğü ekonomik sıkıntıdan kurtulmaya çalışmaktadır. İşçinin bu şekilde kendisine izafe edilemeyen nedenlerle iş görme ediminde geçici olarak ifa imkânsızlığı içine düşmesi-*hatta kısa çalışma durumunda bunun daha ziyade işveren açısından işi kabulde geçici imkânsızlık olarak nitelendirilmesinin daha doğru olduğunu belirtmiştik*- durumunda, imkânsızlık devam ettiği sürece iş sözleşmesi askıya alınır ve işçi açısından edimi yerine getirme borcu, işveren açısından da işi kabul etme borcu ertelenir.

Caniklioğlu'na göre, işçinin hiç çalışmaması şeklindeki kısa çalışma uygulamasında, iş sözleşmesi sona ermemekte, aksine bu dönem için iş sözleşmesi, kanundan kaynaklanan bir nedenle ve kendiliğinden askıya alınmaktadır⁵⁹³.

Ekmekçi de benzer şekilde kısa çalışma döneminde iş sözleşmesinin askıda olduğunu ancak bu askı halinin işçinin rızasına bağlı olarak oluştuğunu ifade etmiştir. Buna karşılık yazara göre; kısa çalışma uygulamasının düzenli olarak haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklinde uygulamasında, işçinin çalışması kısmi olarak devam ettiğinden askı hali ortaya çıkmayacaktır⁵⁹⁴.

Aydın; işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması biçimindeki kısa çalışma uygulamasında iş sözleşmesini, kanundan kaynaklanan bir nedenle ve kendiliğinden oluşan askının tipik örneği olarak görmüştür. Böylece, kısa çalışmaya gidilmesi sebebiyle işyerinde faaliyetin durmasına yol açan ve çalışmasına ara verilen işçilerin bu dönemde iş sözleşmeleri askıda kalacak; kısa çalışma süresinin son bulmasıyla işçiler iş başı yaptıkları anda askı hali kendiliğinden sona

⁵⁹³ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.518.

⁵⁹⁴ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.58; Aydın, Kısa Çalışma, s.37.

erecektir. Kısa çalışmanın çalışma süresinin azaltılması biçiminde uygulanması durumunda ise, iş sözleşmesinin askı halinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu halde tarafların iş sözleşmesinin koşullarında esaslı bir değişikliği içeren yasal düzenleme hususunda anlaşıklarını kabul etmek gerekecektir⁵⁹⁵.

Engin, kısa çalışma döneminde işverenin işçisini hiç çalıştırmaması halinde, taraflar arasında akdedilmiş olan iş sözleşmesinin sona ermediğini, iş sözleşmesinin belirli bir süre için taraf iradesine bağlı olmaksızın kendiliğinden ve yasadan kaynaklanan bir sebep ile askıya alındığını ifade etmektedir. Buradaki askı halinin süresi kanun ile sınırlanmış ve bu sürenin en çok üç ay olabileceği belirtilmiştir. Bu yüzden kanun ile belirlenmiş olan bu azami sürenin sonunda askı hali kendiliğinden sona erecektir⁵⁹⁶.

Başterzi, kısa çalışmanın iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmasının, kısa çalışma olgularından işin geçici olarak tamamen veya kısmen durdurulması yahut çalışma sürelerinin geçici olarak azaltılması durumlarına göre farklılık yaratacağı görüşündedir. Yazara göre; zorlayıcı sebeplerin varlığı durumunda geçici bir süre için iş görme edimini kabul imkânsızlığı içine düşen ve bu durum kendisine yüklenemeyen işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi, ifa zamanı esaslı değilse, bir başka deyişle iş görme ediminin belirli bir tarihte ya da belirli bir sürede ifa edilmesi önem taşımıyorsa teorik olarak askıya alınmış olur. Buna göre, zorlayıcı sebepten de kaynaklansa haftalık çalışma süresinin azaltılması biçimindeki kısa çalışma durumunda -iş sözleşmesinin kısmen askıya alınmasından söz etmek mümkün olmayacağından- askı hali söz konusu değildir. Çünkü iş görme edimini ifayı kabul imkânsızlığı ya vardır ya da yoktur. Kısmi bir imkânsızlıktan söz edilemez. Buna karşılık işyerinde, işin zorlayıcı sebeplerle geçici olarak kısmen ya da tamamen durması halinde, işverenin içine düştüğü ifayı kabul imkânsızlığı nedeniyle işçinin iş görme ediminin tamamen yerine getirilememesi söz konusu olduğundan, diğer koşullar da varsa teorik olarak iş sözleşmesi askıya alınır. İş

⁵⁹⁵ Aydın, Kısa Çalışma, s.37; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Ufuk Aydın, **4857 sayılı İş Kanununun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları**, Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Kararın İncelenmesi, Sicil, Y.2, S.5, Mart 2007, s.5.

⁵⁹⁶ Engin, İstihdam Biçimleri, s.105

sözleşmesinin teorik olarak askıya alınması bakımından işverenin ifayı kabul imkânsızlığı içinde olduğu sonucuna varılabilmesi için, ifa engelinin mutlaka teknik anlamda bir zorlayıcı sebep biçiminde ortaya çıkması aranmamaktadır. İşverenin gösterdiği bütün çabalara karşın ifayı kabul imkânsızlığını aşmasının mutlak olarak mümkün olmadığı, makinelerde meydana gelen teknik arızalar ve onarım gibi durumlarda da koşul gerçekleşmiş sayılır. Buna karşılık, işverenin ekonomik güçlükler nedeniyle iş görme ediminin ifasını kabul edememesi ifayı kabul imkânsızlığı niteliğinde sayılmadığından teorik olarak iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmaz. Bu tür ekonomik güçlükler, genel ekonomik kriz, işletmenin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntı, satışların durması ve stok fazlasının ortaya çıkması örnek gösterilebilir. Bu durumlar işletme riski içinde değerlendirilir. Türk hukuk sisteminde ise, teorik düzeyde varılan bu sonuçtan farklı olarak iş sözleşmesinin yasayla askıya alınması sadece zorlayıcı sebeplerin varlığı durumunda kabul edilmiştir. Bu nedenle İş Kanunu'nda, zorlayıcı sebep niteliğinde olmasa da, işyerini aynı ölçüde etkileyeceği düşünülen genel ekonomik kriz, koşulları varsa işverenin işçilerine kısa çalışma yaptırabileceği bir durum olduğu kabul edilmiştir. Ekonomik kriz ise Türk hukuk sisteminde iş sözleşmesinin yasal olarak askıya alınması nedeni olarak öngörülmediğinden, kısa çalışmanın ekonomik krizden kaynaklanması halinde işçi, iş koşullarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkına sahip olacaktır. Fakat işçi bu fesih hakkını kullanmazsa, iş sözleşmesi işçinin rızasıyla iradi olarak askıya alınmış olacaktır⁵⁹⁷.

Yazarın akdin askıya alınmasını sağlayan kısa çalışma şeklinin işin kısmen veya tamamen durdurulması haline inhisar eden görüşü yukarıda görüşlerine yer verilen ve bizim de katıldığımız diğer yazarlarla uyumlu gözükmeyle birlikte bir yönüyle eleştiriye açıktır. Zira her ne kadar işletmenin karşılaşmış olduğu ekonomik kriz veya diğer ekonomik güçlüklerin, işyeri bazlı olması ve işverenin kendi kusurundan kaynaklanan nedenler sonucu içine düşülen bir kriz olması halinin iş sözleşmelerinin askıya alınmasına neden olmayacağı kabul edilmekle birlikte, İşsizlik Sigortası Kanunu Ek 2.madde kapsamında kısa çalışmaya neden olan genel

⁵⁹⁷ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.67.

ekonomik kriz neticesi işveren tarafından alınan kısa çalışma kararı nedeniyle işi kısmen veya tamamen geçici olarak durdurulan işçilerin iş akitlerinin askıya alınacağı noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle salt zorlayıcı nedenlerle gidilen kısa çalışmanın iş sözleşmelerini askıya alacağı şeklinde bir ayırımından söz edilemez. Genel ekonomik krizin varlığının işverence bildirildiği ve bunun Kurum Yönetim Kurulunca karar bağlanarak işverenin işçilerini kısa çalışmaya tabi tuttuğu durum ile zorlayıcı nedenler ile gidilen kısa çalışmaya tabi tutulan işçilerin hukuki durumlarını farklı yorumlamak dayanaktan yoksundur. Böyle bir yorum yasaya aykırı olacaktır. Kanun her iki durumda da işçilerin kısa çalışmaya tabi tutulacağını belirlemiştir. Zorlayıcı nedenlerle kısa çalışmaya tabi tutulan işçilerin, iş akitlerinin askıya alındığının kabul edilmesi karşısında genel ekonomik kriz nedeniyle gidilen kısa çalışma tedbirinde akdin askıya alınmadığı ve işçilerin iş sözleşmelerinin uygulanmaması nedeniyle haklı fesih haklarını kullanabileceklerini ileri sürmenin kısa çalışmanın amacıyla bağdaştığı söylenemez. Çünkü kısa çalışma halinde işçilerin iş akitlerinin askıya alındığının kabulü, iş akitlerinin varlığının devam ettiğinin bir sonucudur. Yazarın bu ayırımına göre, ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma uygulamasına tabi tutulan işçilerinin iş akitleri askıya alınmayacaktır. Ancak bunun kabulü halinde dahi işçiler yasa gereği işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneğini almaya devam edeceklerdir. Ekonomik kriz nedeniyle gidilen kısa çalışma esnasında işçilerin iş akitlerinin askıya alınmayacağını kabul edilmesi karşısında iş akitlerinin hukuki durumunun ne olduğu ise yazar tarafından açıklanmış değildir. Yazar bu durumda işçilerin, iş koşullarının uygulanmamasından dolayı haklı nedenle feshe gidebileceklerini ifade etmiştir. Fakat bu seçenek ne işçilerin tercih edeceği bir yol ne de kısa çalışmanın amacına uygun bir çözüm olarak kabul edilebilecektir.

İş sözleşmesinin askıda bulunmasının sonucu olarak kısa çalışma süresince seçilen kısa çalışma önlemi türüne göre işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu kısmen ya da tamamen işlerliğini yitirir⁵⁹⁸. Ancak iş sözleşmesinden doğan yan edimler varlığını muhafaza eder⁵⁹⁹. İşçinin sadakat borcunun devam etmesi buna örnektir.

⁵⁹⁸ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.519.

⁵⁹⁹ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.519.

Kısa çalışmanın, işçinin normal çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması şeklinde uygulanması durumunda, çalışma ve iş görme ile buna karşılık ücret ödeme yükümlülükleri kural olarak devam ettiği için, askı hali söz konusu değildir ve çalışma süresinde geçici bir değişiklik yapılmaktadır. Zira Başterzi'nin de belirtmiş olduğu gibi iş akitlerinin kısmen askıya alınması diye bir husus söz konusu değildir. Ayrıca buna gerek de yoktur. Çünkü çalışma sürelerinin azaltılması halindeki kısa çalışmada iş akdi doğrudan devam etmekte, işçi işyerine gidip gelmekte, sadece çalışma sürelerinde bir azalma söz konusu olmaktadır. Yani böyle bir durumda işçinin iş akdinin hukuki olarak niteliği ve yapısı bütünü itibarıyla değişmemekte, sözleşmenin içinde bulunduğu durum hukuki bakımından nitelendirilme ihtiyacı duymamaktadır. Bu ayırım ise; kısa çalışma halinde işçinin iş akdinin askıya alınmasının işçiyi koruma amacıyla getirilen bir düzenleme olması ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Askının yani kısa çalışmanın sona ermesiyle iş sözleşmesi yeniden tüm hak ve borçlarıyla beraber işlerlik kazanır; yani kısa çalışma dönemi boyunca askıda kalan haklar ve borçlar yeniden kısa çalışma öncesindeki görünüm ve içeriğine kavuşur.

2.1.2.1.2.2.Kısa Çalışmanın Ücretsiz İzin Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği

Kısa çalışma ile ücretsiz izin bazı yönlerden benzerlik taşımakla birlikte, bunlar arasında pek çok yönden farklılık bulunmaktadır. Bilindiği üzere, kısa çalışmaya sadece kanunda sınırlı sayı esasına göre düzenlenen genel ekonomik, bölgesel ve sektörel kriz veya zorlayıcı sebeplere dayanılarak gidilebilmektedir. Ücretsiz izin ise, belirtilen olaylar da dâhil olmak üzere, işyerinden veya işyeri dışından kaynaklanan birçok soruna dayandırılarak uygulanabilmektedir. Öte yandan ücretsiz izinde işçilerin rızasının alınması zorunlu iken, kısa çalışma, işçilerin rızasına gerek olmaksızın, diğer koşulların gerçekleşmesi ve kurumun uygunluk tespiti suretiyle uygulanabilecektir.

Yine, ücretsiz izin dönemlerinde iş sözleşmesi askıda iken, kısa çalışma döneminde bu duruma göre farklılık arz eder. Kısa çalışmanın faaliyetin durdurulması şeklinde uygulanmasında, iş sözleşmesi askıya alınırken, çalışma sürelerinin azaltılması şeklinde uygulanmasında, azaltılmış süreyle de olsa işyerinde çalışma devam ettiğinden, sözleşmenin askıya alınmasından söz edilmez.

Kısa çalışma uygulaması için mevzuatta asgari ve azami sınırlar öngörülmüşken, ücretsiz izin konusunda bu noktada bir açıklık bulunmamaktadır. Bilindiği kısa çalışma en az dört en fazla 3 aylık sürelerle uygulanabilecektir. İşçilerin ücretsiz izne çıkarılmaları bakımından ise, bu yönde asgari ve azami süre sınırlamasını öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanuna göre kısa çalışma en az dört haftalık bir süre için uygulanırken, işçinin rızasının alınması koşuluyla ücretsiz izin birkaç gün için dahi uygulanabilecektir. Öte yandan kısa çalışma en fazla üç aylık bir süre için uygulanabilmekte iken, işçiler rızası alınarak daha fazla süre ile ücretsiz izin uygulamasına tabi tutulabileceklerdir. Ücretsiz izin uygulamalarının en fazla ne kadar süre ile uygulanabileceği tartışılmıştır. Yargı kararlarında makul bir süreden söz edilmekte ve bu bağlamda olayın niteliğine göre farklı süreler ortaya çıkabilmektedir. Öğreti de ücretsiz izin süresinin azami sınırı bakımından farklı süreler öngörülmektedir⁶⁰⁰.

Kısa çalışma da ücretsiz izin gibi işyerinin tamamında ya da belli bir bölümünde uygulanabilecektir. Diğer yandan mevzuatta yer alan diğer hükümlere aykırı olmamak koşuluyla işyerinin aynı biriminde çalışan işçilerden sadece, birisi ya da bir kaçı ücretsiz izne çıkarılabilirken kısa çalışma bakımından böyle bir uygulamaya gidilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira istisnai ve özel olarak değerlendirilebilecek haller haricinde, aynı birimde çalışan işçilerden bazısının kısa çalışma kapsamını dışında bırakılması mümkün değildir.

⁶⁰⁰ Çelik, Çözüm Arayışları, ss.433-436; Süzek, B.5, ss.381-382; Değişiklik Feshi, s.12; Eyrenci Ücretsiz İzinler, ss.41-42; Fatih Uşan, **İşverenin Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları**, ss.1222-1224.

Kısa çalışma sürelerinin ve ücretsiz izinde geçirilen sürelerin kıdemin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda farklı bir durumla karşılaşılmaktadır. Yargıtay'ın 4857 sayılı kanun öncesi dönemde vermiş olduğu kararlarında, ücretsiz izinde geçirilen süreleri, kıdemin hesabında dikkate almamıştır. Buna karşılık öğretide çoğunluk ücretsiz izin sürelerinin işçinin kıdeminin hesabında dikkate alınması gerektiği yönünde görüş bildirirken, Yargıtay'ın görüşü belirtilen sürelerin kıdemin hesabında dikkate alınmayacağı yönündedir. Kısa çalışma süreleri ise kıdemin hesabında dikkate alınacaktır.

