

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Geçerli Nedene/Sendika ile Yapılan Protokole Dayanan Ücretsiz İzin Uygulamasının İşçi Tarafından Reddi

T.C. KÜTAHYA İŞ MAHKEMESİ

Esas No : 2009/781
Karar No : 2009/515
Tarihi : 04.12.2009

DAVA

Mahkememizde görülmekte bulunan tazminat davasının yapılan açık yargılaması sonunda:

Gereği Düşünüldü

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkette çalışmakta iken ücretsiz izne çıkarıldığını, ücretsiz izni kabul etmeyen müvekkilinin kendisine kıdem tazminatı ödenmek suretiyle 15.12.2008 tarihinde iş akdinin feshedildiğini, müvekkiline bir kısım hak ve alacaklarının da ödenmeyerek mağdur edildiğini beyanla, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100 TL ihbar tazminatı alacağından, dava tarihinden itibaren başlamak üzere yasal faizi

ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı fabrika vekili, davacının iddialarının yerinde olmadığını, davacının iş akdini kendisinin el yazısı ile yazmış olduğu dilekçesi ile feshetmesi üzerine, kendisine kıdem tazminatının ödendiğini, davacının iş akdini kendisinin feshetmesi nedeniyle ihbar tazminatı alacağını bulunmadığını beyanla davanın reddini ileri sürmüştür.

Konu ile ilgili olarak davacıya ait SGK sicil dosyası, davacının çalışmasına ve iş akdinin feshine ilişkin bilgi ve belgeler, TİS örneği, Bölge Çalışma Müdürlüğü müfettiş raporu temin edilerek bu dosya arasına alınmıştır.

Toplanan bilgi ve belgelere göre, davacı, davalı şirkete ait işyerinde 03.12.2002 tarihinde çalışmaya başlamış ve bu çalışması 15.12.2008 tarihinde sona ermiştir.

Mahkememizce celp edilen tüm belgele-

rin ve taraf vekillerinin beyanlarının bir arada değerlendirilmesi sonunda, davalı fabrikada sürüm ve satış olanaklarının azalması, son aylarda dünya global ticaretindeki aşırı daralma, bazı bölümlerdeki stok fazlalığı ve dünyadaki ekonomik krize bağlı olarak, işyerinde faaliyette bulunan sendika yetkilileri ile görüşülme suretiyle stok fazlalığı bulunan birimlerde ücretsiz izin uygulamasına gidildiği, sendika temsilcileri ile işveren vekilleri arasında imzalanan 25.02.2009 tarihli Protokol doğrultusunda, karşılıklı görüşmeler sonucu, TİS.in 35. maddesine göre 195 işçinin ücretsiz izne çıkarılmasına karar verildiği ve TİS.in 35. maddesi hükümlerine göre ücretsiz izin süresinin 10.03.2009 tarihi ile 08.06.2009 tarihleri arasında 3 ay olarak belirlendiği, işyerinde bir kısım işçinin dayanışma aidatı ödemek suretiyle, bir kısım işçinin ise, sendikaya üye olması sebebiyle TİS.den yararlandığı, mahkememize seri olarak dava açan bir kısım işçilerin 25.02.2009 tarihli Protokolü takiben kendilerine yapılan ücretsiz izin tebligatını almalarından hemen sonra, işverence teklif edilen ücretsiz izin uygulamasını kabul etmediği, bu konuda imzalı beyanda buldukları ve beyanı takiben yine kendi el yazıları ile yazdıkları istifa dilekçesi ile işten ayrıldıkları, kendilerine kıdem tazminatının ödenmesini istedikleri, işverence davacı işçilere kıdem tazminatı ödemesinin yapıldığı, ödemenin hesap pusulasına bağlandığı, işçilerden ibraname alındığı, işçilerin imzaladıkları ibranamede ihbar tazminatı haklarını saklı tuttukları görülmüştür.

Ücretsiz izin uygulaması İş Kanununda yer alan bir uygulama değildir. Pratikte işyerlerinin ekonomik krize bağlı olarak gündeme getirdiği bir uygulamadır. Ancak tarafların anlaşması ve işçinin buna rıza göstermesi ile işyerinde ücretsiz izin uygulaması yapılabilir. İşçinin iş koşullarındaki ağırlaşmayı ya da ücretsiz izin uygulamasını reddetme hakkı vardır. Bu durumda iş akdi işçi

tarafından haklı sebeple feshedilmiş sayılır. Ve bu hal, işçiye kıdem tazminatı ödenmesini gerektirir. Ancak haklı sebeple iş akdini kendisi fesheden işçi, ihbar tazminatına hak kazanamaz. İş Hukukundaki temel kural budur.

Diğer yandan ücretsiz izin uygulamasında 6 aya kadar olan süreler, uygulamada ve Yargıtay içtihatlarında makul süre olarak kabul edilmektedir. Bu süreyi aşan ücretsiz izin uygulamalarında işçi rıza göstermiş olsa dahi, iş akdinin işverence art niyetli olarak feshedilip edilmemesi hususu tartışılmalıdır.

Dava konusu olayda işveren ekonomik krizi, stok fazlalığını ve pazar daralmasını gerekçe göstererek işyerinde faaliyet gösteren sendika yetkilileri ile de görüşme suretiyle protokol imzalamak suretiyle, stok fazlalığı olan bölümlerde 195 işçiye ücretsiz izin vermeyi kararlaştırmış ve ücretsiz izin süresini, TİS.in 35. maddesine göre 3 ay olarak belirlemiştir. Nitekim dosyaya sunulan TİS incelenmesinden, ücretsiz izin konusunun düzenlendiği ve sürenin en fazla 3 ay olabileceği görülmüştür. Bu hali ile işverenin art niyetli olduğundan söz edilemez.

Davacı işçi ücretsiz izin süresinin sonunu beklemeden ücretsiz izni kabul etmediğini beyan etmiş, kendi el yazısı ve imzası ile istifa dilekçesi sunmuş ve ihbar tazminatı yönünden de mahkememize dava açmıştır. Bu hali ile iş akdinin davacı işçi tarafından haklı sebep ile feshedildiğini kabul etmek gerekir. Zira, ücretsiz izin süresince iş akdi yürürlüktedir. Nitekim işveren de işçinin iş akdini haklı nedenle feshettiğini kabul etmiş ve işçiye kıdem tazminatını ödemiştir.

Ücretsiz izin süresinin sonunda işveren davacı işçiyi işe başlatmamış olsa idi, bu durumda işverenin haksız feshi söz konusu olacak ve işçi dava açması durumunda hem ihbar tazminatına hem de kıdem tazminatına hak kazanacaktı. Ancak davacı, ücretsiz iznin sonunu beklemediği için, ücretsiz izin

süresi sonunda işverenin tutumunu belirlemek mümkün olmamıştır.

Her ne kadar davacı vekili istifa dilekçelerinin işçinin el yazısıyla maktu olarak işçiye yazdırıldığı ve imzalatıldığı, kıdem tazminatı ödemesinin istifa dilekçesine bağlı kıldığı ve bu şekilde manevi baskı yarattığı yolunda beyanda bulunmuş ise de, istifa dilekçesi verilmemiş olsa bile işçinin ücretsiz izin süresi içerisinde, ücretsiz izin uygulamasını kabul etmemesi ve daha sonra dava açması, iş akdinin işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği sonucu doğurur ve davacı işçi yönünden ihbar tazminatı hakkı doğmaz. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.04.2007 tarih ve 2007/12906 Esas, 2007/13308 Karar nolu içtihadında da aynı durum irdelenmiş ve davacının ihbar tazminatının doğmayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle ihbar tazminatı talebinin reddine karar vermek gerekmiştir.

Bu hususlar dikkate alınarak, usul ekonomisi yönünden davacıların muhtemel hak edebilecekleri ihbar tazminatı miktarı hesaplatılmamıştır.

Davacı vekili dava dilekçesinde ihbar tazminatına ilişkin fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğundan ve kısmi dava açtığından, dava değeri de net olarak belirlenmediğinden, dava reddedilmiş olmakla birlikte kanun yollarının açık olduğuna karar verilmiştir.

HÜKÜM

Gerektirici nedenlerle;

- 1) Davanın reddine,
- 2) Yeterli harç peşin alındığından yeniden harç alınmasına yer olmadığına
- 3) A.A.Ü. Tarifesine göre maktu (575.00). TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalı işveren şirkete verilmesine
- 4) Davacı tarafça yapılan (9.00).TL tebligat gideri, (8.00).TL müzekkere gideri, (15.60).TL başvurma harcı, (15.60).TL karar ve ilam harcı olmak üzere toplam (48.20).

TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına

Dair yasa yolu açık olarak taraf vekillerinin yüzlerine karşı verilen işbu ilamı, taraf vekillerinin tefhim tarihinden itibaren 8 gün içerisinde temyiz edebileceklerine dair verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı 04.12.2009.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/3413

Karar No : 2010/2216

Tarihi : 02.02.2010

DAVA

Davacı, ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ş. Ç. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konulup düşünüldü:

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre, yerinde bulunmayan ve sebepleri bildirilmiş olmayan bozma isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 02.02.2010 gününde oybirliği ile karar verildi¹.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/12906

Karar No : 2007/13308

Tarihi : 26.04.2007

DAVA

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, erzak

bedeli ile ücretli izin ücret alacağıının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacının çalıştığı işyerinin ekonomik darboğaza girmesi, fabrika faaliyetlerinin geçici olarak durması üzerine toplu iş sözleşmesinin 20/e maddesi gereğince gereğince işçi sen-

dikası yetkilileri ile işveren arasında 7.7.2006 tarihli protokol yapıldığı, bu protokol gereği ücretsiz izini kabul etmeyen işçilerin dava açarak fesih iradelerini ortaya koydukları, bu sebeple kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınması yerinde ise de akdi haklı olarak fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği sonucuna varıldığından ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi².

