

Konu:	Pandemi Dönemi Uygulamalarında BAM Kararları!
Sayı:	2021/151
Tarih:	08.11.2021
Özet:	Bu bültenimizde Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından, Covid-19 pandemisi sürecinde zorlayıcı sebeple işten çıkarma ve ücretsiz izne ilişkin kararları incelenmiştir.

1- FESHİN SON ÇARE OLMASI VE ZORLAYICI SEBEP:

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 20 Mayıs 2021 tarihli işverenin Covid-10 sürecinde zorlayıcı nedenlere dayanarak çalışanın sözleşmesini fesih kararı incelenmiştir.

- Zorlayıcı nedenle fesih İş Kanunu'nu 25.fıkrasının 3.bendinde yer almaktadır. Bu madde doğrultusunda işçiyi işyerinden **1 haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı** bir sebebin ortaya çıkması gerekmektedir.
- İşverenin böyle bir durumda sözleşmeyi feshedebilmesi için, **işyerinde faaliyet sürmesine rağmen**, işçinin, kendi kişiliğinde veya çevresinde meydana gelen bir zorlayıcı neden dolayısıyla, işe gelememesi ve bu devamsızlığında bir haftayı aşması gereklidir. İşçinin oturduğu köyün karantinaya alınması, kar dolayısıyla ulaşımın durması vb. durumlar buna örnek gösterilebilir.
- Bir haftalık bekleme süresi geçtikten sonra, işveren iş sözleşmesini feshetme hakkı kazanır. **Ancak bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir.** İsterse iş sözleşmesini fesheder; isterse sözleşmeyi feshetmez ve işçinin işe dönebileceği zamana kadar bekler. Bu bekleme süresi içinde iş sözleşmesi askıda kalır.
- Fakat, işletmesel kararlar varmak istediği hedefe fesihten başka bir yolla ulaşması mümkün ise, fesih için geçerli bir nedenin varlığından söz edilemez. İşveren fesih yoluna başvurmadan önce, iş ilişkisinin sürdürülmesini sağlayacak birtakım uygulamalarda bulunmalı; bunlardan bir sonuç alamadığında son çare olarak fesih yoluna gitmelidir.
- Feshin sonra çare olması ilkesinin **sınırını, işverenin yararını gözeterek ve aklı olarak kullanmak zorunda kaldığı karar verme özgürlüğü oluşturur.**
- Feshin son çare olması ilkesinin dayanağı Medeni Kanun'un 2.maddesinde yer alan "dürüstlük ilkesi"dir. İşverenin fesih hakkını kötüye kullandığı iddiası işçi tarafından öne sürülecektir; **ispat yükümü de işçiye aittir.**

Bölge Adliye Mahkemesi'nin incelemiş olduğu dosya şu şekildedir:

- ✓ Dosya kapsamına göre davacının davalı işveren bünyesinde 15.04.2020 tarihli iş akdinin fesih bildirimini aşağıdaki şekilde yapmıştır:

*"...işyerimizde küresel salgın Covid-19 gereğince alınan ekonomik ve idari önlemler kapsamında kamu otoriteleri tarafından kronik hastalığı olanlar için getirilen sokağa çıkma yasağı gereğince işe zorunlu olarak devamsız olduğunuz malumdur. **Zorunlu devamsızlığınız neticesinde hukuksal olarak zorlayıcı neden oluşmuş ve bu zorlayıcı nedenle Covid-19 salgınının "çalışanı bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyması" durumu gerçekleşmiştir. İş sözleşmenizin İş Kanunu'nun 25/III maddesi gereğince kıdem tazminatını ödenerek sona erdirilmesi gerekmiştir...**"*

Consulta İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı Danışmanlık Hizmetleri A.Ş.

Esentepe Mahallesi Kore Şehitleri Cad, Üsteğmen Mehmet Gönenç Sk. No:3, 34394 Şişli

(0212) 347 34 00

infososyalguvenlik@consulta.com.tr

- ✓ İş Kanunu 25/III maddesine göre "İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması" halinde **işveren fesih yoluna başvurmak zorunda değildir.**
- ✓ Feshin son çare olması ilkesine uyulması gerekmektedir. Burada amaç, iş sözleşmesinin mümkün olduğunca ayakta tutulması olmalıdır. Bu nedenle işveren işçinin ücretini ödemeye devam ederek, ileride bu sürelerin telafisini, telafi çalışması adı altında yaptırabileceği gibi, işçinin birikmiş yıllık iznini kullanmasını yahut ücretli izne çıkmasını veya geçici 10. maddede belirtildiği üzere işçinin ücretsiz izne çıkmasını uygulayabilir.
- ✓ Dosya kapsamına göre davalı işveren tarafından davacının iş akdi feshedilmeden önce açıkladığı üzere **feshe alternatif çözümlere başvurulmadan doğrudan fesih yoluna gidildiği** ve feshin son çare olma ilkesine uyulmadığı anlaşılınca **işverence yapılan feshin geçersizliğine** karar verilmiştir. (İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi 2021/901 Esas, 2021/876, 20.05.2021 Tarih)