Ücretsiz izin döneminde işverenin işçilere ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kısa çalışmanın çalışma sürelerinin azaltılması şeklinde uygulandığı şeklinde, işyerinde azaltılmış süreyle de olsa çalışma devam ettiğinden, çalışılan sürenin karşılığında ücret ödenmesi gerekecektir. Çalışılmayan süreler bakımından ise, işverenin ücret ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır. Aynı şekilde, kısa çalışmanın faaliyetin durdurulması şeklinde uygulanmasında, çalışılmayan döneme ilişkin ücret ödeme yükümlülüğü olmayacaktır.

Ücretsiz izinden farklı olarak kısa çalışmada hak kazanma koşullarını yerine getiren işçilere kısa çalışma ödeneği ödenecektir. Ödeneğe hak kazanma koşulunu yerine getirmeyen işçilere ise gelir güvencesinden yoksun kalmaktadırlar. Bununla birlikte, mevzuatta işverenlerin işçilere, çalışma karşılığı olmaksızın ödeme yapmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla işverenler ödenek alsın ya da almasın kısa çalışmaya tabi tutulan işçilere çalışılmayan sürelerle ilişkin kendiliğinden ya da iş sözleşmeleri yahut da toplu iş sözleşmelerine dayanarak ücret ödemeyebileceklerdir.

Ücretsiz izinde çalışılmayan dönem bakımından ücret ödenmediği için sigorta primleri de yatırılmamaktadır. Aynı şekilde kısa çalışma döneminde çalışılmayan süreler bakımından ücret ödenmesi zorunlu olmadığından herhangi bir prim ödeme zorunluluğu yoktur. Ancak ücret ödenmeyen fakat ödeneğe hak kazanan işçiler bakımından özel bir durum söz konusu olmaktadır.

Bu karşılık doktrinde Demir'e göre, kısa çalışma dönemleri birer ücretsiz izin dönemi olarak nitelendirilmelidir. Bu dönemde işverenin herhangi bir ücret ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya bulunmaması bundan kaynaklanır. Yazara göre; işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı, bir başka deyişle, işverenin de işçinin de iş sözleşmesini fesih hakkının bulunmadığı bu ücretsiz izin döneminin özelliği, işçilerin İş-kur tarafından kısa çalışma ödeneği ile desteklenmesidir⁶⁰¹.

Ekmekçi de kısa çalışma süresini ücretsiz izin süresi olarak değerlendiren yazarlardandır. Yazar bunun nedeni, 4857 sayılı İşK'nun mülga 65. maddesinin gerekçesinde, kısa çalışma süresinin ücretsiz izin olarak nitelendirilmesine dayandırır. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun "sigortalıların borçlanabileceği süreler" başlıklı 41. maddesinin (f) bendinde yer alan ve 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanunla kaldırılan "...ve Kurumca kabul edilecek söktörel veya genel ekonomik kriz dönemlerinde işvereni tarafından ücretsiz izinli sayılanların, her yıl için 3 ayı geçmemek üzere bu süreler..." ibaresi de bu konuda yazarın dayanmış olduğu verilerden biri olmuştur.

Buna karşılık Bayhan, ücretsiz izin ve kısa çalışmanın, işçilerin belli dönemlerde iş yerinde çalışmamalarını gerektirmeleri bakımından birbirine benzediklerini ancak kısa çalışmanın bazı yönleriyle ücretsiz izinden ayrıldığını ifade etmiştir. Yazara göre; kısa çalışmayı ücretsiz izinden ayıran ilk husus, ödenek boyutudur. Kısa çalışma dönemine ilişkin işsizlik sigortası kapsamındaki sigortalıların, çalışmadıkları süre için kısa çalışma ödeneği almaları söz konusudur. Oysaki ücretsiz izin uygulamasında adından da anlaşılacağı üzere, işçinin herhangi bir ücret alması söz konusu olmadığı gibi, devlet tarafından bir ödenek ödenmesi de mevzu bahis değildir. Çünkü işsizlik sigortası bakımından kısa çalışma uygulaması, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği bir durum değil askıya alındığı bir durum olup bu nedenle işçiye çalışmadığı dönem için ödeme yapılır. Kısa çalışmayı ücretsiz izinden ayıran diğer bir husus ise, işçinin muvafakatinin aranmamasıdır. Ücretsiz izin uygulamasında, ya talebin işçiden gelmesi ve işverenin bu durumu kabul etmesi veya

⁶⁰¹ Fevzi Demir, **Kısa Çalışmanın Yıllık İzin, İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi**, <http://www.tumgazeteler.com/a= 5193564>.

işverenin ücretsiz izin teklifine işçinin muvafakat vermesi gerekir. İşverenin ücretsiz izne gönderme isteğinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde, işveren işçiyi ücretsiz izne zorlayamaz. Bu durumda ise; ya işçiyi aynı koşullarla çalıştırmaya devam ettirmek yahut da geçerli nedene dayandığını belirterek, tazminatlarını da ödemek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirmek zorunda kalır. Oysaki kısa çalışmaya tabi tutulacak işçilerin, doktrinde aksine görüşler mevcut olsa da muvafakatleri aranmaz. Kısa çalışma, işverenin kısa çalışma talebi ve Kurum yetkililerinin uygunluk tespiti ile Türkiye İş Kurumu'nun ödemeyi gerçekleştirmesi üzerine kurulmuş bir sistemdir⁶⁰².

Süzek de işyerinde faaliyetin kısmen veya tamamen geçici olarak durdurulması şeklinde olan kısa çalışmayı ücretsiz izinden farklı değerlendirmiştir. Zira ücretsiz izne çıkarılma ancak işçilerin bunu kabul etmesi halinde mümkün olmakla birlikte kısa çalışma, belirli koşulların varlığı halinde işverenin talebi ve kurumca yapılan uygunluk tespiti ile gerçekleşir. Bunun gibi ücretsiz izinlerde işçilere herhangi bir ödeme yapılmadığı halde kısa çalışmalarda işçiler belirli koşullarla kısa çalışma ödeneğinden yararlanırlar⁶⁰³.

Bizde yazarların bu düşüncelerine katılarak, anılan nedenlerle kısa çalışmanın hukuki niteliği itibariyle ücretsiz izinden farklı olduğunu düşünmekteyiz. Zira her ne kadar hem ücretsiz iznin hem de kısa çalışmanın iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurduğu kabul edilse de; kısa çalışmanın kanunla getirilmesinin amacı yukarıda belirtilen ücretsiz iznin işçiler bakımından doğurduğu olumsuz sonuçları bertaraf etmektir. Yine belirtildiği üzere kısa çalışma, ücretsiz iznin aksine işçinin rızasının gerekli olduğu bir uygulama değildir. Ayrıca kısa çalışma uygulamasında ücretsiz izinde söz konusu olmayan kısa çalışma ödeneği vardır. Bu nedenle kısa çalışmanın ücretsiz izin olmadığı konusunda tereddüt bulunmamalıdır.

⁶⁰² Bayhan, Kısa Çalışma, s.134.

⁶⁰³ Süzek, B.5, s.743.

2.1.2.2.Kısa Çalışmanın Fesih Hakkına Etkisi

Uygulanan bir kısa çalışmanın bu sürede tarafların hizmet sözleşmesini fesih hakkı üzerinde bir etki doğurup doğurmayacağı da üzerinde durulmaya değer bir konudur.

2.1.2.2.1.Derhal (Haklı Nedenle) Fesih Hakkına Etkisi

2.1.2.2.1.1. Genel Olarak

İşverenin ekonomik kriz nedeniyle yaptığı kısa çalışma uygulamasını işçinin kabul etmeyerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi kural olarak mümkün olmayacaktır. Çünkü kısa çalışma süresince tüm haklar ve borçlar değil iş görme ve ücret ödeme borcu (belli ölçüde yönetim hakkı/itaat borcu) kısmen veya tamamen askıda kalır. Genel teoriden yola çıkıldığında sadece askıda kalanlardan kaynaklanabilecek bir haklı fesih nedeninin bulunmayacağı da açıktır. Kısa çalışma uygulamasına dâhil edilen işçilerin, başka bir gerekçe bulunmaksızın salt kısa çalışma uygulamasına dayanarak sözleşmeyi feshetmesi mümkün olmayacağı gibi ücretinin eksik ödenmesi veya ödenmemesi (İşK. m.24/II-e) ya da çalışma şartlarının uygulanmaması (İşK. m.24/III-f) nedenleriyle haklı fesih haklarını kullanmaları da söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde işverenin de işçinin işe gelmemesini gerekçe göstererek iş sözleşmelerini feshetmesi mümkün değildir. Nitekim İşK'nun 24. maddesinin II-e bendinde, “*işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilemez veya ödenmezse*” ve II-f bedinde “*çalışma şartları uygulanmazsa*” işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği düzenlenmiş olup, 1475 sayılı İş Kanun’un halen yürürlükte olan 14. maddesinde de, “*işçilerin iş sözleşmelerinin işçi tarafından bu kanunun 16. maddesi (4857 sayılı İşK. m.24) uyarınca feshedilmesi halinde, işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceği*” ifade edilmiştir. Bu yönüyle kısa çalışma uygulamasına katılan ve kısa çalışma ödeneğine hak kazanan işçinin, salt kısa çalışmadan kaynaklanan “çalışma koşullarının uygulanmadığı” veya “işveren

tarafından ücretinin kanun hükümleri ve sözleşme şartlarına uygun olarak ödenmediği” iddiaları yerinde olmayacaktır. Kaldı ki kısa çalışma uygulamasını talep etme hakkı işverenlere yine kanunla tek taraflı olarak verilmiş bir haktır. Dolayısıyla işçinin kısa çalışmaya tabi tutulduğu dönem, ücretinin işveren tarafından kanun hükümlerine veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesaplanıp ödenmediği bir dönem addedilemeyecektir.

İşverenin, kusuru dışında gerçekleşen ekonomik krizler ve zorlayıcı sebeplerden dolayı işçinin rızasını almadan Kurumun uygunluk tespiti ile kısa çalışmaya gitmesi halinde, işçi 3 ay iş sözleşmesini kural olarak Kanun’un 24. maddesinin ikinci bendinin e ve f alt bentlerine dayanarak haklı nedenle feshedemeyecektir. İşveren yasal hakkını kullandığından, işçi burada kısa çalışmanın türüne göre, işverenin ifayı kabul etmediğini, iş verme ve ücret ödeme borcuna aykırı davrandığını ve çalışma koşullarının rızası dışında değiştirildiğini veya çalışma şartlarının uygulanmadığını gerekçe gösteremeyecektir.

2.1.2.2.1.2. Doktrin Görüşü

Başterzi’ye göre; işverene kısa çalıştırma yaptırabilme olanağının tanınması, kısa çalışma yaptırılan işçilerin, çalışma koşullarının değiştirilip uygulanmaması nedeniyle İşK.24/II-f’ye, ücretlerinin yasada ya da sözleşmede öngörüldüğü şekilde ödenmemesi nedeniyle İşK.24/II-e’ye ve zorlayıcı sebeplerle işyerinde işin bir haftadan fazla süreyle durması halinde de İşK.24/III’e göre iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme haklarını ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü yazar bir hakkın sınırlandırılmasının açık bir yasal düzenlemeyi gerektirdiğini ifade etmiştir. İşK’nun 65. (İşsizlik Sigortası Kanunu Ek.2.madde) maddesinden ise, kısa çalışma süresince feshin yasaklandığı yönünde bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Bu durumda feshin gitmeyen işçinin değişikliği zımnen kabul ettiği varsayılır⁶⁰⁴. Akyiğit de kısa çalışmaya dayanılarak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği kabul etmiştir⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, s.64.

⁶⁰⁵ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.20.

Caniklioğlu'na göre ise bu düşüncelere katılmak mümkün değildir. Yazara göre; bu dönemde işçiye fesih hakkı olanağının tanınması, kısa çalışma uygulaması ile güdülen amaca uygun düşmemektedir. Kısa alışma ile ekonomik kriz içinde olan işverene, kendisinin olduğu kadar işyerinde çalışan tüm işçilerin de yararına yasal bir hak tanınmakta ve iş koşullarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisi verilmektedir. Bu doğrultuda geçici olarak işyerinde yeni bir düzen kurulmakta ve işçiden kanunun belirlediği sınırlar çerçevesinde bu düzene uyması beklenmektedir. Bu nedenle işverenin kanunda düzenlenen bir hakka dayanarak yaptığı bir uygulamanın, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme yetkisi tanındığından bahsedilemez. Böyle bir iddia kanun koyucunun amacına uygun düşmez.⁶⁰⁶

Salt kısa çalışma olgusu haricinde, iş görme ve ücret ödeme borcuyla doğrudan bağlantılı olmayan noktalarda tarafların haklı nedenle fesih haklarının varlığını srdrdğu kabul edilebilir. Yani kısa çalışma uygulaması sırasında kısa çalışmadan kaynaklanmayan ancak İş Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilen diğer haklı nedenle fesih sebeplerinin ortaya çıkması halinde, somut olaya göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ve kıdem tazminatı talebi hukuka uygun olarak değerlendirilebilir. Örneğin; işin tümden durdurulması biçimindeki kısa çalışmada, işçinin devamsızlığı yahut iş görme borcuna aykırılığı gündeme gelmez. Fakat alışma süresinin azaltılması biçimindeki kısa çalışma durumunda hem izinsiz devamsızlık hem de iş görme borcuna aykırılık hali (İşK. m.25/II-g ve h) yaşanabilir. Bunlardan başka; işçinin işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi yahut işverenin malına zarar vermesi de (İşK. m.25/II-ı) haklı nedenle feshiye yol açabilecek hallerdendir.

⁶⁰⁶ Caniklioğlu, Kısa alışma, s.522.

2.1.2.2.1.3. Kısa Çalışmada Zorlayıcı Sebebin Haklı Nedenle Fesih Hakkı Verip Vermeyeceği

2.1.2.2.1.3.1. İşveren Açısından

İş Kanunu'na göre işveren, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile alıkoyan zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Kısa çalışma nedeniyle faaliyetin durdurulması halinde, işçinin iş görme borcu bulunmadığından, işveren bu dönemde işçinin iş sözleşmesini belirtilen nedene dayanarak feshedemeyecektir.

Kısa çalışma nedeniyle çalışma sürelerinin azaltılması halinde ise, işveren söz konusu fesih nedeninin gerçekleşmesi halinde, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Çünkü bu dönemde çalışma süreleri azaltılmış da olsa, işçinin bu sürelerle ilişkin iş görme borcu devam etmektedir. Dolayısıyla işçinin iş görme borcunu kendisine ilişkin bir zorlayıcı sebep nedeniyle yerine getiremediği durumlarda, işveren, sözleşmeyi normal dönemde olduğu gibi feshedebilecektir.

2.1.2.2.1.3.2. İşçi Açısından

İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca işçinin, işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği düzenlenmiştir. Öte yandan 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak işverene kısa çalışma yapma hakkı tanınmıştır. Bu durum karşısında zorlayıcı sebepler nedeniyle kısa çalışmaya gidilmesi halinde, sözleşmenin işçi tarafından anılan bent uyarınca bir haftalık süreden sonra feshedilip edilemeyeceği tartışılır hale gelmiştir. Zira böyle bir durumda, zorlayıcı sebeple faaliyetin durdurulmasına ilişkin olarak karşımıza iki farklı hüküm çıkmaktadır. Buna karşılık kanunda, 4447 sayılı Kanun Ek 2. madde ile 24. madde arasında sözleşmenin feshine ilişkin herhangi bir ilişki kurulmamıştır. İşçinin yarım ücret (İŞK. m.40) aldığı süreçte zorlayıcı sebeple

sözleşmeyi feshe gitmesinin objektif iyi niyete yani dürüstlük kuralına (MK. m.2) aykırı düşeceğini savunan bir eğilim olduğu gibi⁶⁰⁷ farklı düşünenler de vardır⁶⁰⁸.

Akyiğit'e⁶⁰⁹ göre, yasaya uygun bir kısa çalışma, işçinin bitene dek mutlak surette katlanacağı bir olgu değildir. İşçi isterse zorlayıcı sebebin ilk haftasının bitiminden itibaren (kısa çalışma önlemi devam etmesine rağmen) hizmet sözleşmesini İşK'nun 24/III maddesi uyarınca feshedebilir. Bu durumda işçi zaten kısa çalışma ödeneği aldığından (işsizlik sigortasından yararlanma şartlarını sağlamış olduğundan), bu kez işsizlik ödeneği almaya devam edecektir.