KARARIN İNCELENMESİ

1. Giriş

İş hukukunun ekonomik krizlere endekslenen kurumlarından biri olan ücretsiz izin, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan toplu işçi çıkarmalarının önlenmesinde önemli araçlardan bir tanesidir. Ücretsiz izin uygulaması ile işveren, kısa çalışmada olduğu gibi, işverenlik riskini belirli ölçülerde işçilerle paylaşarak, başta ekonomik kriz olmak üzere iş ilişkisinin sürekliliğini sekteye uğratan geçici ifa engellerini aşabilmektedir³. 4857 sayılı Kanun mülga m.65⁴ ile benzer amacı ve işlevi haiz kısa çalışma kabul edildiği halde, 2008 global finans krizi örneğinde olduğu gibi, ücretsiz izin uygulamaları güncelliğini korumaya devam etmektedir. Bunda kısa çalışma uygulamasına başvuru ve ödeneğe hak kazanma koşullarının görece katı düzenlenmiş olması etkilidir⁵. Ancak kısa çalışmanın uygulama koşulları ne derece gevşetirse gevşetilsin, ödeneğe hak kazanma şartları işsizlik ödeneği ile aynı kaldığı sürece, ücretsiz izin, artık her 10 yılda bir iki defa meydana gelmesi olağanlaşan ekonomik krizlerin iş huku-

kundaki ikiz kardeşi kalmaya devam edecektir. Çünkü işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarının zorluğu dikkate alındığında, kısa çalışma, uygulandığı işyerlerinde birçok işçi hakkında ücretsiz izin vasfını kazanmaktadır. Dolayısıyla bu işçiler hakkında İş Kanunu m.22 ile sağlanan koruma, haklı bir menfaat bulunmaksızın bertaraf edilmiş olmaktadır.

Mevzuatımızda ne 1475 ne de 4857 sayılı Kanun döneminde, ücretsiz izni düzenleyen açık bir hüküm vardır. Konu öğretisi görüşleri ve Yargıtay içtihatları ile şekillenmiştir. Yargıtay'ın konuyla ilgili 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihatları genel olarak uygun görülmüştür. Ancak Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanun döneminde geliştirdiği içtihadını, 4857 sayılı Kanun döneminde aynen sürdürmesi, bazı esaslı noktalarda haklı eleştirilere neden olmuştur. Çünkü İş Kanunu'nun çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen 22. maddesi, ücretsiz izinler hakkında doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Ücret, işçi açısından en esaslı iş şartıdır ve işverenden kaynaklanan nedenlerle hiç ya da eksik ödendiği her durum, m.22 kapsamında çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik oluşturur⁶. Buna rağmen Yargıtay, aşağıda in-

celeneceği üzere, ücretsiz izin uygulamasının işveren açısından geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığı ayırımına giderek, geçerli nedene dayanan hallerde işçinin bu uygulamaya karşı olumsuz iradesini haklı feshi olarak değerlendirmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin onaması ile kesinleşen inceleme konusu yerel mahkeme kararı, ücretsiz izne ilişkin iki önemli hususun incelenmesi bakımından vesile oluşturmaktadır. Bunlardan ilki, ücretsiz izin uygulamasının işin ve işyerinin gereklerine dayandığı, işverenin haksız feshini perdeleme gibi bir kötünietinin olmadığı durumlarda, işçinin iradesinin ne derece etkili olduğudur. Başka deyişle işçinin böyle bir uygulamayı reddetme hakkı var mıdır? İkincisi ise, toplu iş sözleşmelerinde ücretsiz izni düzenleyen hükümlerin niteliği ve dolayısıyla işveren ile işçi sendikasının yapacakları kolektif bir kararlaştırmanın, işçilerin bireysel iradelerinin yerini alıp almayacağıdır.

II. Uyuşmazlık Konusu Olay ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

İnceleme konusu yerel mahkeme kararından, davalı işverenin, 2008 global finans krizi ertesinde ortaya çıkan genel olumsuz tablodan, sürüm ve satış olanaklarının azalması ile bazı bölümlerde stok fazlalığı şeklinde kendi işyerinin de etkilendiği gerekçesiyle ücretsiz izin uygulamasına karar verdiği, tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinin 35. maddesinin ücretsiz izinleri düzenlediği, konuyla ilgili toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikası yetkilileri ile yapılan görüşme sonucunda 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolünün imzalandığı anlaşılmaktadır. Protokolde, işyerinde stok fazlalığı bulunan birimlerde çalışan ve sendika üyesi olarak ya da dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanan 195 işçinin, toplu iş sözleşmesi m.35 uyarınca 10.03.2009 - 08.06.2009 tarihleri arasında üç ay süre ile ücretsiz izne çıkarılması kararlaştırılmıştır. Bu protokol üzerine işveren, ücretsiz izin uygulamasını işçilere yazı ile bildirmiştir.

İşçiler ise, işverenin yazılı bildiriminin üzerine şerh düşmek suretiyle mi, yoksa bağımsız bir yazı ile mi olduğu anlaşılacak şekilde birlikte, ücretsiz izin uygulamasını kabul etmediklerine ilişkin cevaplarını, işverene yazılı olarak vermişlerdir. Kararda, işçilerin ücretsiz izni ret cevabı karşısında işverenin takındığı tavır hakkında açık bir bilgi yoktur. Ancak karardaki anlatımdan, işçilerin ücretsiz izni ret cevabı ile yetinmedikleri, aynı gün kendi el yazıları ile hazırladıkları fesih bildirimlerini işverene topluca sunarak kıdem tazminatı ödemesi talebinde buldukları anlaşılmaktadır. İşveren, bu bildirimler çerçevesinde işçilerin çıkış işlemlerini yapmış ve kıdem tazminatı ödemiştir. İşçiler, işverenin kıdem tazminatı ödemesinde imzalanmasını istediği ibranameleri, ihbar tazminatına ilişkin şerh düşmek suretiyle imzalamışlardır. Mahkeme kararında işçilerin topluca "istifa dilekçesi ile işten ayrıldıkları(ndan), kendilerine kıdem tazminatının ödenmesini istedikleri"nden söz edilmekteyse de, ibranameyi ihbar tazminatı konusunda şerh düşerek imzalamaları ve sonrasında da ihbar tazminatı konusunda seri davaları açmaları, fesih iradeleri konusunda tereddüde neden olmaktadır.

Kararda, ücretsiz iznin işçi ve işverenin anlaşması ile uygulanabileceği, işçinin bu uygulamayı reddetme hakkının bulunduğu ancak bu ihtimalde iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedilmiş sayılacağı, dolayısıyla kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte ihbar tazminatı ödenmesinin gerekmeyeceği tespit edilmiştir. Yerel mahkemeye göre, ücretsiz izinde 6 aya kadar olan süreler makul olup, bu süreyi aşan bir uygulama, işçi tarafından kabul edilse dahi, işverenin fesih iradesini saklaması olarak değerlendirilebilir. Ancak somut olayda ücretsiz iznin, genel ekonomik kriz sonucu pazar daralması ve stok fazlalığı nedenleri ile toplu iş sözleşmesi m.35 uyarınca işçi sendikası ile yapılan protokol çerçevesinde 195 işçi hakkında ve 3 ay süreli kararlaştırılması karşısında, davalı işverenin kötünietli olduğundan söz edilemez; bu nedenle davacının ücretsiz izni kabul etmemesi, iş sözleşmesinin kendisi tarafından haklı nedenle

Ücretsiz izin uygulaması, işverenin yönetim hakkının kapsamı dışındadır.

bildirimsiz feshi sonucu doğurur. İşçinin bildirimli feshinde ise, ihbar tazminatı hakkında söz edilemez.

Yerel mahkeme kararında, davacının iş sözleşmesinin sona ermesi sürecinin yukarıda özetlendiği şekilde ortaya konulup, bu olayı esas alan hukuki değerlendirmelerde bulunulmasından, dava konusu olayın, 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolü üzerine işten topluca ayrılan işçilerce açılmış seri davalarla aynı olduğu izlenimi doğmaktadır. Buna karşın kararın en başında davacının 03.12.2002 tarihinde çalışmaya başladığı ve iş sözleşmesinin 15.12.2008'de sona erdiği bildirilmiştir. Karardan, 15.12.2008 sona erme tarihinin yazım hatasına dayanıp dayanmadığını kesin olarak söylemek mümkün değildir. Ancak iki tarihin ay ve yıl olarak açıkça farklı olduğu dikkate alındığında, davacının iş sözleşmesinin 15.12.2008'de sona erdiği söylenebilecektir. İş mahkemesinin somut davayı, hatalı olarak 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolü ertesinde yaşanan gelişmeler kapsamında değerlendirmesi, bu davanın da seri davalar ile birlikte açılmasından kaynaklanmış olabilir. Ancak böyle bir hata, davanın hukuki değerlendirmesi açısından esaslı farklılığa neden olmaktadır. Çünkü çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin işçinin kabulüne bağlı ise de, toplu iş sözleşmesi kapsamında gidilecek bir uygulamanın tabii olduğu hukuki koşullar görece farklıdır.

Bu nedenle aşağıda ilk ihtimalde, davacının iş sözleşmesinin 15.12.2008'de işçi sendikası ile yapılan bir protokol olmaksızın, işverenin ücretsiz izin teklifini kabul etmemesi üzerine sona erdiği kabul edilerek değerlendirmede bulunulacaktır. İkinci ihtimal olarak da, davacının iş sözleşmesinin yerel mahkeme kararında tespit edilen 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolü ertesinde yaşanan gelişmeler kapsamında sona erdiği kabul edilecektir.