2- ÜCRETSİZ İZİN:

Covid-19 Pandemisi döneminde işverene "geçici süreli" olarak tek taraflı ücretsiz izne çıkarma yetkisi verilmişti. 30 Haziran 2021 itibarıyla tek taraflı ücretsiz izne çıkarma yetkisi, fesih yasakları ve kısa çalışma uygulaması kaldırıldı.

Türkiye'de ücretsiz izin uygulaması yaygın biçimde uygulanmaktadır. Fakat buna rağmen ne İş Kanunu'nda ne de Borçlar Kanunu'nda konuyla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, **işçinin buna muvafakat etmesi** veya toplu iş sözleşmesinde bunu uygun gören bir düzenleme bulunması durumunda, ücretsiz izin uygulaması geçerli sayılır.

İşçiyi ücret izne çıkma önerisinde bulunacak işverenin, bunun nedeni ve süresi (bu süre başlangıçta belirlenemiyorsa muhtemel süre) hakkında işçiyi bilgilendirmesi gerekir. Çünkü işçi bu hususları göz önünde tutarak değerlendirme yapacak ve kabul etme veya etmeme yolundaki kararını buna göre verecektir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29 Nisan 2021 tarihinde, pandemi döneminde uygulanan ücretsiz izin uygulaması ile bir karar vermiştir. Söz konusu karar şu şekildedir;

"...davacının vardiya sorumlusu ile tartışması sonrasında her iki çalışanın da Şirket merkezine çağrıldığı, sorunun giderilemediği, bunun üzerine davacının bir başka projede görevlendirilmek istendiği anlaşılmaktadır. Davacının görevlendirmeyi kabul etmemesi nedeniyle ücretsiz izne çıkartıldığı belirtilmiştir. **İşyerinde salgın nedeniyle ücretsiz izin uygulaması yapıldığına ilişkin bir bilgi yoktur. Dolayısıyla salgın dışında bir gerekçeyle ücretsiz izne başvurulduğu anlaşıldığından işçinin ücretsiz izne rıza göstermesi gerekmektedir.** Davacının bu yönde bir kabulü bulunmamaktadır. İşverenin iş akdini eylemli olarak feshettiği anlaşılmaktadır. **Fesih yazılı olarak yapılmadığından geçersizdir ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekmektedir.**" (İstanbul BAM, 24. Hukuk Dairesi, Dosya No: 2021/909, Karar No: 2021/900, Karar Tarihi: 29/04/2021)

BAM'ın vermiş olduğu kararda da vurgulandığı gibi Pandemi döneminde işverene verilen tek taraflı ücretsiz izne çıkarma yetkisinde işçinin onayı aranmasa da bu uygulamanın çalışanlara karşı bir silah olarak kullanılmaması gerekliydi.

Consulta İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı Danışmanlık Hizmetleri A.Ş.

Esentepe Mahallesi Kore Şehitleri Cad, Üsteğmen Mehmet Gönenç Sk. No:3, 34394 Şişli

(0212) 347 34 00

infososyalguvenlik@consulta.com.tr



Saygılarımızla

CONSULTA İş ve Sosyal Güvenlik

(*) Sirkülerlerimizde yapılan açıklamalar yalnızca bilgilendirme amaçlı olup, kesin işlem tesis etmeden önce uzmanlarımızdan görüş ve yönlendirme alınmasını önemle tavsiye ederiz. Bu sirkülerlerin amacı tek başına uygulamalara yön vermek olmayıp; mükelleflerimizin risk, fırsat ve değişiklikler hakkında güncel bilgi sahibi olmalarını sağlamaktır. Yegâne kaynak olarak sirkülerlerimizdeki açıklamaların kullanılması halinde doğabilecek olası zararlardan CONSULTA sorumlu olmayacaktır.



Consulta İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı Danışmanlık Hizmetleri A.Ş.
Esentepe Mahallesi Kore Şehitleri Cad, Üsteğmen Mehmet Gönenç Sk. No:3, 34394 Şişli
(0212) 347 34 00
infososyalguvenlik@consulta.com.tr