Demir'e göre de en az dört hafta işyerinde işi durdurma kararı alan ve bu kararının uygunluğu Bakanlıkça onaylanan⁶¹⁰ işverenin işçisinin, haklı nedenle fesih hakkının var olup olmadığı netleştirilmesi gereken bir konudur. Yazara göre, herhalde 3 ayı aşmamak suretiyle işverenin aldığı karar ve bunun uygunluğunun onaylanması neticesi gidilen faaliyeti durdurma süresi içinde işçinin zorunlu nedenlerle (İşK'nun 24/III) fesih hakkını kullanması, objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacaktır. Buna karşılık, işçinin yarım ücretten ve kısa çalışma ödeneğinden mahrum kaldığı zorunlu nedenlerle faaliyetin durdurulduğu sürelerde haklı nedenle fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir⁶¹¹.

Mollamahmutoğlu, bir adım öteye giderek, işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanmasının, kısa çalışma süresi içerisinde İşK'nun 24/III uyarınca haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasına mani olmayacağını, işçinin 24/III uyarınca haklı fesih hakkını kullanmasının İşK'nun 65. (4447 sayılı Kanun Ek. 2) maddesi ile ilişkilendirilmesinin doğru olmadığını, 24/III maddesi uyarınca fesih hakkının ne zaman sona ereceği kestirilemeyen bir askı süresi karşısında işçiden iş sözleşmesine devam etmesini beklemenin iyi niyet kurallarına uygun düşmeyeceğini, hatta böyle

⁶⁰⁷ Fevzi Demir, **4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri**, MESS Mercek Dergisi, Y.8, S.31, Temmuz 2003, s.90.

⁶⁰⁸ Mollamahmutoğlu, B.3, s.692, dn.90.

⁶⁰⁹ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.20.

⁶¹⁰ 6111 sayılı Kanun değişikliği sonrasında uygunluk tespiti Bakanlık Müfettişleri tarafından değil Kurum Yetkilileri tarafından yapılacaktır.

⁶¹¹ Demir, Yenilik, s.118; benzer görüş için bkz. Veysel Gültaş, **Notlu Karşılaştırmalı İş Hukuku İle İlgili Temel Kanunlar ve Mevzuatı**, Ankara 2004, s.90.

bir durumda ona özgürlüğünü tanıma zorunluluğun olduğunu, bu bakımdan kısa çalışma ödeneğinden yararlanıp yararlanmamasının önem taşıması gerektiğini, işçinin ne zaman sona ereceği bilinmeyen bir askı süresinde en fazla 3 ay verilecek bir ödenekten yararlanmak yerine fesih hakkını kullanmayı tercih edebileceğini savunmaktadır⁶¹².

Caniklioğlu ise; kısa çalışma uygulamasının olduğu dönemde, işçinin zorlayıcı nedenle iş sözleşmesini feshedemeyeceğini, bunun kısa çalışma ile güdülen amaca uygun düşmeyeceğini, ekonomik kriz içinde olan işverene, kendisinin olduğu kadar işyerinde çalışan tüm işçilerin de yararına olarak yasal bir hak tanındığı ve iş koşullarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin verildiğini, geçici olarak iş yerinde kurulan yeni düzene işçinin uymak zorunda olduğunu, bu nedenle işverenin kanuna uygun bir hakka dayanarak yaptığı uygulamanın işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı vermediği kanaatindedir. Buna karşılık yazara göre, kısa çalışma süresi sona erdikten sonra, zorlayıcı nedeninin hala varlığını devam ettirmesi halinde işçinin İşK'nun 24/III. bendine göre iş sözleşmesini feshedebilmesine bir engel yoktur⁶¹³.

Kanun koyucunun zorlayıcı nedenlerle gidilen kısa çalışmada, kısa çalışma ödeneğinin İşK'nun 24/III maddesinde yer alan bir haftalık süreden sonra başlayacağını düzenlediği, bu yönüyle ücret ve ödenek arasında bağlantı kurarken, konunun fesih yönüne değinmediği görülmektedir.

Zorlayıcı sebeplerle gidilen kısa çalışma döneminde işçinin sözleşmeyi İşK'nun 24/III maddesi uyarınca feshedip feshedemeyeceği belirlenirken sözü edilen fesih hakkının getirilme amacına bakılmalıdır. Kanunun 24/III maddesinde sözleşmenin bir haftalık süreden sonra feshedilebileceği, bir hafta dolmadan ise feshedilmeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bunun önemli nedenlerinden birisi bu süre içerisinde işçiye yarım ücret ödenmesinin öngörülmesidir. Kanun koyucu, İşK'nu 24/III bendinde, faaliyetin zorlayıcı sebeplerle durdurulduğu ve işçiye yarım ücret

⁶¹² Mollamahmutoğlu, B.2, s.716.

⁶¹³ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.522, benzer görüş, Demir, s.161.

verildiği bir haftalık süreden sonra, sözleşmenin işçi için katlanılmayacak hale geldiğini ve fesih hakkının bu bir haftalık süreden sonra doğduğunu genel olarak düzenlemiş ancak sözü edilen süreyi 4447 sayılı Yasada 3 ay olarak öngörmüştür. Burada kanun koyucunun, zorlayıcı sebeplere dayanılarak yapılan kısa çalışma döneminde faaliyetin durdurulması nedeniyle sözleşmenin işçi tarafından katlanılmayacak, dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin devamının işçiden beklenilmeyecek hale geldiği anın, yani işçinin haklı nedenle fesih hakkının üç ayın geçmesiyle doğacağını kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır⁶¹⁴. Dolayısıyla kural olarak işveren talepte bulunurken öngörülen ve taleple birlikte onaylanmış olan en az 4 hafta ve en fazla 3 aylık asgari ve azami kısa çalışma süresi içerisinde sözleşme, işçi tarafında İŞK'nun 24/III maddesi uyarınca feshedilemeyecektir. Böylece kanun koyucu, sözü edilen dönemlerde, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlayarak işçilerin haklı nedenle fesih hakları ile işverenlerin kısa çalışma hakları arasında denge kurmuş olmaktadır.

Kanunun 24/III bendinde ve İşsizlik Sigortası Ek 2. maddede yer alan hükümlerin, faaliyetin durdurulduğu dönemde işçilere belli bir menfaat temin edildiği (kısa çalışma ödeneği) için sözleşmenin haklı nedenle feshedilemeyeceğine dair yorumu, ödeneğin ödenmediği ve bu doğrultuda menfaatin temin edilemediği durumlarda dayanaksız hale gelmektedir. Bu nedenle işyerinde zorlayıcı sebeplere dayanarak kısa çalışmaya gidilmesi durumunda, menfaat dengesi sağlanamadığı için işçi yararına yorum ilkesi de kullanılarak sözleşmenin işçi tarafından 24/III maddesi uyarınca feshedilebileceği sonucuna varılabilir. Bu durumda kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayan işçiler, bir haftalık süreden sonra 24/III uyarınca sözleşmeyi feshedebileceklerdir.

Ödenek almaya hak kazanamayan işçiler açısından iş sözleşmesinin çekilmez hale geleceğinin kabul edileceği süreçte haklı fesih hakkının kullanılabilmesi dair bu düşüncenin kabulü ya açıkça düzenlenmeli ya da mevcut hükümler bu yönde yorumlanarak Yargıtay'ca içtihat oluşturulmalıdır. Bu ise, kısa çalışmanın amacına

⁶¹⁴ Ocak, s.634.

uygun düşmediği gerekçesiyle eleştiri konusu olacaktır. Bu nedenle asıl çözüm, işçilere iş sözleşmesini fesih zorunda bırakmadan mevcut hükümdeki eksiklikleri tamamlamak olacaktır.

2.1.2.2.1.4. Kısa Çalışmada Sağlık Nedenlerinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı Verip Vermeyeceği

2.1.2.2.1.4.1.İşveren Açısından

İşveren kısa çalışma nedeniyle, çalışma sürelerinin azaltılarak uygulandığı dönemde, normal dönemde olduğu gibi, Kanunu'nun 25/I'de düzenlenen sağlık sebepleri nedeniyle kısa çalışmaya tabi tutulan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Bu dönemde çalışma süreleri, azaltılmış olmakla birlikte, işçi çalışmaya devam ettiğinden, maddenin (a) ve (b) alt bentlerinde yer alan fesih sebepleri gerçekleşebilecek ve işveren tarafında sözleşme haklı nedenle feshedilebilecektir. Maddenin (b) alt bendinin ikinci fıkrasındaki (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında, haklı nedenle fesih hakkının doğumu belirli sürelerin geçmesine bağlanmıştır. Kanun koyucu haklı nedenle fesih hakkını bu sürelerin geçmesine bağlamış bulunmaktadır. Sözü edilen fesih hakkı, kısa çalışma döneminde veya daha önce doğmuş olabilir. İşveren bu durumda sözleşmeyi kısa çalışma dönemi içinde feshedebilecektir.

Faaliyetin durdurulması şeklinde uygulanan kısa çalışmada, 25/I-(a) alt bendindeki sağlık nedenlerine dayalı haklı fesih sebeplerinin gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır⁶¹⁵. Zira burada işverenin haklı nedenle fesih hakkı işçinin belli nedenlerle işyerine devamsızlık yapmasına bağlanmıştır. Bu dönemde faaliyet

⁶¹⁵ Akyiğit'e göre, "sözleşmenin sağlık nedeniyle gerek işçi gerekse de işverence feshi, sadece çalışma sürelerinin azaltılması (ya da azaltılmış süreyle çalışma) biçimindeki kısa çalışma halinde karşımıza çıkabilir. Zira ancak böyle bir durumda işçinin azaltılmış da olsa çalışma yükümü vardır ve bu yükümünü hastalık nedeniyle yerine getirmediğinden söz edilebilir. Keza yine ancak böyle bir durumda işin yapılmasının işçinin sağlık yahut yaşayışını tehdit ettiği (İşK. m.24/I-a) ve yahut da yakinen ve doğrudan görüştüğü işveren veya başka bir işçinin tutulduğu bulaşıcı işçinin işiyle bağdaşmayan hastalığın işçiye fesih hakkı vermesi (İşK 24/I-b) ihtimali vardır. Faaliyetin durdurulması halinde ilgili işçi zaten bu süre hiç çalışmayacağından sağlık nedenli feshin gündeme gelemeyecektir". Akyiğit, Kısa Çalışma, s.20.

durdurulduğu için, çalışma olmayacağından devamsızlık ve dolayısıyla söz edilen fesih hakkından bahsedilemeyecektir. Ancak bu ihtimal kısa çalışma döneminden önce gerçekleşmişse fesih hakkı kullanılabilir. Aynı şekilde 25/I-(b) deki neden de kısa çalışma döneminden önce gerçekleşmiş olabilir. Burada fesih için bildirim süresi aranmamıştır. Buna karşılık 25/I-(b)'nin ikinci fıkrasında; (a) alt bendinde sayılan sebepler dışındaki fesih hakkı belli sürelerin geçmesine bağlanmıştır. Burada öngörülen olayların gerçekleşmesi ve sürelerin geçmesiyle işveren sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Sözü edilen fesih hakkı, kısa çalışma döneminde doğmuş olabileceği gibi, daha önce de doğmuş olabilir. Sözü edilen fesih hakkı 17. maddedeki bildirim sürelerinin 6 hafta aşılmasından sonra doğacak ve bu süre içinde iş sözleşmesi askıda kalacağından her iki askı halinin birbiriyle çakıştığı görülecektir.

2.1.2.2.1.4.2. İşçi Açısından

Kısa çalışma nedeniyle, çalışma sürelerinin azaltılarak uygulandığı dönemde, işçiler normal dönemde olduğu gibi İşK'nun 24/I bendinde düzenlenen sağlık sebeplerine dayalı olarak sözleşmeyi feshedebileceklerdir. Belirtilen nedenlere dayalı fesih hakkı kısa çalışmadan önce veya kısa çalışma sırasında doğmuş olabilir.

Faaliyetin durdurulması şeklindeki kısa çalışmada, eğer söz konusu sebep daha önceki bir süreçte ortaya çıkmışsa fesih hakkı kullanılabilir. Ancak hastalık, faaliyetin durdurulduğu dönemde ortaya çıkarsa sonuca göre hareket edilecektir.

2.1.2.2.1.5. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanmasının Kısa Çalışma Sırasında Ortaya Çıkması Halinde Fesih Hakkı

Derhal fesih nedenlerinden biri olan işçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasındaki devamsızlığının, kısa çalışma nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alındığı süreçte gerçekleşmesi halinde de işverenin fesih hakkının olduğu kabul edilmelidir. Çalışma sürelerinin azaltılarak uygulandığı kısa çalışma döneminde sözü

edilen haklı fesih nedeni gerçekleşebilecek ve işveren sözleşmeyi belirtilen düzenlemeye dayanarak feshedebilecektir.

Buna karşılık olayın faaliyetin durdurulduğu kısa çalışma döneminde gerçekleşmesi halinde, iş yerinde çalışma olmadığından, işçinin işyerine devamsızlığından söz edilemeyecek ve işveren sözü edilen hükme dayanarak fesih hakkını kullanamayacaktır⁶¹⁶.

2.1.2.2.1.6. Ahlak ve İyi niyet Kurallarına Uymayan Hallerin Kısa Çalışma Sırasında Ortaya Çıkması Halinde Haklı Nedenle Fesih

2.1.2.2.1.6.1. İşveren Açısından

Kısa çalışmanın çalışma sürelerinin azaltılarak uygulandığı dönemde, azaltılmış süreyle de olsa çalışma devam edeceğinden, işçinin, işverence işin görülmesine ilişkin talimatlarının yanı sıra, işyerindeki davranışlara ilişkin talimatlarına da uyması gerektir. Öte yandan 25/II-(g)-(h)-(ı) alt bentlerinde işin görülmesine bağlı olarak düzenlenen ve sözleşmenin haklı nedenle feshini sağlayan sebepler, çalışılan süreler bakımından gerçekleşebilecek ve işveren sözleşmeyi sözü edilen nedene dayanarak feshedebilecektir. Bunun gibi çalışma sürelerinin azaltılarak uygulandığı dönemde, Kanun'un 25/I-(a)-(b)-(c)-(d)-(e) ve (f) alt bendinde düzenlenen haklı fesih nedenleri çalışılan ve çalışılmayan sürelerde gerçekleşebilecek ve işveren buna dayanarak iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Faaliyetin durdurulduğu dönemde de, işçinin İşK'nun 25/II-(a)-(b)-(c)-(d)-(e) ve (f) alt bendinde düzenlenen ve işverene haklı nedenle fesih hakkını veren davranışlardan kaçınması gerekecektir. Zira faaliyetin durdurulduğu ve sözleşmenin askıya alındığı dönemde, tarafların asli edimleri askıya alınmakla birlikte; işyerinde çalışma yapılamamasına rağmen iş ilişkisi devam ettiğinden yan edim

⁶¹⁶ Akyiğit, Kısa Çalışma, ss.20–21, C.II, s.1962.

yükümlülükleri varlığını sürdürmektedir. Örneğin; sözleşmenin askıda olduğu dönemde işçinin sadakat borcu devam ettiğinden buna aykırılık işveren tarafından haklı fesih nedenidir. Öte yandan Kanun'un 25/II-(1) alt bendinde esas itibariyle işin görülmesine ilişkin olarak öngörülen ve işverene sözleşmeyi haklı nedenle fesih olanağı tanıyan fesih nedenleri, faaliyetin durdurulduğu dönemde de gerçekleşebilecek ve 26. maddedeki süreye uygun olmak koşulu ile kısa çalışma döneminde kullanılabilir. Kanun'un 25/II-(g) ve (h) alt bentlerinde işin görülmesine bağlı olarak öngörülen fesih sebeplerinin gerçekleşmesi ise mümkün olmayacaktır⁶¹⁷.