III. Çalışma Koşullarında İşçi Aleyhine Esaslı Değişiklik Olarak Ücretsiz İzin

Ücret, iş karşılığıdır ancak işçi, işverenden kaynaklanan ve İş Kanunu m.24/III kapsamında zorunlu sebep oluşturmayan nedenlerle çalışmadığı hallerde, alacaklı temerrüdü çerçevesinde ücrete hak kazanır (BK. m.325, TBK. m.408). İşveren, işletme riski uyarınca bu gibi hallerde katlanmak zorundadır. Yasal durum işçi lehine olmakla birlikte, bunun iş ilişkisinin devamlılığının korunması için her zaman isabetli olduğu söylenemez. İşçinin ücretinden başka, çalıştığı iş, dolayısıyla işyerinin devamlılığında da menfaati vardır. Bu kapsamda ücretsiz izin uygulaması, başta ekonomik kriz gelmek üzere çeşitli nedenlerle işyerinde kısmen ya da tamamen faaliyete ara verilmesinin gerektiği hallerde, iş sözleşmelerinin feshi yerine ayakta tutulması için önemli bir hukuki araçtır. Ücretsiz izin ile alacaklı temerrüdü ilkesinden ayrılmakta ve geçici ifa engeli oluşturan nedenin devam ettiği dönemle sınırlı olarak iş sözleşmesinin asli unsurları iş görme ile ücret ödeme borçları askıya alınmaktadır⁷.

Ücretsiz izin uygulamasında işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesindeki menfaatine rağmen, ücretin işçi açısından iş sözleşmesinin asli konusunu oluşturduğu dikkate alındığında, ücret konusunda işçi aleyhine sonuçları olan her türlü işverenlik işlemi ve bu arada ücretsiz izin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturur. Dolayısıyla ücretsiz izin uygulaması, işverenin yönetim hakkının kapsamı dışındadır; işin ve işyerinin gereklerine dayansa ve feshin önlenmesi açısından işçi lehine olsa dahi, ancak işçinin onayı ile bağlayıcı hale gelir⁸.

1. 1475 sayılı Kanun döneminde

1475 sayılı İş Kanunu'nda çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Yargıtay'ın bu kanun döneminde verdiği kararların incelenmesinden, iki farklı yönde karar verdiği tespit edilmektedir. Kararların önemli bir kısmında, işçinin onayı olmaksızın uygulanan ücretsiz iznin, işverenin haksız feshi niteliğinde olduğu ve dolayısıyla

işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı kabul edilmektedir. Örneğin, “Dairemizin öğretide benimsenen uygulamasına göre, ücretsiz izne çıkarılmak hizmet sözleşmesinin feshi anlamına gelir. Yeter ki bu konuda taraflar arasında anlaşma bulunsun. Bir başka anlatımla davacı işçinin açık bir iradesi olmadan, somut olayda olduğu gibi uzunca bir süre ücretsiz izne çıkarılması işe son verme anlamı taşır.”⁹ Buna karşın bazı kararlarında ise, ücretsiz iznin işçi tarafından kabul edilmemesinin, işçinin haklı nedenle feshi anlamına geldiği ve bu nedenle işçinin kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte ihbar tazminatı talep edemeyeceği görüşü bildirilmiştir. Örneğin, “...işin yürütülmesinin güçlüğü nedeni ile davalı işverenin davacı ile birlikte birçok 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 feshettiği kabul edilmelidir.”¹⁰

Öğretide Engin, ücretsiz izne ilişkin ilk bakışta çelişkili gözükken bu ikili ayrım hakkında, “Yargıtay, eski yasa döneminde geliştirdiği içtihadıyla ... 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.”¹¹ şeklinde görüş bildirmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkemenin 1475 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarda, işverenin ücretsiz izin uygulamasındaki gerçek iradesine değer verdiği ve bu konudaki değerlendirmesinde, işvereni ücretsiz izne sevk eden işletmesel neden ile ücretsiz izin süresinden hareket ettiği görülmektedir. Böyle bir değerlendirmede her somut olayın kendisine özgü şartları belirleyici olduğundan ve bunların Yargıtay kararlarına tam olarak yansımaları mümkün bulunmadığından, genel bir bakışta Yargıtay kararlarının özellikle ücretsiz izin süresi bakımından birbirleriyle uyumlu olduğundan söz edilemeyecektir.

Öğretide Taşkent, Yargıtay’ın 11 ay, 8 veya 6 aylık ücretsiz izin sürelerini, bunun geçiciliği

bakımından sorgulamadığını, buna karşın işçinin kabulü ile uygulanmaya başlanan ücretsiz izinde 3 aylık ve bir olayda da 52 günlük süreyi, askı süresinin uzaması olarak nitelendirdiğini, dolayısıyla askıya alma konusunda işçi ile işverenin iradelerinin birleşmesini zorunlu ve yeterli gördüğünü tespit etmiştir¹². Yazar, haklı olarak ücretsiz izin uygulamasında hakkın kötüye kullanılmaması ve ekonomik kriz geçtikten sonra işçinin tekrar işe alınmasını veya bu uygulamaya iyiniyet ve samimiyetle dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir sürede başvurulabilmesi şeklindeki sınırlandırmaların soyut ve soruna net bir çözüm getirmekten uzak olduğunu ifade etmiştir¹³.

Ancak 1475 sayılı Kanun dikkate alındığında, yüksek mahkemenin bu dönemdeki içtihadı ilk bakışta tutarlılık arz etmemekle birlikte isabetli görülmelidir. Bu Kanunda, işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikleri hakkında bir düzenleme bulunmadığından, işveren böyle bir değişiklik yaptığında, işçinin önünde iki seçenek vardır¹⁴: Değişikliği açık ya da örtülü bir irade açıklaması ile kabul etmek ya da iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz feshetmek. Üçüncü bir seçenek olarak işçinin değişikliği ret ile mevcut şartlarda çalışmasını sürdürmesi, işverenin takdirine bağlıdır. Kanunda konuyla ilgi tek düzenleme işçinin haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkının düzenlendiği m.16’dır. Buna göre, “yahut iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa” (m.16/II, e), işçinin haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı vardır. Bu durumda işçinin kıdem tazminatı hakkı bulunduğu halde, işçi, ihbar tazminatı talep edemez.

Bu mevzuat karşısında, Yargıtay’ın Medeni Kanun m.2’deki dürüstlük kuralından hareket ederek, işverenin işin ve işyerinin gereklerine dayanmayan, ücretsiz izin görümümü altındaki fesih uygulamalarına karşı set çekmesi ve bu şekilde kötüye kullanmaları işverenin usulsüz feshi olarak değerlendirmesi yerindedir. Öğretide haklı olarak tespit edildiği üzere¹⁵, uygulamada iş sözleşmesinin feshinden doğan tazminat ve diğer yükümlülüklerden kurtulmak isteyen bazı işverenler, fesih iradelerini sözde ücretsiz izne çıkarma işlemi ile perdelemekte ve

bu surette işçiyi feshe zorlamaktadırlar. Çünkü belirli bir süre ücretinden mahrum kalan işçi, başka bir iş bularak çalışmaya başlamak zorunda kalmakta ve dolayısıyla sözleşmeyi işçi feshetmiş olmaktadır. Yargıtay, 03.04.1995 tarihinde ücretsiz izne çıkarılan işçinin, 6 ay sonra 16.10.1995 tarihinde yeni bir işte çalışmaya başlaması üzerine, işverence aynı gün işe davet edildiği bir olayda, yerinde olarak işverenin ücretsiz izne çıkarma işlemini haksız fesih olarak kabul etmiştir¹⁶. Çünkü 6 aylık bir ücretsiz izin-den sonra, işçinin yeni bir işte çalışmaya başladığı gün yapılan işbaşı çağrısı, hayatın olağan akışına uygun düşmez, kötünietlidir.

Dürüstlük kuralı gibi genel bir ilkeye dayanan yargı denetiminde, örneğin ücretsiz iznin süresi bakımından her somut olayda farklı sonuçlara ulaşılması doğaldır. Çünkü böyle bir denetimde süre ya da diğer şartlar bakımından somut ölçütler olmadığından, her bir olayı kendi şartları bağlamında değerlendiren hakim, kötüye kullanmanın takdirinde farklı sonuçlara ulaşabilecektir. Bu nedenle Taşkent'in, ücretsiz izin uygulamasında geçicilik koşulunun çok daha belirgin biçimde ortaya konulması gerektiği görüşüne katılmamak mümkün değildir¹⁷.

2. 4857 sayılı Kanun döneminde

4857 sayılı Kanun'da, 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikleri düzenlenmiştir (m.22). Bu hüküm ile işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikleri belirli bir usul ile sınırlandırılmış, işçinin kabulü olmayan değişikliklerin işçi açısından bağlayıcı hale gelmeyeceği öngörülmüştür. Bu surette, işçiye kabul ya da fesih seçeneğinden başka, değişikliğe karşı hayır diyebilme imkanı verilmiş olmaktadır. Böylelikle çalışma koşullarını esaslı şekilde değiştirmek isteyen işveren, işçiyi feshe zorlayamamakta, fesih riski kendisinde kalmaktadır¹⁸. Bu nedendir ki, 4857 sayılı Kanun'da işçinin haklı nedenle fesih hakkının düzenlendiği m.24/II'de, 1475 sayılı Kanun m.16/II, e bendindeki "iş şartları esaslı bir tarzda değişirse" hükmüne yer verilmemiştir. Bunun pratik sonucu, işçinin kıdem tazminatın-

dan başka, ihbar tazminatı ile işe iade davası haklarının temin edilmesidir.