2.1.2.2.1.6.2.İşçi Açısından

Çalışma süresinin azaltılması halinde uygulanan kısa çalışmada, işçi iş görme borcundan azaltılan süreler kadar kurtulmaktadır. Bunun dışında işçinin çalışılan süreler bakımından çalışmaya bağlı olan hak ve borçları devam etmektedir. Ayrıca çalışılan ve çalışılmayan her iki dönemde de işçinin çalışmaya bağlı olmayan hak ve borçlarının tamamı varlığını sürdürmektedir. Çalışma sürelerinin azaltılarak uygulandığı kısa çalışma süresi içinde, işçi Kanun'un 24/II-(a)-(b)-(c) ve (d) alt bentlerinde düzenlenen haklı nedenlere dayanarak çalışılan ve çalışılmayan dönemde sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi mümkün olabilecektir.

Yine faaliyetin durdurulduğu dönemde de, Kanun'un 24/II-a-b-c ve d alt bentlerinde düzenlenmiş bulunan ve işçiye sözleşmeyi haklı nedenle fesih olanağı tanıyan nedenler gerçekleşebilecektir.

Çalışma sürelerinin azaltıldığı kısa çalışma döneminde, tarafların azaltılan sürelerle ilişkin iş görme ve ücret ödeme borcu bulunmadığından, işçi çalışılmayan sürenin ücretinin ödenmediğini ileri sürerek sözleşmeyi feshedemeyecektir. Buna karşılık azaltılmış süreyle de olsa çalışma devam ettiğinden çalıştığı süreye ilişkin

⁶¹⁷ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.19.

ücretinin ödenmemesi halinde, iş sözleşmesi işçi tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir.

2.1.2.2.1.7.İşsizlik Sigortası Prim Ödeme Gün Sayısı Kısa Çalışma Ödeneği Almaya Yetmeyen İşçiler Açısından Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılıp Kullanılmayacağı Sorunu

Kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için 4447 sayılı Kanunu'nun 50. maddesine göre; işsizlik sigortası prim ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olmak gerektiğinden işsizlik sigortası primlerini sağlamadıkları için işsizlik sigortasından gelir alamayacak olan işçilerin kısa çalışmaya tabi tutulması durumunda haklı nedenle fesih haklarının olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Zira işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısını sağlayamayan işçilerin, kısa çalışmaya tabi tutulmaları halinde kendilerine herhangi bir ödenek bağlanmayacaktır. İşveren de kanundan kaynaklanan bir yetkiyi kullandığından kısa çalışma için işçinin onayını almayacaktır. Yani böyle bir durumda işçi, hem yasadan kaynaklanan nedenlerle ücretinde azalma meydana getiren ve esaslı bir değişiklik oluşturan kısa çalışma uygulamasına itiraz edemeyecek, hem de yukarıda açıkladığımız nedenlerle ücretini alamamasından ya da çalışma koşullarının uygulanmadığından bahisle haklı nedenle fesih hakkını kullanamayacaktır. Üstelik bu dönemde prim ödeme koşullarını sağlamadığından kendisine kısa çalışma ödeneği de ödenmeyecektir. 6111 sayılı Kanun değişikliği öncesinde de eleştiri konusu olan bu husus 6111 sayılı kanun değişikliği ile çözümlenmemiş ve mevcut düzenlemeler aynen devam ettirilmiştir.

Bu durumdaki işçilerin haklı nedenle fesih hakkını kullanıp kullanamayacaklarının tespiti önemlidir. Zira uygulamadaki işçilerin büyük bir bölümünün, prim ödeme koşullarının çok ağır olması, yapılan kanun değişikliği ile de buna çözüm getirilmemesi neticesinde; koşulları henüz sağlayamamış olmalarından bahisle kısa çalışma ödeneğine hak kazanamadıkları görülecektir. Ancak bu durumla ilgili yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Olması gereken hukuk bakımından değil fakat mevcut düzenlemelerden çıkarılacak olan sonuç, bu

durumdaki işçilerin dahi, kısa çalışma halinde ücretinin ödenmemesi ve çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle fesih haklarını kullanamayacaklardır. Devam eden diğer yükümlülükler aykırılık halinde diğer haklı nedenle fesih haklarının mevcut olduğu ise açıklama gerektirmez.

Akyiğit'e göre; işçinin işsizlik sigortasınca aranan prim vs. gibi şartları sağlayamadığından bahisle kısa çalışma ödeneğini alamaması halinde; zorlayıcı nedenle fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Yazar, yalnızca zorlayıcı nedenle fesih hakkının varlığı bakımından işçiye bu hakkın verilmesi gerektiğini belirtmiş, böyle bir durumda ücretinin ödenmemesi veya çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle, İşK'nun 24/II-e ve f fıkraları uyarınca fesih hakkının kullanılıp kullanılmayacağı noktasında görüş bildirmemiştir.

Başterzi ise, gerek kısa çalışma ödeneği almaya hak kazanan gerekse de hak kazanamayan işçi bakımından bir ayrıma gitmemiş; her iki konumda bulunan işçilerin de haklı nedenle fesih haklarının elinden alınamayacağını belirtmiştir.

Caniklioğlu'na göre, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturan kısa çalışmada işçinin rızasının İşK'nun 22.maddesi gereğince aranmamasının yegâne nedeni kısa çalışma ödeneğidir. Ancak prim ödeme koşullarını gerçekleştirilmeyen işçi bakımından bu gerekçe ortadan kalkar. Bu durumda da işçinin yararına olarak getirilmiş düzenleme tamamen aleyhine sonuçlar doğurur. Fakat yasal bir düzenleme bulunmadığı için, işverenin işçinin rızasını almaksızın gittiği kısa çalışma uygulaması işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. Zira bu durumun pratik açıdan işçiye sağladığı bir faydadan da bahsedilemez⁶¹⁸. Çünkü işçi, prim ödeme gün sayısını doldurmadığı haliyle katıldığı süreci herhangi bir gelir sahibi olmasa bile, işsizliğe tercih edebilecektir. Ayrıca kısa çalışma geçici bir süreç olup, haklı nedenle fesih durumunda içine girilen işsizliğin süresinden daha lehedir. Getirmiş olduğu bu olumsuzluk nedeniyle bu durumdaki işçiler hakkında mutlaka yasal bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Yapılacak düzenlemeyle ya kısa çalışma ödeneğine hak

⁶¹⁸ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.528.

kazanma koşullarının hafifletilmesi ya da en azından asgari bir gelir güvencesi getirilmesi sağlanabilir. En az kısa çalışma ödeneği tutarında bir ödeme yapılması alınabilecek iyi bir kriter olacaktır⁶¹⁹.

Görüldüğü gibi mevcut düzenlemelerde açıklık bulunmadığı için çok üzerinde durulmayan bu nedenle de doktrin de belli bir kanaat oluşmayan bu hususun yasal düzenlemede yer alması ve düzenlemenin gerek işçi açısından zorunluluk taşımaması ve gerekse de kısa çalışmanın amacıyla ters düşmemesi gerekmektedir.

2.1.2.2.2.Geçerli Nedenlerle Fesih Hakkına Etkisi

Kısa çalışma nedeniyle çalışma sürelerinin azaltıldığı dönemde, sözleşme işçinin yetersizliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle feshedilebilir. Bu dönemde, işyerinde faaliyette bulunulduğundan ve dolayısıyla işçi çalışmaya devam ettiğinden, sözü edilen geçerli fesih nedenleri gerçekleşebilir. Kısa çalışma nedeniyle faaliyetin durdurulduğu dönemde ise, faaliyet durduğu ve işçi çalışmadığı için, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedenleri gerçekleşmeyecektir. Bununla birlikte söz edilen fesih nedenlerinin, kısa çalışma nedeniyle faaliyetin durdurulmasından önce gerçekleşmiş olması halinde, sözleşme sözü edilen nedenlere dayanılarak faaliyetin durdurulduğu kısa çalışma döneminde geçerli nedenle feshedilebilir. Bu durumda yetersizliğe ilişkin tespitler, kısa çalışma döneminden önce yapılmış, kısa çalışma döneminde sadece fesih iradesinde bulunmuş olacaktır. Fesih bildirim süreleri, faaliyetin durdurulduğu dönemde sözleşmenin askıda olması nedeniyle işlemeyecek, faaliyete tekrar başlaması ve askı halinin ortadan kalkması ile yeniden işlemeye başlayacaktır.

Kısa çalışma uygulamasına başlamadan evvel eğer geçerli nedene dayanarak fesih yapılmışsa kısa çalışma süresi içerisinde fesih öneli işlemeyeceğinden ancak kısa çalışmanın sona ermesiyle sonuç doğuracağı kabul edilir. Yine kısa çalışma

⁶¹⁹ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.528.

devam ederken geçerli nedenle feshe yol açacak olgunun gerçekleşmesinde (ki bu olguların askı döneminde doğduğunun kabul edilmesi gerekir) yine işverence yapılacak feshin öneli askı dönemi (kısa çalışma uygulaması) bitince işlemeye başlayacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken husus kısa çalışmaya neden olacak olgular olan genel ekonomik, bölgesel ve sektörel kriz ile zorlayıcı nedenlerin iş sözleşmesinin İşK'nun 17.maddesi gereğince feshi için geçerli neden olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

Akyiğit feshin mümkün görüldüğü hallerde, ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenin iş güvencesi çerçevesinde “fesih için geçerli sebep” olabileceğinin gözden irak tutulmaması gerektiğini ifade etmiştir⁶²⁰.

Ancak ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenler dolayısıyla kısa çalışmaya giden işverenin; işletmenin, iş yerinin ve işin gerekleri adı altında kısa çalışmaya neden olay olguları göstererek geçerli nedenle feshe gitmesi kendi içinde bir çelişki oluşturur. Normal bir iş sözleşmesinin seyri esnasında ekonomik güçlükler, belirli şartlarda iş sözleşmeleri için geçerli fesih nedeni kabul edilebilir⁶²¹. Fakat böyle bir durumda dahi işverenin feshe gitmesi sıkı bir yargı denetimine tabi tutulmaktadır. İşverenin ekonomik güçlükler nedeniyle fesih hakkını kötüye kullanmasının önüne geçilmek amacıyla, ekonomik güçlüğün iş yerini somut olarak etkileyip etkilemediği, söz konusu durumun iş yerinde bir iş gücü fazlalığı yaratıp yaratmadığı, feshin zorunlu olup olmadığı ve son olarak da feshin son çare olma ilkesine uyulup uyulmadığı hususları denetlenmektedir. Bu nedenle işverenin kısa çalışmaya gitmedeki amacının, fesihten önce ekonomik krizin etkilerini atlatmaya çalışma olması bakımından alternatif bir tedbir olduğu dikkate alındığında, aynı nedenlerle fesih hakkını kullanması kendi içinde çelişki yaratacaktır. Zira feshin geçerli olup olmadığının denetiminde işverenin fesihten daha hafif tedbir babındaki kısa çalışma uygulamasına başvurmaması, feshin geçersizliğine yol açmaktadır.

⁶²⁰ Akyiğit, Kısa Çalışma, s.21, C.II, s.1963.

⁶²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, B.5, ss.527-530vd.

Buna karşılık, işverenin fesihten önce tedbir niteliğindeki kısa çalışma uygulamasına başvurduğu ve kısa çalışma uygulaması haricinde gidebileceği diğer bütün tedbirleri⁶²² de almasına rağmen söz konusu ekonomik sıkıntıyı atlattığından bahsediliyorsa, feshin geçerli bir fesih olduğundan söz edilebilecektir. Bu nedenle kısa çalışmanın devamı sırasında, işverenin söz konusu olguların yol açtığı bu durumdan kurtulup kurtulamadığının tespiti için henüz erkendir. Dolayısıyla da kısa çalışma uygulaması devam ederken işverenin kısa çalışmaya neden olan olgular nedeniyle geçerli nedenle fesih hakkını (önelli fesih) kullanamayacağı sonucuna varılacaktır. Zira işverenin kısa çalışmaya gitmesindeki temel amacının ekonomik krizin yol açtığı sıkıntılar nedeniyle işçilerin iş akitlerinin feshedilmesinin olabildiğince azaltılmasını sağlamak olduğu unutulmamalıdır. İşveren bu anlamda yasanın kendine tanıdığı hakkı sonuna kadar kullanmalı, tedbirin devamı sırasında işe yaramadığından bahisle fesih hakkına başvurmamalıdır.

Caniklioğlu'nun netice olarak benzer görüş bildirdiği konuya yaklaşımı şu şekilde olmuştur. Yazara göre; bu dönemde işçinin iş sözleşmesinin işletme gereklerine dayanarak feshedilebileceği kural olarak kabul edilmelidir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken husus Alman Hukuku'nda da ifade edildiği gibi feshin son çare olması ilkesi nedeniyle, eğer işyerinde yapılan kısa çalışma uygulaması, işverenin eksik istihdam ihtiyacını hafifletmiş ise, yani işçinin çıkarılması bu tedbir sayesinde zorunlu olarak görülmüyorsa, bu durumda artık işçinin iş sözleşmesinin işletme gereklerine dayanılarak feshedilmemesi gerekecektir⁶²³.

Kısa çalışma talebi kabul edilen ve bu anlamda kısa çalışma uygulaması devam eden işveren yaptığı uygulamanın henüz sonuçlanmadığı ve dolayısıyla neticelerini almadığı dönemde, kendisini kısa çalışmaya görülen olgularla aynı gerekçeye dayanarak iş sözleşmelerini feshetmesi mümkün olmayacaktır. Kısa çalışma döneminde, işverenin birçok yükü kısa çalışma uygulamasının yöntemine göre ortadan kalkmış veya önemli oranda azalmış olduğundan böyle bir feshin kabul edilmesi yerinde olmayacaktır. Aksi halde kısa çalışmanın getiriliş amacına da aykırı

⁶²² Fazla çalışmaların kaldırılması, mesailerin kaldırılması vs.

⁶²³ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.523.

davranılmış ve beklenen fayda sağlanamamış olacaktır. Bu bağlamda kısa çalışma devam ederken, iş gücüne duyulan ihtiyacın sabit kaldığı veya az da olsa olumlu yönde değişmeye başladığı ve dolayısıyla sözleşmenin feshini gerektiren bir durumun ortaya çıkmadığı ihtimallerde, sözleşmenin işveren tarafından geçerli nedenlerle feshedilemeyeceği sonucuna varılacaktır.

Kısa çalışma yöntemi, mevcut düzenlemeler karşısında uygulama koşulları itibariyle ağır olsa da, sonuçları itibariyle işveren bakımından diğer önlemlere göre çok daha hafif kabul edilir. İşçiler bakımından da sözleşmenin feshine göre, daha hafif bir önlemdir. Dolayısıyla işyerinde kısa çalışmaya gidilmesi halinde, bu yöndeki uygulamaların sonucu alınmadan, işçilerin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesi, kural olarak mümkün olmayacaktır.

Astarlı'ya göre, kısa çalışmanın işletme dışı ekonomik nedenlere dayanması halinde, kural olarak işletme gerekleri ile fesih yapılamaz; zira kısa çalışmanın uygulanması, işletme dışı nedenlerden kaynaklanan işgücü fazlalığının geçici nitelikte olduğuna işarettir. Kısa çalışmanın amacı anlatılırken de belirtildiği üzere, işverenin, kısa çalışmaya gitmesi, iş gücündeki fazlalığının geçici olduğunu öngörmesi halinde söz konusu olacaktır. Aksi halde işveren, kısa çalışma yerine iş sözleşmesinin feshine gidebilecek ve bu fesih de geçersiz bir fesih olmayacaktır. Oysa işletme gerekleri ile feshin söz konusu olabilmesi için iş gücü ihtiyacının sürekli bir şekilde ortadan kalkmış olması gereklidir. Genel ekonomik krizin doğurduğu iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici nitelikte olduğu durumlarda işverenin kısa çalışma uygulamasına gitmeden; iş sözleşmesini işletme gerekleri ile feshetmesi, ölçülülük ilkesi, feshin elverişli, gerekli ve orantılı olması ile son çare olması ilkelerine uyulmadığından geçersiz kabul edilecektir. Kısa çalışmaya gidilmesi halinde ise; işveren kısa çalışma uygulaması sona ermeden ve bu anlamda kısa çalışma tedbirinin neticeleri hakkında bilgi sahibi olmadan iş sözleşmelerini feshetmiş olacaktır ki bu durumda kısa çalışmanın amacına uygun davrandığından bahsedilemeyecektir. Yani kısa çalışmaya hiç gidilmemesi ile kısa çalışma uygulamasının neticelendirilmesinin beklenmemesi arasında bir fark bulunmayacaktır.

Ancak bu, kısa çalışma sırasında işletme gerekleri ile feshin tamamen dışlandığı anlamına gelmemelidir. Kısa çalışma döneminde de olsa, işçiye duyulan işgücü ihtiyacını sürekli bir şekilde ortadan kaldıran işletme gereklerinin varlığı saptanabiliyorsa iş sözleşmesi geçerli olarak feshedilebilecektir. Örneğin kurucu işveren kararı neticesinde, işyerinde yeni bir organizasyona gidilmesi, işgücünün yeniden yapılandırılması, rasyonalizasyon tedbiri olarak yeni bir makine edinimi, bir bölümün kapatılması gibi nedenler kısa çalışmaya muhatap işçiye duyulan iş gücü ihtiyacını sürekli olarak ortadan kaldırıyor ise işletme gerekleri nedeni ile geçerli bir feshi gündeme getirebilir⁶²⁴. Bunun gibi örneğin; ithal edilen ham maddeyi işleyen bir işyerinde hammaddenin hükümet tarafından geçici olarak yasaklanması nedeniyle kısa çalışmaya gidildiği bir dönemde, yasağın sürekli olarak uygulanacağına ilişkin bir karar alınması durumunda işçilerin son çare ilkesi uyarınca işçinin, işverenin aynı veya başka bir işyerinde istihdam edilmeleri olanağının bulunmaması, diğer önlemlerin uygulanamaması ihtimalinde sözleşme geçerli nedenle feshedilebilecektir. Astarlı'ya göre de, böyle bir durumda geçerli nedenle feshe gidilmesi haline engel bir hukuki durum mevcut değildir⁶²⁵.

Kısa çalışma döneminde, sözleşmenin geçerli nedenle feshi bakımından tartışılacak diğer bir husus da kısa çalışmaya tabi tutulan işçilerin iş sözleşmelerinin, kısa çalışmaya neden olan genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerin işyerine yaptığı olumsuz etkilerin dışında, işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan başka geçerli nedenlere veya kısa çalışmaya dayanılarak feshedilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Kısa çalışma döneminde, sözleşmenin diğer nedenlerden dolayı geçerli nedenle feshedilmek istenmesi halinde, son çare ilkesi uyarınca fesihden önce diğer önlemlerin alınıp alınmadığı araştırılacaktır. Sözü edilen önlemlerin daha önce alınmamış olması halinde, bunların kısa çalışma döneminde, uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Böyle bir durumda diğer önlemleri uygulamak yerine, kısa çalışmanın sonucunun beklenmesi ve ona göre hareket edilmesi daha yerinde olacaktır. Ancak, kısa çalışmaya neden olacak olaylarla ya da kısa çalışma döneminde ortaya çıkan yeni gelişmeler nedeniyle, ifayı

⁶²⁴ Astarlı, Ekonomik Kriz, s.85; Kılıoğlu/Şenocak, C.I, s.281.

⁶²⁵ Astarlı, Ekonomik Kriz, s.86.

kabul engelinin geçici değil de sürekli olduğu ve dolayısıyla iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği durumlarda, kısa çalışmanın uygulamaya konulması ya da uygulanmakta olan kısa çalışmanın sona ermesi beklenemeyecektir.

2.1.2.3.Kısa Çalışma Süresi İçerisinde İşçinin Başka İşte Çalışıp Çalışamayacağı Sorunu

Yönetmeliğin 9. maddesinde, kısa çalışma ödeneği alanların yeni bir işe girmesi ödeneğin kesilme nedeni olarak görülmüştür. Burada işe girme ibaresi açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Sözü edilen ibareye verilecek anlam anılan hükmün uygulama alanını da belirleyecektir. İşe girme ibaresinin dar olarak yorumlanması halinde, sadece sözleşme ile bir işverene bağlı olarak çalışmayı kapsayacaktır. Ancak, anılan ibare geniş olarak yorumlanacak olursa, iş sözleşmesine dayalı olarak bir işverene bağımlı olarak çalışmayı kapsadığı gibi memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmayı da kapsayacaktır. Ayrıca daha geniş bir şekilde ele alınacak olursa, işçinin kendi yaptığı çalışmalar ve diğer iş görme sözleşmeleri kapsamında yaptığı çalışmalar da kapsama dâhil edilmiş olacaktır.

Kısa çalışma ödeneğinin işçinin kısa çalışma dönemindeki gelir kaybının telafisi amaçlı verildiği ve ödeneğin kesilmesinin gelir kaybının ortadan kalktığı işe girmeye bağlandığı dikkate alındığında, ödeneğin kesilmesine neden olacak işe girmenin tüm çalışmaları değil, işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmaya başlama olduğu sonucuna varılacaktır.

Ödeneğin kesilmesini gerektiren işin sigortalının kısa çalışmaya tabi tutulduğu yerde gördüğü iş ile aynı olması gerekmez. Ödenek yeni işin aynı ya da farklı nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın kesilecektir. Bu bağlamda iş ilişkisinin sürekli-süreksiz, belirli-belirsiz, süreli ya da tam-kısmi süreli olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Geçici iş ilişkisiyle başka bir işverenin yanında çalışmaya başlaması halinde de ödenek kesilecektir.

Yönetmelikte açıkça belirtilmemekle birlikte ödeneğin verilme amacından ödeneğin kesilmesi için girilen işin ücret karşılığında yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu nedenle sigortalının girdiği işte ücret almadan hatır için çalışması ödeneğin kesilmesi nedeni kabul edilmeyecektir. Örneğin, işçinin dayanışma, yardım veya kendini geliştirmek gibi nedenlerle, eşinin yanında ya da başka bir işyerinde, ücretsiz olarak çalışmaya başlaması halinde ödenek kesilmeyecektir. Dolayısıyla ödeneğin kesilmesine neden olan işe girmenin, ücretli ve bağımlı olarak yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır.

İşçinin kısa çalışma döneminde, ödeneğinin kesilmesine de neden olacak başka bir işveren yanında işe girmesi aynı zamanda sadakat borcuna da aykırılık oluşturacaktır. Bunun sonucu olarak da işçi, ödeneğinin kesilmesiyle kalmayıp, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilmesi gibi bir durumla da karşılaşabilecektir.

Kısa çalışma döneminde, her ne kadar işverenin asli borcu olan ücret ödeme borcu ile işçinin asli borcu olan iş görme borçları askıya alınsa da tarafların yan yükümlülükleri devam etmektedir. Bu anlamda, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin mesleki ve ticari sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan, işverenin itibarını sarsacak, işverene zarar verecek davranışlardan kaçınması gerekecektir. Bu dönemde sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesine neden olacak davranışların başında, işçinin sadakat borcuna aykırı davranışlarının geleceği söylenebilir. Bunlardan biri de işçinin başka işverenin yanında çalışmaya başlamasıdır. İşçi faaliyetin durdurulduğu dönemde, işyerinde çalışmadığı için başka bir işyerinde çalışmak veya kendi işini yapmayı isteyebilecektir. İşçi bu tür davranışlarla sadakat borcu haricinde bunun uzantısı olan sır saklama ve rekabet etmeme borçlarını da ihlal etmiş olabilecektir. Zira işçi, başka işveren yanında çalışmaya başlayarak işverenin menfaatlerini zedelemiş, benzer işi kendisinin görmesi halinde de rekabet borcuna aykırı davranmış olacaktır. Tabi rekabet borcuna aykırılık bakımından işçinin yaptığı işin, kısa çalışma uygulanan işyerindeki iş ile aynı veya benzer olup olmadığı önem kazanacaktır. İşçinin iş yeri bağlılığı ile bağdaşmayan hareketlerde bulunmasının işverene haklı nedenle fesih

hakkı tanıdığı düzenlemeler yanında bağılılıkla bağdaşmayan işe girme ödeneğinin kesilme nedeni olarak görülmüştür.

2.1.2.4.Kısa Çalışma Döneminde Ulusal Bayram ve Genel Tatil ile Hafta Tatili Ücretleri Ödenecek midir?

Kısa çalışmanın işyerindeki faaliyetin tamamen durdurulması halinde uygulanması şeklinde işveren işçilerine bir iş karşılığı olmaksızın ulusal bayram, genel tatil günü ücreti ve de hafta tatili ücreti ödemeyecektir. Zira bu ücretler doğal olarak, işyerlerinin faal olduğu, anayasaya göre, “ücretin emek karşılığı” (m.55/1) kazanıldığı, iş sürelerinde bir iş karşılığı kanunen ödenen tatil ücretleridir. İşyerinin faal olmadığı ve kapatıldığı, yani emek karşılığı ücret kazancının olmadığı hallerde ise, bu ücretlerin ödenmeyeceği aşikârdır. İşyerindeki faaliyetin kısmen durdurulduğu halde sorun farklı bir nitelik kazanmaktadır. Zira bu halde kısa çalışma iki türlü uygulanabilmektedir. Birinci uygulama, iş sürelerinin kısaltılması suretiyle yapılmaktadır. Örneğin günde 5 saat sınırlı olarak çalışma yapılan işyerinde ulusal bayram ve genel tatil günü ücretleri, çalışılan süre ile sınırlı olarak ödenecektir. Bir başka deyişle geçtiğimiz 1 Mayıs ve 19 Mayıs günlerini işçiler çalışmadan tatil yaparak geçirmişlerse, işveren kendilerine sadece 5 saat karşılığı birer gündelik ödeyecektir. Buna karşılık aynı günlerde, işçiler tatil yapmayarak çalışmışlar ise, çalışmadan hak kazandıkları 5 saatlik ücreti, çalışarak geçirdikleri 5 saatlik ücretlerine ilave olarak ödenecek, toplamda 10 saat tutarında bir ücrete hak kazanacaklardır.

Günde 5 saat çalışarak kısa çalışma yapan bu işçilerin hafta tatili ücretleri de, yine bir iş karşılığı olmaksızın tatil yaparak geçirdikleri o gün için 5 saat üzerinden ödenecektir. Buna karşılık işçiler tatil yapmayarak, hafta tatilini çalışarak geçirdikleri takdirde, kendilerine “fazla mesai ücreti” ödenecektir. Bir başka deyişle, hafta tatilini işyerinde çalışarak geçiren işçiye %50 artırımlı “fazla mesai ücreti” ödenecektir. Böylece işçi, bir iş karşılığı olmaksızın hak kazandığı 5 saatlik ücretine ilaveten %50 artırımlı 7,5 saatlik “fazla mesai ücreti” ile birlikte toplam 12,5 saatlik bir ücrete hak kazanmış olacaktır.

Faaliyetin kısmen durdurulduğu iş yerinde, ikinci tür kısa çalışma ise, haftanın belirli günlerinde çalışmak, belirli günlerinde tatil yapmak şeklinde uygulanmaktadır. Örneğin haftada 3 veya 4 gün çalışarak, geri kalan günleri tatil eden işyerlerinde, ulusal bayram ve genel tatil günü ücretleri, çalışılan günlerle bir örtüşme olduğu takdirde ödenecektir. Bir başka deyişle, haftanın ilk 3 veya 4 günü çalışan, diğer günler tatil yapan işyerlerinde ulusal bayram ve genel tatil günü, çalışılan günlere rastlamış ise, işçinin bu günlerde çalışmadan tatil yapması halinde, sadece bir gündelik ücrete hak kazanması söz konusu olacaktır. Buna karşılık bu günlerde tatil yapmayarak çalışmış ise, ilave bir günlüğe hak kazanacak toplamda iki gündelik ücret alacaktır.

Her iki halde de ulusal bayram ve genel tatil günleri; çalışılmayan günlere rastlamış ise herhangi bir ödeme yapılmayacaktır. Bu anlamda haftanın ilk 3 veya 4 günü çalışan, diğer günler tatil yapan işyerleri 1 Mayıs Cuma günü için herhangi bir ödeme yapmayacak, buna karşılık 19 Mayıs Salı günü işçi tatil yaparak çalışmamışsa bir günlüğe, çalışmışsa iki günlüğe hak kazanacaktır.

Haftanın belirli günleri çalışarak diğer günler tatil yapılarak geçirilen işyerlerinde, hafta tatili ise, hafta içi günlerde çalışarak 45 saatlik süreyi doldurmadığı için söz konusu olmayacaktır. Gerçi, İş Kanunu'nun 46/5 maddesi, *“işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi halinde, haftanın çalışılmayan günleri ücretli hafta tatiline hak kazanmak için çalışılmış sayılır”* hükmünü getirmiştir. Ancak 46/5. madde girişinde, bu durum açıkça, *“zorlayıcı ve ekonomik bir sebep olmadan”* işveren tarafından tatil edilen günlere münhasır kılınmıştır. Böyle olunca, kısa çalışma dönemleri, “genel ekonomik kriz” ve “zorlayıcı sebepler” halinde söz konusu olduğuna göre tatil edilen günler çalışılmış gibi sayılmayacaktır. Bunun sonucu, kısa çalışma dönemine giren ve haftanın 3 veya 4 günü çalışılan işyerlerinde, işçilere ayrıca bir hafta tatili ücreti ödenmeyecektir.

Ekleyelim ki, her iki kısa çalışma türünde, ödenmesi gereken kısa çalışma ödeneği, haftalık normal çalışma süresini tamamlayacak şekilde ödenecektir(KÇY.

m.7/3). Bir başka deyişle bu dönemlere tekabül eden işverenin ödemediği ulusal bayram ve genel tatil günü ücretleri ile hafta tatili ücretleri, İşsizlik Sigortası tarafından “kısa çalışma ödeneği” tutarında ödenecektir.

2.1.2.5.Kısa Çalışmanın Yıllık Ücretli İzin Hakkı ile İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi

2.1.2.5.1.Yıllık Ücretli İzne Esas Süre Bakımından Kısa Çalışma Süresinin Değerlendirilmesi

İş Kanunu’na göre; iş yerinde işe başlanılan günden itibaren, deneme süresi içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır. Şu kadar ki işverenin bu kanun kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin, aynı işverenin işyerlerinde bu kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır.

4857 sayılı İş Kanununun 55/j maddesi, 65. maddedeki “kısa çalışma sürelerinin” yıllık izin hakkı hesabında dikkate alınacağını açıkça belirtilmiştir. Fakat Kanunun 65. maddesi 15.05.2008 gün ve 5763 sayılı Kanun ile kaldırılarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun Ek 2.maddesine taşınmış bilahare bu madde 6111 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Ancak İş Kanunu’ndan 65.madde hükmünün çıkartılmış olması; kısa çalışma sürelerinin yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmayacağı sonucunu doğurmayacak, bu defa 4447 sayılı Kanunun Ek 2.maddesinde düzenlenen “kısa çalışma” düzenlemesi ile ilgili hüküm dikkate alınacaktır. Örneğin, işyerinde 10 ay çalışmasının ardından 3 aylık sürede kısa çalışmaya tabi tutulan bir işçinin yıllık ücretli izin bakımından hizmet süresi 13 ay olarak hesaplanacak ve bu işçi yıllık ücretli izin hakkı bakımından gerekli süreyi doldurmuş kabul edilecektir.

Karaca da aynı fikirdedir. Kısa çalışmaya ilişkin düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanunu'ndan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na kaydırılmış olması, bu durumu değiştirmez. Zira yazara göre önemli olan husus, kısa çalışma uygulamasında geçen ve hizmet akdinin askıda olduğu bu sürelerin yıllık ücretli izine hak kazanmasında çalışılmış gibi sayılmasıdır⁶²⁶.

Ekmekçi⁶²⁷ ise her ne kadar İşK'nun 55.maddesinin 65.maddesine atıf yaparak kısa çalışma sürelerini yıllık ücretli iznin hesabı bakımından çalışılmış gibi sayılan sürelerden olduğu düzenlenmiş ise de; bugün için 65.maddenin yürürlükte olmadığını, bu nedenle bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı sürece, kısa çalışma sürelerinin yıllık ücretli izin sürelerine esas alınamayacağını ifade etmiştir.

Oysa Ekmekçi'nin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Yasada yapılan değişiklik kısa çalışmanın tamamen ortadan kaldırılması değil, farklı bir kanunda düzenlenmesidir. Bu nedenle kısa çalışma sürelerinin yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmayacağını iddia etmek işçi aleyhine bir yorum olur ki bunun kabulü mümkün değildir.