Mevzuattaki bu isabetli gelişmeye rağmen, Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihadını, 4857 sayılı Kanun döneminde de sürdürmesi, kabul edilemez¹⁹. Buna rağmen Yargıtay yeni dönemde verdiği kararlarda da, işçinin ücretsiz izin uygulaması hakkındaki kabulünün sözlü veya zımni şekilde olabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.10.2006 tarih ve 24775/26831 sayılı kararına göre, "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."²⁰

İş Kanunu m.22 kapsamında işçinin ücretsiz izin uygulaması hakkındaki kabulünün mutlaka ilk fıkradaki yazılı usulde olması gerekip gerekmediği ve dolayısıyla işçinin zımni kabulünün mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, ücretsiz izin uygulaması, İş Kanunu m.22/1 uyarınca işverence işçiye yazılı şekilde önerildiği ve işçi tarafından bunun altı işgünü sürede yazılı şekilde kabul edildiği takdirde işçi açısından bağlayıcı hale gelir, bunun dışında sözlü ya da zımni kabulden söz edilemez²¹. Buna karşın Taşkent, İş Kanunu m.22/2 hükmü uyarınca, işçinin ücretsiz izin konusundaki onayının sözlü ya da zımni olabileceğini, ancak işçinin ücretsiz izin önerisinin işçiler tarafından kabul edilememeye ihtimalinin bulunduğu veya sözlü önerinin reddedildiği durumlarda ya da ispat sorunu yaşamak istemeyen işverenlerin ilk fıkradaki yazılı süreci işletebilecekleri görüşündedir²².

Kanunların gerekçesi, ilgili hükmün yorumlanmasında bağlayıcı olmamakla birlikte, düzenlemenin amacının tespitinde yol gösterici niteliği yadsınamaz. Buna göre, İş Kanunu m.22'nin gerekçesinde, ikinci fıkradaki "Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler." hükmü hakkında bir açıklık yoktur. Gerekçeye göre, "Bu kanunda benimsenen önemli bir yenilik, işverene belirli koşullarla...çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin tanınmış olmasıdır." Diğer

İş Kanunu m.22 salt usuli bir maddedir, işverenin değişiklikteki amacının hukuken yerinde olup olmadığı ile ilgilenmez.

yandan bir kanun maddesi, bir sistem dahilinde bütündür, içerdiği hükümlerin birbirleriyle çelişmeyecek şekilde yorumlanması gerekir. Bu tespitler ışığında, İş Kanunu m.22'nin 1. ve 2. fıkralarının birbirinden bağımsız olarak değerlendirildiği ihtimalde, çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerin ilk fıkradaki yazılı usulden başka, ikinci fıkra uyarınca sözlü hatta, zımni şekilde ortaya çıkan bir anlaşma ile yapılabileceğinden söz edilebilir. Çünkü ikinci fıkrada, sadece anlaşarak değiştirmeden söz edilmekte, bunun şekline bir kısıt getirilmemektedir. Ancak böyle bir yorum tarzı, İş Kanunu m.22'nin gerekçesinde ortaya konulan çalışma koşullarında değişikliğin, işçi lehine olarak ancak belirli bir usulde yapılabilmesi amacı ile çelişmektedir. Bu nedenle her iki fıkranın birlikte değerlendirmeye tabi tutulması, ikinci fıkradaki anlaşarak değiştirmenin ancak ilk fıkradaki usul dairesinde mümkün olduğunun kabulü isabetli olacaktır. Aslında İş Kanunu m.22'de 2. fıkra genel esası ve 1. fıkra da değişiklik usulünü ortaya koyduğundan, hükümde ikinci fıkranın ilk fıkra olarak yer alması gerekirdi²³.

Ancak çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin uygulamasında işçinin onayının, ister münhasıran İş Kanunu m.22/1'deki yazılı usulde isterse de sözlü ya da zımni olabileceği kabul edilsin, 4857 sayılı Kanun ile işverenin, işçinin onayını almaksızın çalışma koşullarında değişiklik yapabilmesinin yolu kesin olarak kapatılmıştır. Bu çerçevede işçinin ücretsiz izin önerisini kabul ettiğini ispat yükü işverende olup, bu hususu tereddüde yer bırakmayacak şekilde ispat etmesi gerekir. Dolayısıyla artık işverenin ücretsiz izin teklifinden sonraki süreçte işçinin dava açması, ilke olarak iş sözleşmesini feshi olarak değerlendirilemez. Bu nedenle inceleme konusu karardaki, "...işçinin ücretsiz izin süresi içerisinde ücretsiz izin

uygulamasını kabul etmemesi ve daha sonra dava açması, iş akdinin işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği sonucu doğurur..." gerekçesi, 1475 sayılı Kanun dönemine aittir. Mahkemece, bu gerekçe hakkında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin emsal olduğu belirtilen bir kararına atıfta bulunulmuşsa da, aşağıda inceleneceği üzere Yüksek Mahkemenin bu kararı, ücretsiz izin toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikası ile yapılan protokol uyarınca uygulandığı bir olay hakkındadır.

İş Kanunu m.22 ile çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin işçinin kabulü şartına bağlanmasının bir diğer sonucu, işverenin ücretsiz izin uygulamasındaki amacı, bu kapsamda inceleme konusu kararda işaret edildiği üzere kötüniyetli olup olmadığının esasa bir etkisi yoktur. Ücretsiz izin gerçekten işin ve işyerinin gereklerinden kaynaklansa, geçiciliği bakımından amacına uygun kısa bir süre ile sınırlandırılmalı ve İş Kanunu m.22/1'deki usulde işçiye teklif edilse dahi, böyle bir uygulama onayı olmayan işçiyi bağlamaz²⁴; bunu kabul etmeyen işçi açısından sadece bir öneri olarak kalır. İşverenin, buna rağmen ücretsiz izni eylemli biçimde uygulaması iş sözleşmesinin haksız feshini oluşturur ve ihbar ile kıdem tazminatından başka, koşulları varsa işe iade gündeme gelir.

İşverenin çalışma koşullarındaki işçi aleyhine esaslı değişiklik usulünün düzenlendiği İş Kanunu m.22 ile amaçlanan, işveren böyle bir uygulamaya gittiğinde, 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak fesih riskinin kendisine yüklenmesi ve bu surette ihbar tazminatı dışında, asıl olarak iş güvencesi sisteminin bütünlüğünün sağlanmasıdır²⁵. Bu anlamda İş Kanunu m.22 salt usuli bir maddedir, işverenin değişiklikteki amacının hukuken yerinde olup olmadığı ile ilgilenmez. Değişikliğin amacı, işçi tarafından bu kabul edilmeyip işverence fesih yoluna gidildiğinde önem arz eder. İş Kanunu m.22/1'in ikinci cümlesinde bu husus vurgulanmıştır. Bu nedenle, öğretilerdeki "...işverenin ücretsiz izin uygulamasının iş akdini feshetme iradesini gizleme amacıyla yapıldığının hiçbir şekilde söylememeyeceğinin açık olduğu bir durumda ücretsiz izne çıkarma, işverenin iş akdini feshetmesi

olarak değil; işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi olarak yorumlanmalı ve işçinin ihbar tazminatı hakkının doğmadığı, sadece kıdem tazminatı alacağına doğduğu sonucuna varılmalıdır.” görüşüne²⁶ iştirak edilememiştir.

Buraya kadar tespit edilenler uyarınca Yargıtay’ın 1475 sayılı Kanun dönemindeki, işverenin haksız fesih iradesini gizleme amacı taşımayan, işyerinin ve işin gereklerine dayalı ve geçici süreli ücretsiz izin uygulamalarının işçi tarafından kabul edilmemesinin, işçinin haklı nedenle bildirimsiz feshi oluşturduğu içtihadının, İş Kanunu m.22 ile uygulanabilirliği kalmamıştır. Öğretide bu konuyla ilgili verilen örnek kararlar, 1475 sayılı Kanun dönemine aittir. Ancak 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonraki ilk bir kaç yılda, 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihadın sürdürüldüğü görülmektedir (Konusu olayın, 4857 sayılı Kanun’un yürürlük döneminde geçtiği davalar hakkında). Örneğin “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.”²⁷ Yine, “...davacı işçinin her yıl bir ay kadar çalışmasının kayıtlı olmadığı görülmektedir. Davacının söz konusu ara vermelerinin vize yetersizliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı dosya içeriğinden anlaşılammaktadır. Önceki ara vermeler de vize yetersizliğinden kaynaklanmakta ise, son olarak ücretsiz izne çıkarılmasının fesih olarak değerlendirilmesi doğru olmaz. Davacının önceki yıllarda da benzer şekilde çalışıp çalışmadığı belirlenerek; ücretsiz izne çıkarılmasının fesih niteliğinde olup olmadığı saptanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Şayet, ücretsiz izne çıkarılmanın vize yetersizliğine bağlı olarak önceki yıllarda da yapıldığı söz konusu ise fesihten söz edilemeyeceğinden ücretsiz izin süresine ait ücretin hüküm altına alınması doğru olmaz.”²⁸ Bu iki kararın dikkati çeken yönü, her ikisinin de kamu işverenleri hakkında olmasıdır.

Ancak Yargıtay’ın görece yakın tarihli kararlarında, “Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygula-

ma, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.”²⁹ ve “Ücretsiz izne çıkarılan davacı işçinin bir başka yerde iş bulması bu somut hukuki olguyu değiştirmez.”³⁰ görüşü yer almaktadır. Bu çerçevede Yargıtay’ın 1475 sayılı Kanun’un şartlarına uygun olmakla birlikte, İş Kanunu m.22’nin açık düzenlemesi karşısında uygulama kabiliyeti kalmayan içtihadından döndüğünü ve ücretsiz iznin işçi bakımından bağlayıcı hale gelmesi için, bu uygulama işyeri ve işin gereği olsa dahi, işçinin onayı şartını aradığını söylemek mümkündür.