2.1.2.5.2. İhbar ve kıdem tazminatı hakkı bakımından

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi dışındaki bütün hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. İşK'nun 14/1 maddesine göre; *“işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devam süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı”* ödeneceği öngörülmüştür. Görüldüğü gibi hükümde, işçinin fiili çalışma süresi değil takvim yılı esas alınmıştır. O halde bu hükmün açıklığı karşısında, ilk bölümde de belirtildiği gibi işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş akdinin taraflar arasında varlığını

⁶²⁶ Karaca, Kısa Çalışma, s.122.

⁶²⁷ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.57.

sürdürdüğü askı hallerinin kıdem tazminatının hesabında kural olarak göz önünde tutulması gerekir⁶²⁸.

Yargıtay bu görüşü benimsemeyerek kıdem tazminatının hesaplanmasında çalışılan ve yasaya göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamının esas alınacağını ve çalışılmış gibi sayılan hallerin de İş Kanunu'nun 51. maddesinde (şimdi 55) gösterildiğini hükme bağlamıştır⁶²⁹. Adı geçen maddede yukarıda belirtildiği üzere yıllık ücretli izne hak kazanılmasında fiilen çalışılmadığı halde çalışılmış gibi sayılan haller belirlenmiştir. Buna karşılık Yargıtay diğer bir askı hali olan ücretsiz izin sürelerinin kıdeme dâhil edilmeyeceğini belirtmiştir⁶³⁰.

Yargıtay'ın yukarıda yer verilen kararından kısa çalışma sürelerinin çalışılmış gibi sayılan sürelerden olmasından bahisle kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacağı sonucu ortaya çıkacaktır. Oysa Süzek, Yargıtay'ın İşK'nun 14/1'deki açık hükme rağmen çalışılmış gibi sürelerden bahsetmesini ve bunun için de yıllık ücretli izin hakkına ilişkin İşK'nu 55. maddesinin dikkate alınacağına ilişkin bu kararı isabetli bulmamıştır. Zira İşK'nu 55, yıllık ücretli izin açısından çalışılmış gibi sayılan halleri konunun kendi özelliğine göre düzenlemiş olup; bundan tamamen bağımsız bir hak niteliğindeki kıdem tazminatına uygulanması düşünülemez. Zaten böyle bir kıyaslamaya gerek olmayıp İşK'nu 14. maddenin açıklığı sorunun çözümü için yeterlidir. Bu nedenle askı dönemindeki kısa çalışma sürelerinin işçinin kıdeminden sayılmaması için hiçbir geçerli neden bulunmamaktadır⁶³¹.

⁶²⁸ Esener, İş Hukuku, s.249; Tunçomağ, B.4, s.410; Çelik, B.20, ss.295–296; Eyrenci, Ücretsiz İzin, s.46; Narmanlıoğlu, Ferdi, s.420; Süzek, Askı ss.110vd; Çenberci, Şerh, s.425; Berin Ergin, **Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar**, İstanbul, 1989; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s.428; aksi görüş, Reisoğlu, Kıdem Tazminatı, ss.44vd; Fevzi Şahlanan, **Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi**, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1979–1983, İstanbul 1985, s.102vd.

⁶²⁹ Y.9HD, 7.2.1984, 63/1045, YKD, Haziran 1984, s.895; YHGK, 16.11.1983, 9–1067/1169 ve Çelik'in incelemesi İHU, İşK 14, No:30, YHGK, 21.05.1986, 9–97/553, İKİD, Ekim 1986, ss.4444–4450.

⁶³⁰ Y.9HD, 14.03.1989, 12107/2405, YKD, Temmuz 1989 ve bu kararın eleştirisi, Süzek, Değerlendirme 1989, ss.66-70; aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Y.9HD, 9.10.2003, 4267/16734, İşv., Ekim 2003, s.27, Y.9HD, 21.11.2002, 7547/21908, Tühis, Kasım 2002, ss.130-131.

⁶³¹ Süzek, B.5, s.606.

Bayhan'a göre Yargıtay'ın kıdem tazminatının hesabında yıllık ücretli izin hakkı bakımından da çalışılmış sayılan sürelerin esas alınacağına ilişkin kararı⁶³² karşısında kısa çalışma dönemlerinin kıdem tazminatına esas süreye dâhil edilmesi gerekeceği söylenebilir⁶³³.

Caniklioğluna göre de; iş sözleşmesinin kesintiye uğramadığı ve askıya alındığı kısa çalışma dönemlerinde kıdem devam ettiği kabul edilir. Bu nedenle kısa çalışma bakımından işin durduğu dönemleri de kıdem ve ihbar tazminatı bakımından kıdeme dâhil saymak gerekmektedir⁶³⁴.

Karaca da aynı görüştedir. Yazara göre; yasa kıdem tazminatı hakkının doğumu işçinin her tam yıl çalışması karşılığı olarak değil hizmet akdinin devamı karşılığı belirlemiştir. Bu nedenle de işçinin fiilen çalışması değil hizmet akdinin devamı esas alınmıştır. Hizmet akdinin devamı süresi, hizmet akdinin başlangıcından bitimine kadar olan ve yasal olarak çalışılmış gibi sayılan süreleri de içine alan daha geniş bir kavramdır. Kıdem tazminatına hak kazandıran bu bir yıllık süre, sadece işçinin işyerinde fiilen çalıştığı süreleri değil, aynı zamanda işçinin istirahat, izin gibi hizmet akdinin askıda kaldığı süreleri de içine alır. Esas olan unsur, hizmet akdinin başlaması ve devam etmesidir. Hizmet akdinin askıda olduğu durumlarda fesih söz konusu olmadığından, askıda geçen sürelerin de kıdem tazminatına esas hizmet süresinin içinde sayılması gerekmektedir. Bu bağlamda kısa çalışma uygulaması nedeniyle işçinin hizmet akdinin askıda bulunduğu süreler kıdem tazminatı süresinden sayılmalıdır⁶³⁵.

Demir ise; kısa çalışma dönemlerinin çalışılmayan “ücretsiz izin” dönemleri olduğunu, çalışılmayan bu dönemlerde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün bulunmadığını, anayasaya göre “ücretin emeğin karşılığı” olduğunu, ihbar ve kıdem tazminatlarının da birer “ücret eki” olduğunu, yıllık ücretli izin hakkında olduğu gibi

⁶³² Çetin Sonkaya, **Kısa Çalışma ve Kıdem Tazminatı**, E-Yaklaşım Dergisi, S.197, Mayıs 2009, S.197.

⁶³³ Bayhan, Kısa Çalışma, s.159.

⁶³⁴ Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.519; benzer görüş için bkz. Alpagut, Ücret ve İşin Düzenlenmesi, s.51.

⁶³⁵ Karaca, Kısa Çalışma, s.122.

ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında da kısa çalışma dönemlerinin dikkate alınacağı yolunda kanunda açık bir düzenleme bulunmadığını, bu nedenle de kısa çalışma dönemlerinin ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında dikkate alınmaması gerektiğini savunmuştur⁶³⁶. Ekmekçi de aynı görüştedir⁶³⁷.

Her ne kadar yüksek mahkemeye göre ücretsiz izin süreleri işçinin kıdeminden sayılmasa da; çalışmamızın ilk kısmında da eleştirdiğimiz üzere, bu dönemlerin işçinin kıdeminden sayılmaması kabul edilemeyen bir çıkarımdır. Bu nedenle Yargıtay'ın ücretsiz izinlerin kıdemden sayılmayacağına ilişkin kararı doğrultusunda görüş bildiren yazarların görüşlerine katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Zira kısa çalışma dönemlerinin ücretsiz izin olarak addedilemeyeceği noktasında tereddüt de bulunmamaktadır. Ayrıca Yargıtay yukarıda yer verilen diğer kararında yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış gibi sayılan sürelerin işçinin kıdeminde dikkate alınacağını ifade etmiştir. Bu doğrultuda kısa çalışma sürelerinin kıdem ve ihbar tazminatının hesabında dikkate alınmamasında hiçbir haklı gerekçe bulunamayacaktır. Bu nedenle biz tüm askı hallerinde olduğu gibi yine bir askı hali olan kısa çalışma sürelerinin işçinin kıdeminden sayılması bu bağlamda ihbar ve kıdem tazminatına esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶³⁶ Demir, Kısa Çalışma, s.550.

⁶³⁷ Ekmekçi, Kısa Çalışma, s.57.

2.2. KISA ÇALIŞMANIN SONA ERMESİ

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 5763 sayılı kanunla değişik Ek 2. maddesinde olduğu gibi 6111 sayılı Kanunla değişik Ek 2. maddesine ve 30.04.2011 tarihli Kısa Çalışma Yönetmeliği'ne göre; kısa çalışma uygulaması kısa çalışmaya neden olan olguların devamı süresini ve herhalde 3 ayı aşamaz. Dolayısıyla kısa çalışma uygulamasının başlamasından itibaren 3 ay geçmekle kısa çalışma uygulaması sona erer. Bu sürenin dolmasından önce de, kısa çalışma koşullarının ortadan kalkması halinde kısa çalışma sona erecektir. Gerçekten, kısa çalışma yapılması için belirli koşulların mevcut olması gerektiği gibi kısa çalışmanın devam etmesi için de aynı koşulların mevcudiyeti gerekir. Aksi halde kısa çalışmanın varlık nedeni kalmaz. Nitekim Alman Hukukunda, bazı durumlarda, işverenin yeni işçi istihdam etmesi kısa çalışma koşullarının ortadan kalktığına bir göstergesi olarak değerlendirilmekte ve kısa çalışmanın sona ermesi sebepleri arasında sayılmaktadır.

Kısa çalışmanın muhakkak işverenin belirlediği süre kadar devam etmesi gerekmez. Yukarıda da değinildiği gibi, işverenin işlerinin açılması ve işyerinde tekrar faaliyete geçme ihtiyacının ortaya çıkması halinde kısa çalışma uygulamasına öngörülen süreden önce de son verilebilir. Böyle bir durumda kısa çalışma işverenin iradesi ile son bulmuş olacaktır. Zira kısa çalışma olgularının devam etmemesi halinde kısa çalışmadan söz edilemeyecektir.

Yönetmeliğin 11. maddesinde işverenin ilan ettiği süreden önce normal faaliyetine başlamaya karar vermesi halinde, durumu Kurum birimine, varsa TİS tarafı sendikaya ve işçiye 6 iş günü önce yazılı bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Kısa çalışmaya son verilmesiyle, normal çalışma koşullarına dönülecektir. Kısa çalışma işverence bildirimde bulunulan tarihte son bulacağından işçilerin bildirilen tarihte normal çalışma koşullarında çalışmaya devam etmesi, işverenin de işçiyi aynı koşullarda çalıştırması gerekecektir.

SONUÇ

İşverenin ifayı kabul etmesini engelleyen geçici ifa engellerinin ortaya çıkması halinde, bunlardan kaynaklanan yükler kural olarak işverenin katlanması gerekeceği iş hukuku öğretisine yerleşmiştir. Bununla birlikte bu tür olaylardan kaynaklanan yüklerin bazı durumlarda istihdamda sürekliliğin sağlanması, işsizliğin önlenmesi gibi nedenlerle, işçi işveren ve devlet arasında paylaştırıldığı da bilinmektedir. İşte kısa çalışmayla ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerden kaynaklanan yükler, mevzuatta öngörülen koşullarla, işçi ile işveren (kısa çalışma ödeneğiyle devlet) arasında paylaştırılarak bir anlamda toplumun geneline yayılmıştır⁶³⁸. Böylece kanun koyucu, işverenlerin olduğu kadar işçilerin ve hatta devletin de menfaatini korumak amacıyla, belirtilen rizikolar karşısında, özellikle tarafların kendi gelecekleri için fedakârlık yapmaları gereken bir kurum olarak kısa çalışmayı iş hukukuna kazandırmıştır.

Kısa çalışmanın iş hukukuna kazandırılmadan önceki dönemde kimi işverenler, genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerden kaynaklanan sorunları çözmek için eski hale dönülene kadar işçilerini ücretsiz izne çıkarma yolunu tercih etmekteydi. Bu durum ise uygulamada pek çok sorunun doğmasını beraberinde getirmişti. Kısa çalışmayla geçmiş dönemdeki ücretsiz izin uygulamaları bir kenara bırakılarak işçilere sınırlı da olsa gelir güvencesi sağlanması amaçlanmıştır. Bu nedenle, ekonomik kriz ya da zorlayıcı sebebin gerçekleşmesi durumunda, işçiler işten çıkartılmak yerine, geçici olarak kısa çalışmaya tabi tutulmaktadır. Böylece işçilerin iş sözleşmesi sona ermemekte, iş akdi askıya alınarak varlığını sürdürmekte, devlet de işçilerin işsiz kalması halinde işsizlik sigortasının bu işçileri yeniden işe yerleştirmek için yapacağı masraflardan kurtulmuş olmaktadır.

Kısa çalışma uygulamasının ücretsiz izin gibi uygulamalarla kıyaslanmasında işçi bakımından pek çok yönden faydalı olduğu görülecektir. Genel ekonomik krizin ve zorlayıcı sebebin gerçekleşmesi halinde, çalışma yaşamında ortaya çıkacak

⁶³⁸ Ekonomi, İş Yerinin Kapatılması, s.441; Ulucan, Esnek Çalışma, s.104; Soyer, Çözüm Önerileri, s.195.

sorunların giderilmesi, işyerlerinin ve iş ilişkilerinin devamlılığını sağlayacaktır. Bu bağlamda kısa çalışma, ülkemizde sürekli olarak yaşanan ekonomik krizler ve zorlayıcı sebepler karşısında, gelecek dönemde çalışma yaşamının karşılaşıacağı sorunları gidermesi ve istihdamı korunması bakımından önemli bir yere sahiptir.

Kısa çalışma, işverenin içinde bulunduğu zor durumdan işçilerin işten çıkarılmadan kurtulduğu ve dolayısıyla iş sözleşmelerinin feshedilmesinin özellikle toplu çıkarılmaların önüne geçildiği, bu anlamda işsizliğin önlenmesi ve sosyal bir sorun haline gelmesine engel olduğu bir çalışma şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece işçiler, normal çalışma koşullarına dönülene kadar işsiz kalmayacağı için işsizliğin ortaya çıkardığı ağır sonuçlarla yaşamak zorunda kalmayacaktır.

Kısa çalışmanın, işsizliğin etkilerinin yanı sıra, iktisadi ve sosyal yanılla toplumun tamamını etkilediği ve ilgilendirdiğini açıklamaya gerek yoktur. İşsizliğin önlenmesi, istihdamın sağlanması, korunması ve artırılması, devletin ve hükümetin ana hedeflerinden birisidir. İşsizlik toplumdaki huzur ve barışın bozulmasına, bireysel ve toplumsal açıdan da başka birçok soruna neden olmaktadır. Bu bağlamda kısa çalışma ile iş sözleşmelerinin feshedilmesinin önüne geçilerek, işsizliğin ortaya çıkaracağı olumsuz sonuçların gerçekleşmesi engellenecektir. Kısa çalışma sırasında koşulları yerine getiren işçi, geçici de olsa bir gelir güvencesine sahip olacak ve önceki dönemlerde olduğu gibi geleceği belli olmayan uygulamalara maruz kalmayacaktır.

Ekonomik krizler nedeniyle ortaya çıkabilecek iş gücü kaybının kısa çalışmaya tabi tutulan işçiler arasında paylaştırılarak, riskin daha hafif bir şekilde atlatılmaya çalışıldığı kısa çalışmanın temelinde, işçilerin ve istihdamın korunması düşüncesinin yer aldığı, kısa çalışma uygulamasının öncelikle işverenin yüksek işten çıkarma maliyetlerine katlanmasını ve vasıflı işçilerini yitirmesini önlediği, işletmelere zaman kazandırarak nitelikli işçilerin de yardımıyla üretimlerini yeniden yapılandırıp modernleşme olanağı sağladığı, işçilerin de üst ya da yeniden eğitime

değişime uyum sağlamalarına ya da daha kolay yeni iş bulmalarına yardımcı olduğu belirtilmektedir⁶³⁹.

Ayrıca öğretilerde kısa çalışmanın, azalan iş gücü ihtiyacını çalışanlar arasında paylaşması nedeniyle, işçilerin işverene olan sadakat ve çalışma arkadaşlarıyla aralarındaki dayanışma duygusunu güçlendirdiği, dolayısıyla işin kalitesini ve işçilerin güvenilirliğini artırdığı, bu şekilde bir yandan işverene ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenlerden kaynaklanan güçlükleri aşabilme olanağı tanırken diğer yandan işletmesini güçlendirmesini ve işçilerin istihdam edilebilirliğini artırması suretiyle istihdamı koruduğu belirtilmektedir⁶⁴⁰.

Düzenlemenin getirilme amaçlarının bunlar olduğu düşünüldüğünde işçi, işveren ve hatta devlet bakımından yararları tartışılmayacak olan kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinin kanuni düzenlemesi bakımından eleştirilmeyecek yanı da yok değildir. Öncelikle kısa çalışmanın mevzuata ilk alınması ve sonrasında İşsizlik Sigortasına kaydırılması sırasında, uygulanabilme sebeplerinin genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplere inhisar edilerek oldukça dar tutulması, kısa çalışmanın genel olmayan ekonomik kriz dönemlerinde uygulanabilme olanağını ortadan kaldırmış, bu anlamda varlık nedeni olan sözleşmelerinin devamlılığı ve bu bağlamda istihdamın etkin bir şekilde sağlanması engellenmiştir. Öyle ki genel ekonomik kriz olarak değerlendirilemeyecek krizlerde işverenler kısa çalışma talebinde bulunamamış, bu sebeplerle Kuruma yapılan talepler reddedilmiştir. Kısa çalışmanın amacını etkin bir şekilde gerçekleştirmesini zedeleyen kanuni düzenleme neyse ki 6111 sayılı Kanun değişikliği ile bölgesel kriz ve sektörel krizleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir. İlk bakışta kısa çalışma nedenlerinin çoğaltılması ve dolayısıyla uygulama alanının genişlemesinin işçilerin aleyhine olacağı ve işsizlik sigortası fonunun yükünü artıracığı gibi eleştirilerle karşılanırsa da pratikte faydası çok olmuştur. Zira söz edilen nedenlerden dolayı sözleşmelerinin tek ve toplu olarak feshedilmesinin önüne geçilmiş ve işçiler ile işsizlik sigortası fonu daha etkin bir şekilde korunmuştur. Kısa çalışma uygulamalarıyla sürekli işsizliğin önüne

⁶³⁹ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, ss.65–66.

⁶⁴⁰ Başterzi, Feshe Karşı Koruma, ss.65–66.

geçileceğinden ve işçilere kısa çalışma ödeneğinden daha uzun süreyle işsizlik ödeneğinin verilmesine gerek kalmayacağından işsizlik sigortası fonunun giderleri azaltılmış olacaktır.

Kısa çalışma prosedüründe, talebin İş-Kur'a yapılıp buna karşın talebin değerlendirilmesinin Bakanlığa bırakılması şeklindeki kademeli yapısı, uygulama itibariyle aciliyet gerektiren kısa çalışma kararının alınma sürecini gereksiz yere uzatıp zaman kaybına yol açtığından terk edilmiş, 6111 sayılı Kanun değişikliği ile tüm taleplerin ve değerlendirmenin doğrudan İş-Kur'a yapılması öngörülmüştür. Kuşkusuz aradaki bürokrasiyi azaltan bu düzenleme yerinde olmuştur.

Buna karşılık iş sözleşmesinin askıya alındığı kısa çalışma dönemlerinde, kısa çalışma ödeneği ile tatmin edilmeye çalışılarak menfaat dengesi sağlanmak istenilen işçilere ödenecek ödeneğin ağır koşullara bağlanması eleştiri konusu olmuştur. Zira bu durumda kısa çalışma ödeneği hak kazanma koşullarını yerine getiremeyen işçilere asgari bir gelir güvencesi sağlanmamıştır. Bu ise, işçiler aleyhine menfaat dengesini bozmuş ve nimet-külfet dengesi sağlanamamıştır. Olması gereken hukuk bakımından, hiçbir koşul aranmaksızın verilmesi gereken ödenek, 6111 sayılı kanun değişikliği ile dahi daha hafif koşullara bağlanmamıştır.

Buna karşın 5838 sayılı Kanun ve 6111 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle kısa çalışma ödeneği artırılarak bu yöndeki eleştirilerin önü kesilmeye çalışılmıştır. Ancak kısa çalışma ödeneğinin mevcut haliyle dahi yeterli olmaması karşısında; ödeneye hak kazanan işçiler, yeterli görülen bu ödeneye mahkûm edilmeye; buna karşılık ödeneye hak kazanamayanlar ise gelir güvencesinden tamamen yoksun bırakılmaya devam edilmiştir. Türkiye şartlarında çalışan işçilerinin pek çoğunun henüz ödenek için gerekli şartları taşımadığı gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda, asgari gelir güvencesi getirilmemesi, işçilerin karşılaştığı zorluğu daha da acı bir şekilde yaşamalarına neden olmuştur. Öte yandan işçiler, kısa çalışma döneminde çalışmaya bağlı olarak verilen prim, ikramiye vs. ödemelerden ve kimi durumda ise ücret artışından mahrum kalacaktır. Yine bu dönemde işçilere ücret ödenmediği için, özellikle uzun vadeli sigorta kolları bakımından primlerin

ödenmemesi nedeniyle prime bağı bazı sosyal sigorta hakları bakımından da mağdur edilmiş olacaktır.

Belirtilen nedenlerle mevcut hükümlerden kaynaklanan sorun ve uyuşmazlıkların çözümü yine başka bir kanun değişikliğine bırakılmış, önceki dönemde de tartışma konusu olan bu eksiklikler son yapılan kanun değişikliği ile de giderilmemiştir. Beklenen faydanın sağlanması için, konuya ilişkin hükümlerin tekrar gözden geçirilmesi ve ihtiyaçları giderecek şekilde ele alınması yerinde olacaktır. Kanun koyucunun, hüküm değişikliklerinde uygulamadaki sorunları çözmeye çalışırken, buna ilişkin yapılan akademik çalışmaları dikkate alması tavsiye edilebilir.

Çalışmamızın diğer bir konusu olan akdin askıya alınmasının yegâne fonksiyonu olan iş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması, kısa çalışmanın amacı ile örtüşmektedir. Öyle ki iş akitleri, işçinin gerek kendi şahsından gerekse de kendi haricinde ortaya çıkan bir takım nedenlerle sekteye uğrayabilmekte ve bu anlamda sözleşmeler fesih noktasına kadar gelebilmektedir. İşçinin kendi haricinde ortaya çıkan nedenlerden dolayı gidilebilen kısa çalışma da sekteye uğrama noktasına gelen iş sözleşmelerini askı misyonuyla kurtarmaya çalışmaktadır. Bu anlamda kısa çalışma ve askının, sözleşmelerinin devamlılığın sağlanması ve iş güvencesinin etkin şekilde korunmasında amaçsal olarak bir oldukları ve iş güvencesi hukukunun saç ayaklarından ikisini oluşturdukları söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akı, Erol. **Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları**, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Nisan 2000, S.3, Kamu-İş Ankara 2000, s.249–267.
- Akı, Erol. **Ekonomik Krizin Zorlayıcı Neden Sayılmaması**, İHU, İşK 17, No.7.
- Aktay, Nizamettin. **İş Kanununda Gece Çalışmaları, Telafi Çalışması, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, Türk Metal, Mayıs 2004, s.30–31.
- Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**, B.5, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2006, (B.5).
- Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**, B.6, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2007, (B.6).
- Akyiğit, Ercan. **İş Kanunu Şerhi**, C.I-II, B.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, (I) (II).
- Akyiğit, Ercan. **Kıdem Tazminatı**, Seçkin Yayıncılık, B.1, Ankara 1999, (Kıdem Tazminatı).
- Akyiğit, Ercan. **Kısa Çalışma**, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, Ağustos-Kasım 2004, S.1–2 (Kısa Çalışma).
- Akyol, Şener. **Türk İş Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967.
- Aktay Nizamettin, Arıcı Kadir ve Kaplan Senyen. **İş Hukuku**, B.2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- Aktay, Nizamettin. **Yeni İş Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme**, Mercek Dergisi, Temmuz 2003, Y:8, S.31, (Değerlendirme), s.132–142.
- Alp, Mustafa. **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Alp, Mustafa. **Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda ve Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre- Yasa**, Ocak 1999, (Ölçülülük İlkesi), s.1519–1534,
- Alp, Mustafa. **İşverene Tek Taraflı Olarak Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçüleri**, Legal 2009, S.21, (Değişiklik Kayıtları), s.13–36.
- Alp, Mustafa. **İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi veren İş Sözleşmesi Hükümlerinin Sınırları ve Denetimi**, Legal, YKİ 2006, S.1, (Denetim).

Alpagut, Güler. **İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları**, İHSGHD, S.9, 2006, s.49–64.

Alpagut, Gülsevil. **Ücret ve İşin Düzenlenmesi, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminden Yeniden Yapılanma**, İstanbul Barosu, Çalışma Hukuku Komisyonu Seminer Notları, İstanbul 2006, s.55.

Andaç, Faruk. **Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, Tekstil İşveren Dergisi, S.304, Nisan 2005, s.41–42.

Atabek, Reşat. **Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul 1938.

Astarlı, Muhittin. **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitapevi, Ankara 2008 (Çalışma Süreleri).

Astarlı, Muhittin. **Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi**, Sicil Mart 2010, S.17, (Ekonomik Kriz), s.74–88.

Aydın, Ufuk. **Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler**, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, Mart 2009, (Kısa Çalışma), s.29–40.

Aydın, Ufuk. **“İstihdam Paketi Neler Getiriyor?”** Yeni Ufuk Dergisi, Eskişehir Sanayi Odası Dergisi, Nisan-Haziran 2008.

Aydın, Ufuk. **“4857 sayılı İş Kanunu Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları”**, Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Kararın İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S.5, Mart 2007, s.57–68.

Barlas, Nami. **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, 1992.

Başterzi, Süleyman. **Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri**, AÜHFD, S.3, 2005, (Feshe Karşı Koruma), s.53–94.

Başterzi, Süleyman. **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, Ankara 2007.

Başterzi, Süleyman ve Şuğle, Mehmet Ali. **İstihdam ve Danışmanlık Hizmetlerinin Hukuksal ve Toplumsal Yönleri**, AÜSBF, Mart, Ankara 1999.

- Baydur, Refik. **4857 Sayılı Kanunun Çalışma Yaşamımıza Getirdikleri, Getiremedikleri**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, XXII. Genel Kurul Çalışma Raporu, Aralık 2004, 25–26.
- Bayhan, Tevfik. **202 Soru ve Cevapta Açıklamalı ve Örnekli Kısa Çalışma Rehberi**, B.1, Yaklaşım Yayıncılık, Mayıs 2010, (Kısa Çalışma).
- Bayhan, Tevfik. **Kısa Çalışma ve İş Sözleşmesi Feshinin Son Çare Olması İlkesi**, Yaklaşım Yayıncılık, Mayıs 2009.
- Berksun, Abdullah ve Eşmelioglu İbrahim. **Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Sendikalar Kanunu**, Ankara 1989.
- Bilgin, Erhan. **Yeni İş Yasası, Genel Bir Değerlendirme**, İktisat Dergisi, S.437, Mayıs 2003, s.84–87.
- Bölükbaşı, Ahmet. **Çalışma Süreleri**, Mercek, Y.9, S.34, Nisan 2004, 86–90.
- Caniklioğlu, Nurşen. **İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzin Kullandırılmasının Sonuçları**, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, (Yıllık Ücretli İzin).
- Caniklioğlu, Nurşen. **4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Hukuk Kitapları:49, İstanbul 2005, (Kısa Çalışma), 499–549.
- Caniklioğlu, Nurşen. **Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşçiye Gelir Güvencesi Sağlayan Sistemler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu, 13. Yıl Toplantısı, İstanbul 2010.
- Caniklioğlu, Nurşen. **4857 Sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri**, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21–25 Eylül Bodrum 2005.
- Centel, Tankut. **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul 1988.
- Çankaya Osman Güven, Çil Şahin ve Göktaş Seracettin. **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, (İşe İade Davaları).
- Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, B.9, Beta Yayıncılık, İstanbul 1988, (Dersler).
- Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, B.13, Beta Yayıncılık İstanbul 1996, (B.13).
- Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, B.18, Beta Yayıncılık İstanbul 2005, (B.18).

- Çelik Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, B.19, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, (B.19).
- Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, B.20 Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, (B.20).
- Çelik, Nuri. **Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, Mess 1994.
- Çelik, Nuri. **İşçinin Feshe Karşı Korunması, Reşat Kaynar'a Armağan**, İstanbul 1981, s.43–63.
- Çelik, Nuri. **Ekonomik Krizde Toplu İşten Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları**, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, (Çözüm Arayışları), s.427–436.
- Çenberci, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**, B.6, Seçkin Yayınevi, Ankara 1986, (Şerh), s.18–19.
- Çifter, Algun. **Türk Hukukunda Hizmet Akdinin Yasal Grev Süresince Askıda Olmasının Sonuçları**, AÜEHFD, C.VI. S.1–4, s.229–246.
- Çil, Şahin. **Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2005 Mayıs Toplantısı, Şubat, İstanbul 2006, (Basın).
- Çil, Şahin. **4857 sayılı İş Kanunu Şerhi**, C.I, Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, (Şerh).
- Çuhruk, Mahmut. **Kıdem Tazminatı ve Uygulaması**, Ankara 1978.
- Çukur, Mürsel. **4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Çalışma Biçimleri ve Para Cezaları, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog**, Ağustos 2003, 184–190.
- Davran, Cahit. **İş Kanunu ve Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Muvazzaf Askerliğin Hizmet Akdine Etkisi**, İstanbul Barosu Dergisi, C.XLIV, Eylül-Ekim, 1970.
- Demir, Fevzi. **İş Güvencesi Hukuku**, B.2, İzmir 1999.
- Demir, Fevzi. **Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Alınması**, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran 2006, (İşçinin Onayı), s.93–113.
- Demir, Fevzi. **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, B.3, Anadolu Matbaacılık, İzmir 2003, (Uygulama).
- Demir, Fevzi. **Kısa Çalışmalar ve İş Sözleşmeleri Üzerinde Etkileri**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2009, S.22, (Kısa Çalışma), s.541–552.

Demir, Fevzi. **Kısa Çalışmanın Yıllık İzin, İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi**, <http://www.tumgazeteler.com>.

Demir, Fevzi. **4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri**, MESS Mercek Dergisi, Y.8, S.31, Temmuz 2003, (Yenilik).

Demircioğlu, A. Murat ve Engin, Murat. **Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma**, İTO Yayınları, İstanbul 2002.

Duman, Barış. **Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi**, B.1, Kartal Yayınevi, Ankara 2005.

Dural, Mustafa. **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul 1976.

Ekmekçi Ömer. **Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar**, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, Haziran 2009, (Kısa Çalışma), 47–60.

Ekonomi, Münir. **İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku**, Yenilenmiş B.3, İstanbul 1987 (Ferdi).

Ekonomi, Münir. **Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuka Uygunluğu, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli İş Akitlerinin Hukuki Sorunları**, İstanbul 1979, (Belirli Süreli), s.1–20.

Ekonomi, Münir. **Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi**, Çimento İşv, Özel Ek, S.2, C.17, Mart 2003, (İş Güvencesi), s.1–40.

Ekonomi, Münir. **Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması**, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.3, 2009, (Feshe Karşı Koruma), s.11–33.

Ekonomi, Münir. **İş Yerinin Kapatılması**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı, Ankara 2006, (İş Yerinin Kapatılması), s.409–547.

Ekonomi, Münir. **Grevde Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılamaması**, İHU, İşK 14, No:17, (No:17).

Ekonomi, Münir. **Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyum**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.157–179.