3. Ücretsiz izin önerisinin reddine rağmen verilen istifa dilekçesi

Buraya kadar tespit edilen bilgilerden hareket edildiğinde, inceleme konusu olayda, davacı işçinin iş sözleşmesinin ücretsiz izin uygulaması hakkında işçi sendikası ile bir protokol olmaksızın 15.12.2008 tarihinde sona erdiği kabul edildiğinde (kararda geçen diğer tüm şartların aynı olduğu varsayımı ile), yerel mahkeme kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. Mahkeme kararında İş Kanunu m.22’ye uygun olarak “... tarafların anlaşması ve işçinin buna rıza göstermesi ile işyerinde ücretsiz izin uygulaması yapılabilir. İşçinin iş koşullarındaki ağırlaşmayı ya da ücretsiz izin uygulamasını reddetme hakkı vardır.” tespitinden sonra, 1475 sayılı Kanun dönemindeki uygulamayı yansıtır biçimde, “Bu durumda iş akdi işçi tarafından haklı sebeple feshedilmiş sayılır.” görüşü çelişkilidir. İş Kanunu m.22’nin açık düzenlemesi karşısında, çalışma şartlarında aleyhe esaslı değişiklikler, ister 1. fıkradaki yazılı usulde, isterse de bazı yazarlar tarafından savunulduğu üzere, 2. fıkradan hareketle sözlü ya da zımnî olsun, onayı olmaksızın işçiyi bağlamaz.

Kararda devamlı, ücretsiz iznin 3 ay süreyle ve stok fazlalığı olan bölümlerde çalışan 195 işçiyle sınırlı uygulanması nedeniyle işverenin kötüniyetinden söz edilemeyeceği belirtilmişse de, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz iznin geçerli nedenlere dayanıp dayanmaması ve işverenin iyiniyetli olup olmaması, işçiyi bağlayıcılığı bakımından İş Kanunu m.22 uyarınca esasa etkili değildir. Davacının ücretsiz izin süresinin sonunu beklemeden, bu uy-

gulamayı kabul etmediği ve bu konuda imzalı beyanda bulunduğu tespitine karşın, işçinin kabul etmediği ve hatta ret iradesini işverene yazılı olarak bildirdiği durumda, artık ücretsiz izin uygulamasının yürürlüğe girdiğinden, işçi-yi bağlayıcı hale geldiğinden söz edilemez.

Maddi ve hukuki durum böyle olmakla, işverenin ücretsiz izin uygulaması önerisinin yazılı olarak reddedilmesinden hemen sonra verilen yazılı fesih bildiriminin değeri nedir? Bu konuda davacı, işverence kıdem tazminatı ödemesinin istifa dilekçesi verilmesi şartına bağlanarak manevi baskı yapıldığını ve bu nedenle kendisi ve diğer işçilerin işveren tarafından dikte ettirilen istifa dilekçelerini topluca verdiklerini iddia etmiştir. Davalı ise, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davacının fesih bildiri ile sona erdiğini ve hak kazandığı kıdem tazminatının kendisine ödendiğini, davacının sözleşmeyi fesheden taraf olmakla, ihbar tazminatı talep edemeyeceğini savunmuştur. Mahkemece, "...istifa dilekçesi verilmemiş olsa bile işçinin ücretsiz izin süresi içerisinde, ücretsiz izin uygulamasını kabul etmemesi ve daha sonra dava açması, iş akdinin işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği sonucu doğurur ve davacı işçi yönünden ihbar tazminatı hakkı doğmaz." görüşü bildirilerek, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin emsal olduğu bildirilen bir kararına atıfta bulunulmuştur.

Yerel mahkemenin bu görüşünün isabetli olmadığını düşünüyoruz. Çünkü davacı işçinin ücretsiz izin önerisini kabul etmediğini işverene yazılı olarak bildirdiği kararda açıkça geçmekle, bu uygulamanın davacı açısından bağlayıcı hale geldiğinden söz edilemez. Bu nedenle davacının ödenmeyen ihbar tazminatı için dava açması, iş sözleşmesini fesih iradesi anlamına gelmez. Ücretsiz izin önerisini kabul etmeyen davacıya kıdem tazminatı ödendiği tarih itibarıyla, iş sözleşmesinin işveren tarafından ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandırır biçimde feshedildiğinin kabulü gerekir. Mahkemece atıfta bulunulan Yargıtay kararı, (ücretsiz iznin, sendika ile yapılan bir protokol olmaksızın uygulandığı ihtimalde) somut olay açıdan emsal olamaz. Çünkü Yargıtay kararına konu olayda ücretsiz izin, bir toplu iş sözleşmesi hükmü çerçevesinde işçi sendikası ile işveren arasında

yapılan protokol çerçevesinde uygulanmıştır. Hemen aşağıda ele alınacağı üzere, böyle bir protokole dayanan ücretsiz izin uygulaması, işverenin tek tek işçilerin onayına başvurusu şeklindeki bireysel uygulamadan farklı bir hukuki rejime tabidir.

Diğer yandan, davacının işverene verdiği istifa dilekçesine şüphe ile yaklaşılmalıdır. İşverenin ücretsiz izin önerisini yazılı şekilde reddeden işçinin, ayı gün istifa ile işten ayrılması ve özellikle birçok işçinin bu şekilde topluca hareket ettikleri dikkate alındığında, davacının manevi baskı iddiasıyla ilgili haklı bir şüphe yaratmaktadır. Memur hukukuyla ilgili bir kavram olan istifa, iş hukuku uygulamasında işçinin İş Kanunu m.17 çerçevesinde bildirimli fesihleri için kullanılmaktadır. Bu bakımından, inceleme konusu kararda istifa teriminin özenli kullanılmadığı, işçinin İş Kanunu m.24/II'ye dayanan haklı fesih bildiri yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak uygulama gerçekleri nazara alındığında, işçinin m.24/II'ye dayanan fesihlerinde, bir dava olmaksızın kıdem tazminatı ödeyen işveren yok denecek kadar azdır; bu nedenle işçilerin topluca fesih bildiriminde bulunmalarında, işverenin kıdem tazminatı ödemesi şartını ileri sürerek onları yönlendirdiği söylenebilecektir. İşçilerin iş sözleşmelerini ne İş Kanunu m.17 ne de m.24/II çerçevesinde feshetme iradelerinin bulunmadığının bir başka göstergesi, kıdem tazminatı ödemesinde işverence imzalanması istenen ibranameleri, tütünün ihbar tazminatı hakkında şerh düşerek imzalamalarıdır.

Özel hukuka hakim olan irade teorisi, iş hukukunda daha bir önem arz eder. Çünkü iş ilişkisinde işverenin işçilere karşı ekonomik yönden baskın rolü, işçilere birçok olayda gerçek iradelerini yansıtmayan işlemler yaptırabilmektedir. Yargıtay'ın haklı olarak belirttiği üzere, "İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur, işverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir."³¹ Somut olayın özetlenen şartları

dikkate alındığında, davacı ve diğer işçilerin topluca verdikleri bildirimlerin, fesih iradelerini yansıtmadığı söylenebilecektir.

Sonuçta, davacının iş sözleşmesinin ücretsiz izin uygulaması hakkında sendika ile bir protokol olmaksızın 15.12.2008 tarihinde sona erdiği kabul edildiğinde, inceleme konusu karardaki işçinin haklı feshi nedeniyle ihbar tazminatı talep edemeyeceği görüşüne katılmıyoruz. Ücretsiz izin konulu yazılı önerinin, işçi tarafından yine yazılı olarak reddi üzerine, işverence kıdem tazminatı ödenmek suretiyle taraflar arasındaki iş sözleşmesi feshedildiğinden, davacının ihbar tazminatı talep hakkının olduğunun kabulü gerekir. Bu noktada, işçilerden topluca alınan ve irade fesadına dayanan fesih bildirimlerine hukuken değer verilemeyeceği görüşündeyiz.

IV. Ücretsiz İzin Konusunda Sendika ile Yapılan Protokolün İşçilerin İradesinin Yerine Geçip Geçemeyeceği Sorunu

İnceleme konusu kararda, davacı işçinin işten ayrılma tarihinin hata ile 15.12.2008 yazıldığığının, gerçekte ise, kararda özetlenen maddi olay çerçevesinde, işveren ile işçi sendikası arasındaki ücretsiz izin konulu 25.02.2009 tarihli protokolü takiben, diğer işçilerle birlikte işten ayrıldığığının kabulü halinde, iş sözleşmesinin sona erme şekli hakkında yukarıda yer verilen hukuki değerlendirmelerde değişiklik kaçınılmazdır. Kararda, ücretsiz izin uygulamasına ilişkin protokolün işçiler hakkında bağlayıcılığı üzerinde bir değerlendirmede bulunulmaksızın, ücretsiz izin toplu iş sözleşmesindeki şartlar dahilindeki protokol çerçevesinde uygulandığından, işverenin fesih iradesini gizleme gibi kötüniyetinden söz edilemeyeceği tespitine yer verilmiştir. Yerel mahkeme protokolün bağlayıcılığı hakkında, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.04.2007 tarihli kararına atıfta bulunmakla yetinmiştir.

1. Hukuki durum

Çelik'in 2000 yılında yayımlanan makalesin-

de, "...ekonomik kriz dönemlerinde uygulanmak üzere, toplu iş sözleşmelerinde ücretsiz izne imkan verecek düzenlemelere rastlanmaktadır." tespiti yer almaktadır. Buradan, ücretsiz iznin bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile işverene yetki verilmesi ya da inceleme konusu karardaki gibi, toplu sözleşmedeki bir hükme dayanılarak işveren ile işçi sendikası arasındaki bir protokol çerçevesinde uygulamasının, Türk İş Hukukunda 2001 yılı genel ekonomik krizden sonra başladığı söylenebilecektir. Yazara göre, ekonomik kriz karşısında mevzuat değişikliği dışında başvurulabilecek en önemli araç toplu iş sözleşmesidir³².