- Engin, Murat. **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003, (İşletme Gerekleri).
- Engin, Murat. **İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin**, Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.2, 2004, (Ücretsiz İzin), s.537–544.
- Engin, Murat. **Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri**, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2000 Yılı Ekim Toplantısı, İstanbul 2002, (İstihdam Biçimleri).
- Esener, Turhan. **İş Hukuku**, Ankara 1978, (İş Hukuku).
- Esener, Turhan. **Borçlar Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C.I, II, Ankara 1969, (Borçlar Hukuku).
- Ergin, Berin. **Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar**, İstanbul, 1989.
- Erkul, İhsan. **Kanunumuzda Askerlik Mükellefiyet, Nedeniyle İşçilerin Himayesinin Kapsamı**, Eskişehir, İTİADER, C.III, S.I, Ocak 1967.
- Eroğlu, Seval. **Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Askı Hali ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespitine Etkisi**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, S.7.
- Ertaş, Latife Çiğdem. **“Kısa Çalışma”**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006.
- Ertekin, Özkan. **Gerekçeli Eski-Yeni Yasa Karşılaştırmalı Rapor ve Görüşlü İş Kanunu**, B.1, Ankara 2004.
- Ertürk, Şükran. **Kanuni Grev ve Lokavtın Hizmet Akdine Etkisi**, İşçi Bakımından Sonuçları, Çimento İşveren Dergisi, C.5, S.4, Temmuz 1991, s.3–17.
- Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, C.I, B.2, Ankara 1998, C.II, B.2, Ankara 1988, (I), (II).
- Eyrenci Öner, Taşkent Savaş ve Ulucan Devrim. **Bireysel İş Hukuku**, B.3, İstanbul 2006.
- Eyrenci, Öner. **Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler**, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, 2001, (Ücretsiz İzin), s.40–44.

- Eyrenci, Öner. **4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2004, (Yeni Düzenlemeler), s.15–56.
- Eyrenci, Öner. **4857 Sayılı İş Kanununda Ücret ve İşin Düzenlenmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeler**, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, 25–29 Haziran 2003, Çeşme.
- Göksoy Y, Can. **Kıdem Tazminatının Niteliği ve Grevde Geçen Sürenin Kıdem Hesabına Etkisi**, İş Hukuku Dergisi, C.I, Ağustos, 1969, S.8.
- Gültaş, Veysel. **Notlu Karşılaştırmalı İş Hukuku İle İlgili Temel Kanunlar ve Mevzuatı**, Ankara 2004.
- Günay, Cevdet İlhan. **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Günay, İlhan Cevdet. **İş Kanunu Şerhi**, C.I-II, Yetkin Yayınevi, Ağustos, Ankara 2009, (I), (II).
- Güler, Mikdat. **Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri**, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, s.111–128.
- Güven Ercan ve Aydın Ufuk. **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitapevi, B.2, Eskişehir 2007.
- Güzel, Ali. **İşverenin Değişmesi, İş yerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, Kazancı, İstanbul 1987.
- Güzel, Ali. **İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi**, ÇT, 2005/2, (Kaçınma), s.123–146.
- Güzel, Ali. **İşletmesel Kararın Keyfilik Denetimine Tabi Tutulması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare İlkesinin Getirilmesi**, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4, 2005, (Keyfilik Denetimi), s.159–182.
- Güzel, Ali. **95 Soru ve Cevapta İşsizlik Sigortası El Kitabı**, Tek Gıda-İş Sendikası Eğitim Yayınları No. 9, İstanbul 2001.
- Hekimler, Alpay. **Avrupa Hukuku Işığında Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yeni Hükümler**, Çimento İşveren Dergisi, S.2, C.18, Mart 2004, s.16–26.

- Işıklı, Alparslan. **İş Hukuku**, 6. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2005.
- İnan, Ali Naim. **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, B.3, Ankara 1984.
- İnce Ergun. **İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep**, İHD, C.I, S.8, Ağustos 1969.
- İncirlioğlu, Lütfi. **Yeni İş Hukuku Uygulaması**, Legal Yayıncılık, Ağustos 2004.
- İstanbuluoğlu, Selin. **İş Akdinin Askıda Bulunduğu Haller**, Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.4, S.15, 2007, s.945–972.
- Kala, Murat, Sınav, Tahsin ve Temir, Arif. **Sorulu Cevaplı ve İçtihatlı İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Yaklaşım Yayıncılık, Haziran 2009.
- Kandemir, Murat. **4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler SBArD**, Y.1, S.2, Eylül 2003, s.201–220.
- Kaplan, Emine Tuncay. **İşverenin Fesih Hakkı**, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987.
- Kar, Bektaş. **Mevsimlik İş**, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006, (Mevsimlik), s.69–86.
- Kar Bektaş ve Göktaş Seracettin. **Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, s.27–37.
- Karaca, Ali. **Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması**, Sicil, S.14, Haziran 2009.
- Kenar, Necdet. **Yeni İş Kanununun Çalışma Hayatımıza Getirdikleri**, Vergi Dünyası, Y.22, S.262 Haziran 2003.
- Kılıçoğlu, Mustafa. **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005, (Yorum).
- Kılıçoğlu, Mustafa. **Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları**, Turhan Kitapevi, Ankara 1999, (Sendikalar).
- Kılıçoğlu Mustafa ve Şenocak Kemal. **İş Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, C.I-II, İstanbul 2008, (I), (II).
- Konuk, Ali Nafiz. **Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği**, MESS Mercek Dergisi, Y.9, S.34, Nisan 2004, s.53–57.
- Köseoğlu, Ali Cengiz. **İş Yerinin Kapanmasını Sözleşmesine Etkisi**, İstanbul 2004.

Kurt, Kudret. **İş Hukuku ve Sosyal Sigortalar Mevzuatında Usul ve Esaslar**, B.3, İstanbul Eylül 2004.

Kurt, Resul. **Karşılaştırmalı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu**, İSMMMO Yayınları, İzmir 2003.

Kumbaracıoğlu, Yasemin. **“İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İhlali ve Hukuki Yaptırımı,”** Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

Kutal, Metin. **İstihdam Politikasının Bir Aracı: Kısa Süreli Çalışma**, Mercek, Y.2, S.6, Nisan 1997, (İstihdam Aracı), s.28–35.

Meral, Bayram Ali. **“Kanun Tasarısı ve Teklifleriyle Komisyonlardan Gelen Diğer İşler”**, Cilt 14,13.05.2003 Salı, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, Yasama Yılı:1, Ankara 2003.

Meriç, Nedim. **Türk ve Alman İş Hukukunda Kısa Süreli Çalışma**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ağustos 2005.

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**, B.2, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, (B.2).

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**, B.3, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, (B.3).

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **Türk Hukukunda Lokavt**, Turhan Kitapevi, Ankara 1993.

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **Hizmet Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ekonomik Nedenlerle Feshi**, Kamu-İş, Ocak 1998.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku, C.I, Ferdi İş İlişkileri**, İzmir 1998, (Ferdî).

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku, C.II, Toplu İş İlişkileri**, İzmir Dokuz Eylül Yayınları, İzmir 2001, (Toplu İlişkiler).

Narmanlıoğlu, Ünal. **Grev**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara 1990.

Narmanlıoğlu, Ünal. **Yasa Dışı Greve Katılan İşçinin Sözleşmesinin Bildirimsiz Feshi İçin Gerekli Şartlar**, İHU, 1982/I, TSGLK.29, (No.7).

Narmanlıoğlu, Ünal. **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**, Ankara 2002, (Kıdem Tazminatı).

- Narmanlıoğlu, Ünal. Kanuni Grevde Geçen Sürenin İşçinin Kıdeminden Sayılamayacağına İlişkin Hükümün Uygunsuzluğu**, Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s.279–289.
- Ocak, Saim. **Türk İş Hukukunda “Kısa Çalışma”**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- Oğuzman, M.Kemal. **Medeni Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, B.3, İstanbul, 1978.
- Oğuzman, Kemal. **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul 1955, (Fesih).
- Oğuzman, M. Kemal. **Borçlar Hukuku Dersleri**, C.I, B.4, İstanbul 1987, (Borçlar I-II).
- Oğuzman, Kemal. **Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri**, C.I, 4.Bası, İstanbul 1985, (İlişkiler).
- Oğuzman, Kemal. **Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun Sistemik Tahlili ve İlgili Mahkeme İçtihatları**, İstanbul 1967, (Grev).
- Okay, Saday. **1475 Sayılı İş Kanununun Değiştirilerek, 4857 Sayılı İş Kanununun Yürürlüğe Girmesi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar Belediye Dünyası**, Temmuz 2003.
- Onaran, Yüksel Melek. **Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, B.1, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Orhaner, A. Baki. **Türk İş Hukukunda Yargıtay Emsal Kararları**, Ankara 1966.
- Özbek, Oğuz. **Deniş İş Hukuku**, Birsen Yayınevi, İstanbul 1984.
- Özdemir, Çağlar. **Türk İş Hukukuna Yeni İş Yasası ile Getirilen Düzenlemeler ve Eski Yasa ile Karşılaştırılmalı Değerlendirmeler**, Belediye Dünyası, C.4, S.8, Ağustos 2003.
- Özdemir, Sinan Cumhur. **Soru ve Cevaplarla İş Kanunu Uygulama Rehberi**, Adalet Yayınevi, Haziran 2007.
- Özkaraca, Ercüment. **“İşsizlik Sigortası Kapsam ve Yardımları”**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, İstanbul 2002.

- Pirler, Bülent. **Kısa Çalışmada Yeni Düzenleme Gerekliyor**, Mercek, S.58, Nisan 2010, s.55–58.
- Reisoğlu, Seza. **Hizmet Akdi, Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri**, Ankara 1968, (Hizmet Akdi)
- Resioğlu, Seza. **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara 1986, (Şerh).
- Reisoğlu, Safa. **1927 Sayılı Kanun Açısından Kıdem Tazminatı**, Ankara 1976, (Kıdem Tazminatı).
- Saymen, Hakkı Ferit. **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1954.
- Saymen, Hakkı Ferit. **Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Esasları, Toplu Sözleşme Bilgileri, Bankalararası Prodüktivite Merkezi Seminer Notları**, Ankara 1964.
- Selçuki, Sabih. **İlmi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu**, B.3, İstanbul 1973.
- Seliçi, Özer. **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977, (Sona Erme).
- Seliçi, Özer. Kesin Vadeli İşlemler, MHAD, Y.2, S.3 1968, (Kesin Vadeli).
- Serozan, Rona. **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975, (Dönme).
- Songu, Öktem, Sezgi. **“Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi”**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.
- Sonkaya, Çetin. **Kısa Çalışma ve Kıdem Tazminatı**, E-Yaklaşım Dergisi, S.197, Mayıs 2009.
- Soyer, Polat. **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, MESS, İstanbul 1999, (Değerlendirme), s.9–55.
- Soyer, Polat. **İş Mücadelesinde İşverenin Üçüncü Kişiler Karşındaki Sorumluluğu**, İzmir 1988, (Sorumluluk).
- Soyer, Polat. **İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2003 Yılı Toplantısı, 30–31 Mayıs 2003, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, (Çözüm Önerileri), s.195–211.
- Sözer, Ali Nazım. **“Hasta İşçinin İş İlişkisi”**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, İzmir 1981.

- Subaşı, İbrahim. **İşçi Kuruşu Yöneticiliği ve Güvencesi**, Kamu-İş Dergisi, C.5, S.3, Nisan 2000, s.525–561.
- Subaşı, İbrahim. **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, A.Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, (Çalışma Süreleri), s.301–360.
- Sur, Melda. **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Turhan Yayıncılık, Aralık, Ankara 2009.
- Sümer, Hadi Haluk. **İş Hukuku**, Mimoza Yayıncılık, B.7, Konya 2006.
- Süral, Nurhan. **Esnekliğin Sosyal Güvenlik Boyutu**, İşveren Dergisi, C.43, S.4.5.6, Ocak-Şubat-Mart 2005.
- Süzek, Sarper. **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara 1989.
- Süzek, Sarper. **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, B.4, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, (B.3).
- Süzek, Sarper. **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, B.4, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, (B.4).
- Süzek, Sarper. **İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku**, B.5, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, (B.5).
- Süzek, Sarper. **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi Semineri 1989**, İstanbul 1991, (Değerlendirme 1989), s.39–81.
- Süzek, Sarper. **İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara 1976, (Kötüye Kullanma).
- Süzek, Sarper. **Değişiklik Feshi**, Tisk Akademi Dergisi, C.I, S.I, 2006, s.6–31.
- Süzek, Sarper. **İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler**, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9ozel/ssuzek.pdf>, (Ücretsiz İzinler).
- Süzek, Sarper. **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku'na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998**, İstanbul 2000, (Değerlendirme 1998).
- Süzek, Sarper. **İş Güvenliği Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 1985, (İş Güvenliği).
- Şahlanan, Fevzi. **Geçici İşçi-İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Fesih, Karar İncelemesi**, Tekstil İşveren Hukuk Dergisi, S.2, Haziran 2006, (Geçici İşçi).

- Şahlanan, Fevzi. İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, Basın İş Hukuku, Genel Esaslar ve Uygulama Sorunları**, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul 2006, s.127–154.
- Şahlanan, Fevzi. **Ücretsiz İzin**, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Hukuk 19, S.334, Aralık 2007, (Ücretsiz İzin), s.2–4.
- Şahlanan, Fevzi. **Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1979–1983**, İstanbul 1985, s.71–117.
- Şakar, Müjdat. **İş Hukuku Uygulaması**, Der Yayınları, İstanbul 2006, (Uygulama).
- Şakar, Müjdat. **Basın İş Hukuku**, Beta Yayın Evi, Ekim, İstanbul 2002, (Basın).
- Şen, Murat. **Profesyonel Sendika Yöneticisi Seçilen İşçinin İş Akdinin Askıya Alınmayacağı Konusunda Yargıtay Karar İncelemesi**, Sicil 2008, S.9, s.85–101, (Askı).
- Şen, Murat. **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik**, Ankara 2005.
- Tandoğan, Haluk. **Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Vedat Yayıncılık, Ankara 1961.
- Taşkent, Savaş. **Mevsim ve Kampanya İşleri**, İstanbul Barosu Dergisi C.50, S.11–12 Kasım-Aralık 1976, (Mevsim İşleri), s.37–54.
- Taşkent, Savaş. **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul 1981, (Yönetim Hakkı).
- Taşkent, Savaş. **İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması**, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.1, S.3, 2006, (Ücretsiz İzin), s.20–28.
- Tekinay, S.S, Akman, S, Burcuoğlu, H ve Altop, A. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, B.6, İstanbul 1988.
- Tuğ, Adnan. **Toplu İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları**, Kamu-Sen Dergisi, C.1, S.3, Mart 1988, s.6–15.
- Tuncay, Can. **Toplu İş Hukuku**, Alfa Basım, İstanbul 1999.
- Tuncay, A. Can. **Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri**, Evrim Yayınları, İstanbul 1989, (Basın).
- Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler**, B.6, İstanbul 1976.

- Tunçomağ, Kenan. **İş Hukuku**, C.I, B.4, İstanbul 1986, (I).
- Tunçomağ, Kenan. **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1988.
- Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. **İş Hukukunun Esasları**, B.4, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- Tutucu, Aslı. “**Yasal Grevin İş Akdinden Doğan Hak ve Borçlara Etkileri**”, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1997.
- Ulucan, Devrim. **Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi**, S.3, İstanbul 1986, (Deniz İş).
- Ulucan, Devrim. **Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi**, Prof.Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, II, İstanbul 1982.
- Ulucan, Devrim. **Yasa Dışı Greve Katılan İşçinin İş Akdinin Sona Ermesi**, İHU, 1970/II, TSGLK.29, (No.3).
- Ulucan, Devrim; **Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi**, S.3, İstanbul 1986, (Deniz İş).
- Ulucan, Devrim. **AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri**, Mercek Dergisi, Y.8, S.31, Temmuz 2003, (Esnek Çalışma), s.60–66.
- Umar, Bilge ve Yılmaz Ejder. **İspat Yükü**, B.2, Kazancı Yayınları, İstanbul 1980.
- Uşan, Fatih. **İşçinin Derli Toplu Olmayan Yaşayışı Konusunda Yargıtay Kararı İncelemesi**, Kamu-İş, Ocak 2000.
- Uşan, Fatih. **İşverenin Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- Uşan, M. Fatih. **İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2000, (Değerlendirme), s.1213–1227.
- Yenisey, Doğan Kübra. **Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi**, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı

Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi 17–18 Mayıs 2002, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, (Ekonomik Kriz).

Yenisey, Doğan, Kübra. **Çalışma Koşullarında Değişiklik**, III. Yılında İş Yasası, İstanbul, (Değişiklik), s.103–131.