Öğretide, ücretsiz iznin işçilerin bireysel onayları dışında, toplu iş sözleşmelerinde bunu düzenleyen bir hüküm varsa, burada öngörülen şartlarda uygulanabileceği kabul edilmektedir³³. Acaba ücretsiz iznin bir toplu iş sözleşmesi düzenlemesi çerçevesinde uygulandığı durumda, bu uygulama, kapsamındaki işçiler hakkında doğrudan bağlayıcı mıdır? Yine toplu iş sözleşmesinde işverene ücretsiz izin hakkında tek taraflı bir yetki verilmesi ile bunun toplu iş sözleşmesindeki hükümden hareketle işveren ile işçi sendikası arasındaki bir protokol çerçevesinde uygulanması arasında bir fark var mıdır?

Demir, "...işletme gereklerine bağlı olarak belirli bir süre ile sınırlı olarak 'işçinin irade özerkliği içinde kullandığı' ücretsiz izin uygulamasına geçilmesinin de, toplu iş sözleşmeleriyle işverene tanınmasında... yarar vardır." görüşündedir³⁴. Yazar doğrudan ücretsiz izinler hakkında değil, ancak ücretsiz izne ilişkin toplu sözleşme hükümlerini de kapsar şekilde, "...toplulu iş sözleşmesinde işçinin onayına gerek duyulmaksızın veya işçinin onayının toplu iş sözleşmeleriyle alınabileceği normatif hükümlerin" inceleneceğinden söz etmiştir³⁵.

Çelik'e göre, "...yararlılık ilkesi ile güdülen amaç, hizmet akdi ile işçiye toplu iş sözleşmesi dışında sağlanmış veya sağlanacak olan hakların saklı tutulması suretiyle işçinin korunmasıdır. Ücretin korunması her şeyden önce işçinin korunması anlamı taşır. Ancak, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işyerini ekonomik çöküntüden kurtarmak ve işçinin işini koru-

masını sağlamak amacıyla düzenlenen toplu iş sözleşmesi hükmünün, işçinin muvafakati koşuluyla, normal zamanda işçi yararına gözüken ücrete ilişkin hizmet akdi hükmü karşısında öncelik kazanarak geçerli sayılması gerektiği sonucuna varılmalıdır³⁶.

Ücretsiz iznin askı niteliği dikkate alındığında, öncelikle bunu ortaya çıkaran hukuki olgunun saptanması gerekmektedir. Ücretsiz izin adı ve bunun işlevi, bunun bir nevi izin olduğu yanılığısına neden olmaktadır. Yukarıda vurgulandığı üzere (III) ücretsiz iznin arkasında, işçinin iş görme edimini geçici süre ile engelleyen ancak İş Kanunu m.24/III'ün kapsamına girmeyen bir ifa imkansızlığı hali vardır³⁷. Böyle bir durumda işçi, işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri (BK. m.325, TBK. m.408) çerçevesinde çalış(a)madığı halde ücrete hak kazanır; çünkü alacaklı temerrüdünü ortaya çıkaran nedenler, işletme rizikosu kapsamında işverenin sorumluluğundadır³⁸. Dolayısıyla ücretsiz iznin hukuki işlevi, işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin yasa hükümlerinden doğan sorumluluğunun kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmasıdır.

Ücretsiz izinlere ilişkin Türk İş Hukukundakine benzer bir tartışma, Alman Hukukunda kısa çalışmalar bağlamında yapılmaktadır. Gerçekten her iki hukuk düzenindeki tartışmanın, hukuki şartlar itibarıyla benzerlik arz ettiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Çünkü Alman Hukukunda işveren, 4447 sayılı Kanun ek m.2'den³⁹ farklı olarak tek taraflı kısa çalışma kararı alamaz, işçilerin bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile kollektif onaylarının alınması gerekir⁴⁰.

Alman öğretisinde, işverenin alacaklı temerrüdünü düzenleyen § 615 BGB (BK m.325) hükmünün yedek hukuk kuralı olduğu ve bu nedenle toplu iş sözleşmelerinde işveren rizikosu esasından ayrılan düzenlemelere yer verilebileceği, örneğin ücret ödemesinin sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir⁴¹. Alman Federal İş Mahkemesine göre, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde işverenin ne zaman ve hangi şartlar dahilinde kısa çalışma uygulayacağı, toplu iş sözleşmesi ile düzenleme konusu yapılabilir. Ancak uygulanabileceği haller, kapsamı,

azami süresi ve diğer şartları hakkında somut sınırlandırmalar olmaksızın işverene kısa çalışma uygulaması yetkisi veren toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir. Çünkü böyle bir yetki, işçileri feshe karşı koruyucu yasal düzenlemeleri etkisiz bırakır⁴². Alacaklı temerrüdüne ilişkin yasal düzenleme (§ 615 BGB) yedek hukuk kuralı olarak toplu iş sözleşmelerinde düzenleme konusu yapılabilirse de, § 615 BGB hükmüne göre işverende olan işletme riskinin toplu sözleşme taraflarınca bütünüyle işçilere yüklenmesi mümkün değildir⁴³.

BK m.325 hükmü nazara alındığında, Alman Hukukuyla ilgili tespit edilenlerin Türk Hukuku içinde geçerli olduğu söylenebilecektir. Gerçekten ücretsiz izin uygulaması ile işveren rizikosu bütünüyle işçilere yüklenmiş olmaktadır⁴⁴. Konuyu askı halinin geçiciliği bağlamında ele alan Süzek, makul süreyi aşan bir ücretsiz izin uygulamasının, İş Kanunu m.24/II e, f hükmündeki ücretin ödenmemesi ve/veya çalışma şartlarının uygulanmaması halleriyle ilgili emredici hükümlerin özüne dokunulması sonucunu doğuracağı görüşündedir⁴⁵. Benzer şekilde, işçinin bireysel onayı olmaksızın uygulanacak bir ücretsiz izinde, işçinin İş Kanunu m.24/II e, f hükmündeki fesih hakkının bertaraf edildiği açıktır. Tüm bu tespitler ışığında, ücretsiz izin döneminde sıfır ücret ödemesi öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerinin işçi hakkında doğrudan bağlayıcı olmadığı, ayrıca İş Kanunu m.22/1 uyarınca işçinin onayına başvurulması gerektiği görüşündeyiz. Bu sonuç, hem toplu iş sözleşmesi ile işverene ücretsiz izin konusunda tek taraflı yetki verilen haller için hem de işçi sendikası ile protokol yapılması şartına bağlandığı haller için geçerlidir. Buna karşın, toplu iş sözleşmesi hükmü çerçevesinde yarı ücret ödemesi gibi ücretin belirli bir oranda ödenmeye devam edildiği ücretsiz izinlerin ise, işçiler hakkında doğrudan bağlayıcı olduğu söylenebilecektir. İşçi, iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması nedeniyle, ücretinin geçici süreyle eksik ödemesine katılmak zorundadır. Böyle bir toplu iş sözleşmesi hükmü normatif nitelikte olduğundan, dolayısıyla işçinin bu uygulamaya karşı haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı olamaz.

2. Yargıtay uygulaması

Konu hakkında Yargıtay kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkemenin ücretsiz iznin toplu iş sözleşmesinde işverene tek taraflı yetki vermek suretiyle uygulanmasını ya da işçi sendikası ile işveren arasındaki bir protokol çerçevesinde uygulamasını, ilke olarak kabul ettiği görülmektedir. Örneğin, “İş yasalarında ücretsiz izin düzenlemesi mevcut değildir, bu kavram Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiştir. Buna göre tarafların karşılıklı anlaşmaları ve Toplu İş Sözleşmeleri ile ücretsiz izin düzenlemesi getirilmesi mümkündür. Ancak buradaki amaç işçinin veya işyerinin zorunlu nedenlerden dolayı yapılan bir uygulama olup, bunun belirli bir zaman sınırlaması ile yapılması mümkündür.”⁴⁶ Yüksek Mahkemenin böyle bir uygulamayı hangi şartlarda geçerli gördüğü ve sınırları hakkında tam bir değerlendirmeyi içeren bir ilke kararı bulunmamaktadır. Ancak yayımlanan kararlarından bazı tespitlerde bulunmak mümkündür.

İnceleme konusu yerel mahkeme ilamında emsal olduğu bildirilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.04.2007 tarihli kararında (dipnot 2), işveren ile işçi sendikası tarafı oldukları toplu iş sözleşmesindeki hükme dayanarak, ekonomik kriz sonucunda işyerinin ve işin gerekleriyle ücretsiz izin uygulaması hakkında bir protokol yapmışlardır. Bu protokol çerçevesinde ücretsiz izni kabul etmeyen işçiler dava açmışlar ve işveren feshine bağlı kıdem ve ihbar tazminatı talep etmişlerdir. Yüksek Mahkeme, işçilerin protokol ertesinde dava açarak iş sözleşmesini haklı fesih iradelerini ortaya koyduklarını, bu nedenle kıdem tazminatı talep edebileceklerini ancak işveren feshine bağlı olan ihbar tazminatı talep haklarının bulunmadığı sonucuna varmıştır⁴⁷. Dolayısıyla Yargıtay'ın, işveren ile işçi sendikasının tarafı buldukları toplu iş sözleşmesindeki yetkiye dayanarak yaptıkları ücretsiz izin konulu protokolün işçileri doğrudan bağladığı, ayrıca kabullerinin gerekmediği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın vardığı bu sonuca göre, ücretsiz izni düzenleyen hükümlerin toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmından olduğu söylenebilecektir. Bu durumda işçi ücretsiz izne uymakla yükümlü olduğundan ve dolayısıyla İş Kanunu m.24/

II kapsamında haklı nedenle bildirimlessiz fesih hakkından edilemeyeceğinden, Yüksek Mahkeme kararı kendi içinde tutarlı olmamaktadır. İşyerinde ücretsiz iznin yürürlüğe girdiği bir ihtimalde, Taşkent'in haklı olarak vurguladığı üzere, işçinin daha sonradan ücretinin ödenmediğini öne sürerek iş sözleşmesini İş Kanunu m.24/II'ye uygun olarak feshedebilmesi mümkün değildir⁴⁸.

Yüksek Mahkemenin önüne gelen bir başka olayda, işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde, ücretsiz iznin ilgili hükümde öngörülen gerekçelerle ve şartlarda işçi sendikası ile yapılacak bir protokol çerçevesinde uygulanabileceği düzenlemesi bulunmaktadır. Buna rağmen işveren, toplu iş sözleşmesi hükümünü dikkate almaksızın ve ayrıca İş Kanunu m.22/1'deki usule uymaksızın, işyerinde 2 ay ücretsiz izin uygulamıştır. Bu uygulamaya karşı dava aşan işçi sendikası, işverenin ücretsiz izin işleminin iptaline karar verilmesini talep etmiş; işveren ise, ücretsiz iznin işçilerle yapılan sözleşmeler çerçevesinde uygulandığını savunmuştur. Yargıtay, “...toplular iş sözleşmesi bulunan bir işyerinde, toplular iş sözleşmesinin yürürlük süresince, toplular iş sözleşmesinden yararlanan işçiler ile toplular iş sözleşmesine aykırı şekilde yapılan hizmet akitlerine değer verilemez.” şeklindeki haklı tespitinden sonra, çelişkili biçimde iki aylık sürede işçilerin ücretsiz izne karşı çıkmayarak bu uygulamayı örtülü biçimde kabul ettikleri gerekçesiyle davanın reddi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁹. Kararı inceleyen Şahlanan, kararda bir yandan işçiler ile toplular iş sözleşmesine aykırı olarak yapılan bireysel sözleşmelerin geçerli olmadığı gerekçesiyle işverenin savunması reddedilirken, diğer yandan işverence uygulanan ücretsiz izne işçilerin itiraz etmediği ve dolayısıyla geçerli olduğu sonucuna varılmış olmasının çelişki oluşturduğunu vurgulamıştır çünkü iş sözleşmesini değiştiren bireysel bir sözleşmenin toplular iş sözleşmesine aykırılığı açısından, bunun yazılı olarak kararlaştırılması ile doğrudan eylemli biçimde uygulanması arasında bir fark yoktur. Yazara göre, “... işyerinde bir toplular iş sözleşmesi bulunması halinde, tarafların açık veya zımni kabulü ile gerçekleştirdikleri ücretsiz izin uygulamasını,

toplu iş sözleşmesinde bu yolda açık bir engelleyici hüküm bulunmaması kaydıyla toplu iş sözleşmesine aykırı bir hizmet akdi hükmü koymak şeklinde değil; İş K. md. 22/son fıkranın bir uygulaması olarak kabul etmek daha isabetli bir yorum tarzıdır.”⁵⁰ Ücretsiz izin konulu toplu iş sözleşmesi hükmünün normatif nitelikte olduğunun kabulü halinde, Şahlanan tarafından vurgulandığı şekilde kararda dayandırılan gerekçeler ciddi çelişki oluşturmaktadır. Yüksek Mahkemenin kararı bir ihtimalde çelişki oluşturmaz; o da, işyerinde ücretsiz izin uygulamasının işveren ile işçi sendikasının öngörülen şartlarda yapacakları bir protokole bağlandığı toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, normatif değil, borçlar hukukuna ilişkin kısmına girdiğinin kabulü halindedir. Bu sonuç ise, konuyla ilgili yukarıda tespit edilen içtihadı ile çelişir.

Yargıtay’ın konuyla ilgili son kararı, ücretsiz izin uygulamasının toplu iş sözleşmesi ile bir protokol yapılması şartına bağlanmadığı, bu konuda işverene tek taraflı yetki verildiği bir olaya ilişkindir: “Davalı işveren tarafından davacı işçinin işe gelmemeyi alışkanlık haline getirdiğinin anlaşılması nedeni ile uyarılmasına ve 2005 yılı Toplu iş sözleşmesinin 27. maddesine istinaden 1 ay ücretsiz izne ayrılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Dosyaya sunulan Toplu İş Sözleşmesinin 27. maddesinin son cümlesi ile işverenin isterse işçiye 90 gün ücretsiz izin verebileceği hükmü getirilmiştir. Toplu İş Sözleşmeleri tarafların özgür iradeleri ile gerçekleştirilmiş ve özerkliği dikkate alındığında uyulması gerekirse de, hakların denkleğinin Medeni Kanununun 2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. İşçi, ücreti ile geçinen kişidir. Keyfi olarak ücretsiz izne çıkartılması iş hukuku tarafından korunmaz. İlgili yazıda her ne kadar işçinin devamsızlık yaptığı belirtiliyor ise de, bunun karşılığı yasalarda ve toplu iş sözleşmelerinde bulunmaktadır. Öte yandan toplu iş sözleşmesinin 27. maddesinde işçinin izne kendi isteği ile ayrılması sebebe bağlanmış ise de, işverenin keyfi bırakılmıştır. Bu durum edimler dengesini bozacak niteliktedir. Somut olayda davacı 14 yıllık bir işçidir. İşveren tarafından keyfi olarak ücretsiz izne çıkartılması, davacı işçi yönünden haklı fesih sebebidir.”⁵¹

Kararda, somut olay bağlamında ilgili toplu iş sözleşmesi hükmünün işçi açısından bağlayıcı olmadığı şeklinde yer verilen gerekçeler isabetli olmakla birlikte, işverence bu hükme dayalı olarak uygulanan ücretsiz iznin işçi açısından İş Kanunu m.24/II kapsamında haklı fesih nedeni oluşturduğu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü ilgili toplu sözleşme hükmünün kötüye kullanıldığı kabulü halinde, işverence uygulanan ücretsiz izin, hukuken haksız fesih niteliğindedir. Buna göre, işçi açısından bir haklı fesih nedeninden değil, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıran bir işveren feshinden söz edilir.

3. İnceleme konusu karar

Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesinin, işveren ile işçi sendikası arasındaki ücretsiz izin konulu 25.02.2009 tarihli protokolü takiben, diğer işçilerle birlikte ücretsiz izni kabul etmemesi üzerine sona erdiğinin kabulü halinde, inceleme konusu yerel mahkeme kararı, Yargıtay’ın konuyla ilgili içtihadına uygundur. Yukarıda tespit edilen nedenlerle (IV, 1) BK m.325 (TBK m.408) uyarınca işverende bulunan işletme rizikosunun bütünüyle işçilere yüklenmesi sonucunu doğuran ücret izin uygulamasının, işçilerin bireysel kabullerine bağlı olduğu, toplu iş sözleşmesinde işverene tanıyan yetki ya da işçi sendikası ile yapılan bir Protokol çerçevesinde uygulanan ücretsiz izinlerin işçiler hakkında doğrudan bağlayıcı bulunmadığı görüşüyle, Yargıtay’ın içtihadına katılmıyoruz. Yargıtay bu uygulaması ile dolaylı olarak iş güvencesi hükümlerini işlevsiz hale getirmektedir. Çünkü ücretsiz izin uygulaması ile işveren rizikosunu bertaraf eden işveren, feshe bağlı külfetlerden kurtulmuş olmaktadır.

V. Sonuç

Ekonomik krizlerin gölgesinde geçen 1990 ve 2000’li yıllarda, iş hukukunun en güncel konularından birisi olan ücretsiz izinler, bir yandan işçilerin işlerini korumalarını temin ederken, diğer yandan işçilerin ücretinden fedakarlıkta bulunmasını gerektirmektedir. Amacı dikkate alındığında işçilerin böyle bir fedakarlıkta bulunmaları gerektiği söylenebilecekse de, ücretin işçi açısından vazgeçilmezliği göz

ardı edilemez. Bu nedenle ücretsiz izin uygulamasını gerektiren hallerde, işverenin işletme rizikosunun işçilere tamamıyla yüklenmesi yerine, her iki taraf arasında makul bir denge de paylaştırılması gerekir. Bu ise, ancak kısa çalışma kurumunu işlevsel hale getirecek değişikliklerin yapılması ile mümkündür. Çünkü kısa çalışmanın işler hale getirildiği durumda, ücretsiz izin uygulamasına fiilen ihtiyaç kalmayacaktır. Bu yolda en somut adım ise, kısa çalışmalarda ödeneğe hak kazanma için, işsizlik sigortasından farklı olarak, ilave şart aranması olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 İnceleme konusu yerel mahkeme ve bunu onayan Yargıtay kararı yayımlanmamıştır. Kararları temin eden Sn. Av. Mesut Ulusoy'a teşekkür ederim.
- 2 Karar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, S. 15, s. 263-264'de yayımlanmıştır.
- 3 Ücretsiz iznin amacı ve özellikle fesihleri önleme işlevi hakkında bkz. Çelik, Nuri: Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarımı Önleyici Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 433; Taşkent, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil, S. 3, Eylül 2006, 20 vd; Eyrenci, Öner: Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S. 5, İstanbul 2001, s. 39; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008, 433 vd; 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 2000, s. 1213 vd; Başterzi, Süleyman: Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. 54, S. 3, s. 63 vd; Engin, Murat: İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin, Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, S. 2, s. 541.
- 4 Kısa çalışma ilk olarak 4857 sayılı Kanun'un 65. maddesi olarak düzenlenmişken, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun m.18 ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmış ve benzeri içerikte bir düzenleme, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek m.2 olarak yürürlüğe konmuştur.
- 5 Kısa çalışma uygulamasının zorlayıcı sebepler dışında, sadece genel ekonomik kriz halleriyle sınırlandırılması, bunun uygulanmasını adeta imkansız hale getirmiş, kurum ile beklenen yarar elde edilememiştir. Bu nedenle kısa çalışma, Torba Kanun olarak bilinen 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun m.73 ile yeniden düzenlenmiş, genel ekonomik kriz dışında, sektörel veya bölgesel kriz hallerinde de kısa çalışma uygulanabilmesi kabul edilmiştir.
- 6 Süzek, s. 434; Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 229; Uşan, M. Fatih: 4857 Sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2009, s. 225 vd.
- 7 Engin, s. 540.
- 8 Süzek, s. 438, 439-440; Taşkent, 23, 27; Engin, s. 543-544; Alp, 229-231; Demir, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması, Sicil, Haziran 2006, S. 2, s. 109; Uşan, Esaslı Değişiklik, s. 231.
- 9 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.04.1998, E.1997/5112, K.1998/7778 (Karar ve incelemesi için bkz. Uşan, Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi, s. 1213 vd.). Benzer yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 08.11.2004, E.2004/7127, K.2004/25124: "Davacı işçinin rızası ve yazılı muvafakati bulunmadan işverence davacının tek taraflı ücretsiz izne çıkarılması eylemleri bir fesih olup, dairemizin yerleşik içtihatlarına göre bu durum davacı işçi açısından iş akdinin haksız fesih halini oluşturur ve işçi ihbar tazminatına da hak kazanır." (www.legalbank.net)
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 06.12.2000, E.2000/13381, K.2000/18384 (Kamu-İş: Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2000-2005, Ankara 2006, s. 262).
- 11 Engin, s. 542.
- 12 Taşkent, s. 24-25.
- 13 Taşkent, s. 26.
- 14 İşverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliklerinin 1475 sayılı İş Kanunu açısından değerlendirilmesi için bkz. Süzek, s. 597; Başterzi, s. 61; Uşan, Esaslı Değişiklik, s. 211-212.
- 15 Süzek, s. 437; Alp, s. 228; Engin, 541.
- 16 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.04.1998, E.1997/5112, K.1998/7778, Uşan, Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi, s. 1213.
- 17 Taşkent, s. 26.
- 18 "4857 sayılı İş Kanununun 22.maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmüştür. Anılan yasal düzenleme ile eski yasa döneminde olduğu gibi işçiyi feshetme zorlayarak ihbar tazminatı ödememenin önüne geçilmek istenmiştir. İşyerindeki sendikalar örgütlenme süreci, üye işçilerin iş sözleşmelerinin fesih edilmesi, davacının görev yerinin değiştirilmeye çalışılması gibi gelişmeler dikkate alındığında görev değişikliğini kabul etmeyen davacının iş sözleşmesinin işverence haksız olarak fesih edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere işveren iş şartlarında esaslı değişikliğe giderek baskı feshi sonucu işçiyi iş sözleşmesini sona erdirmeye yöneltmeye çalışmıştır. İhbar tazminatından kurtulmak amacı da görülmektedir. Bu durum hukuk tarafından korunmaz. İhbar tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalıdır." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.12.2010, 22895/37240, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).
- 19 Engin, s. 543.
- 20 Karar ve değerlendirilmesi için bkz. Şahlanan, Fevzi: Ücretsiz İzin (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Aralık 2007, S. 330 (Hukuk 19), s. 2 vd. Benzer yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.03.2006, E.2005/28789, K.2006/8012, Çalışma ve Toplum, 2006/3, S. 10, s. 185.
- 21 Süzek, s. 434; Alp, s. 229; Uşan, Değişiklik Feshi, s. 230; Demir, s. 109.

- 22 Taşkent, s. 22. Aynı yönde Ekonomi, Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 436-437. Şahlanan, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin uygulamasının İş Kanunu m.22/1'deki yazılı usule tabi olduğu ancak bu düzenlemenin uygulamanın ihtiyaçlarına tam olarak cevap vermemesi nedeniyle isabetli olmadığı görüşündedir. Yazara göre, "özellikle çalışma şartlarında yapılan esaslı bir değişikliğe hiçbir şekilde itiraz etmeyen ya da işçinin davranışının zımni bir kabul anlamına geldiğinden kuşku duyulmayan hallerde, işçinin daha sonra söz konusu değişikliğe dayanarak hak talep etmesi, açıkça bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilecek bir davranış biçimi olabilmektedir." (Şahlanan, s. 3).
- 23 Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli bazı kararlarından, görüşünü değiştirdiğini söylemek mümkündür. Ücretsiz iznin işyerindeki işçilerin iki gruba ayrılıp birer hafta ara ile çalışmaları şeklinde uygulanmak istendiği bir davada, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliğin İş Kanunu m.22/1 uyarınca ancak işçinin yazılı kabulü ile bağlayıcı hale geleceği tespit edildikten sonra, "Dosya içeriğine göre davalı işverence ekonomik nedenlerle işçiler ikiye bölünerek, bir grubun bir hafta, diğer grubun ise sonraki hafta çalışacağı yönünde bildirimde bulunduğu anlaşılmaktadır...işçiye birer hafta ara ile ücretsiz izin teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik mahiyetindedir. Davalı işverence 4857 sayılı İş Kanununa uygun bir uygulama yapılmamışsa da..." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 18.01.2010, E.2009/25569, K.2010/36, Çalışma ve Toplum, 2010/2, S. 25, s. 327-329).
- 24 Taşkent, s. 23, 27; Süzek, s. 438, 439-440; Alp, s. 229-231; Engin, s. 543-544; Uşan, Esaslı Değişiklik, s. 232.
- 25 Süzek, s. 597; Engin, s. 541.
- 26 Şahlanan, s. 3-4.
- 27 Benzer yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.12.2003, E.2003/22915, K.2003/22947 (İşveren, Ocak 2004, s. 18-19).
- 28 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 21.11.2005, 34460/36797 (Çalışma ve Toplum, 2006/2, S. 9, s. 218-219).
- 29 Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.04.2009, E.2007/37443, K.2009/11740; 01.03.2010, E.2008/17246, K.2010/5405 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).
- 30 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.12.2008, E.2007/31333, K.2008/33412 (Çalışma ve Toplum, 2009/2, S. 21, s. 259-260).
- 31 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.11.2010, 28784/35580, Çalışma ve Toplum, 2011/3, S. 30, 422-426.
- 32 Çelik, s. 429 ve dn. 7'de anılan yazarlar, 434.
- 33 Taşkent, s. 22; Çelik, s. 433-434 ve dn. 22'de anılan yazarlar; Demir, s. 110; Uşan, Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi, s. 1215-1216.
- 34 Demir, s. 110.
- 35 Demir, s. 100.
- 36 Çelik, s. 431.
- 37 Süzek, s. 429-430; Taşkent, s. 21, Eyrenci, s. 40 vd.
- 38 Winter, Regine: Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Hrsg. Däubler, Wolfgang, 2. Auflage, Baden-Baden 2006, § 1 TVG, Rn. 476; Löwisch, Manfred/ Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2004, § 1 TVG, Rn. 838.
- 39 Türk iş hukukunda ücretsiz izin uygulaması için işçilerin rızasının gerekmediği hakkında bkz. Başterzi, s. 65; Süzek, s. 743.
- 40 Cohnen, Karl-Dietmar / Röger, Hendrik: Kurzarbeit als Antwort auf kurzfristig auftretende Konjunkturschwächen – Arbeitsrechtliche und Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen, Betriebs Berater, 2009, 47; Däubler/Winter, § 1, Rn. 530.
- 41 ErfK/Franzen, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg. Glöge, R.M./Preis, U./Schmidt, I.), 9., neu bearbeitete Auflage, München 2009, § 1 TVG, Rn. 57; Löwisch/Rieble, § 1, Rn. 838; Däubler/Winter, § 1, Rn. 476.
- 42 BAG, 27.01.1994, 6 AZR 541/93, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1995, s. 134. Konu hakkında bkz. ErfK/Franzen, § 1 TVG, Rn. 69; Cohnen/Röger, 47; Däubler/Winter, § 1, Rn. 530 dn. 1256; Löwisch/Rieble, § 1, Rn. 838.
- 43 Löwisch/Rieble, § 1, Rn. 838 ve burada anılan Staudinger/Richardi. Benzer yönde Däubler/Winter, § 1, Rn. 476.
- 44 Süzek, s. 433-434.
- 45 Süzek, s. 436.
- 46 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 05.04.2007, 1324/9484 (Legalbank).
- 47 Benzer şekilde, "Davacının çalıştığı işyerinin ekonomik darboğaza girmesi, fabrika faaliyetlerinin geçici olarak durması üzerine toplu iş sözleşmesinin 20/e maddesi gereğince işçi sendikası yetkilileri ile işveren arasında 7.7.2006 tarihli protokol yapıldığı, bu protokol gereği ücretsiz izni kabul etmeyen işçilerin dava açarak fesih iradelerini ortaya koydukları, bu sebeple kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınması yerinde ise de akdi haklı olarak fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği sonucuna varıldığından ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 17.04.2008, E.2007/16061, K.2008/9035 (Legalbank).
- 48 Taşkent, s. 26. Aksine, iş sözleşmesi askıya alınmış olsa dahi işçinin İş Kanunu m.24/II kapsamında her zaman fesih hakkının bulunduğu hakkında Başterzi, s. 76.
- 49 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.10.2006, 24775/26831 (Karar ve incelemesi için bkz. Şahlanan, s. 3).
- 50 Şahlanan, s. 3.
- 51 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 07.10.2008, E.2007/27250, K.2008/25924 (Legalbank).