

Av. Mehmet UÇUM

Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Yayın Yönetmeni

İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları

GİRİŞ

İşe iadeye ilişkin yasal düzenleme kısa bir süre sonra altıncı yılını tamamlamış olacak¹. Ancak bu altı yıla yaklaşan uygulama sonucunda sistemin ürettiği birçok sorun ortaya çıktı. Yargıtay uygulama sürecinde işe iade kurumunun neredeyse bütün boyutlarına ilişkin ayrıntılı kararlar verdi ve etkili bir içtihat birikimi oluşmaya başladı. Bununla birlikte Türk işe iade sisteminin uygulama sorunlarının iş hukukunun en karmaşık alanlarından birini oluşturmaya aday olduğu söylenebilir.

Biz bu yazıda bu karmaşık iş hukuku alanının bir boyutuna ilişkin uygulama sorunlarını ele alacağız. Ele alacağımız konu işe iade sonucuna bağlı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde doğan haklar bakımından uygulama sorunlarıdır.

İşe iade kararından sonra ortaya çıkan olasılıklara göre konuyu ele alıp uygulama sorunlarını değerlendirmeye çalışacağız. Buna göre;

- işe iade kararı alan işçinin işe başvurmaması,
- işçinin işe başvurması ve işverenin işçiyi işe başlatması,
- işçinin işe başvurması, ancak işverenin işe başlatmaması ve
- işverenin başvuru yapmış işçiyi işe çağırmasına rağmen işçinin işe başlamaması halleri ayrı ayrı ele alınacaktır.

1- İşçinin İşe Başvurmaması Halindeki Hukuki Durum

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre; "İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur."

Bu düzenleme gereğince işçinin belirlenen süre içerisinde başvurmamasının en önemli sonucu işverenin mahkeme kararı ile geçersizliği saptanan fesih işleminin hukuken geçerli bir işlem haline gelmesidir².

a- Feshin Geçerli Sayılması

İşe iade kararına rağmen işçinin başvurmaması halinde işverenin fesih işleminin geçerli hale gelmesi haklı nedenle yapılan fesihler bakımından nitelik değişikliği yaratır. Çünkü işverenin haklı nedenle fesih yaptığı olasılıklarda verilen karar işe iade olunca yapılan feshin haksız ve geçersiz olduğu ortaya çıkar. Bu durumda işçi işe iade kararına rağmen on işgünü içinde işe başvurmazsa haksızlığı ve geçersizliği ortaya çıkan fesih işlemi geçerli

fesih olarak sayılır ve işveren geçerli bir fesih yapmış gibi bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olur. Başka bir anlatımla işçinin işe başvurmaması haksız ve geçersiz fesih tarihi itibarıyla işçinin iş ilişkisinin geçerli nedenle sona erdirildiğinin kabul edilmesi sonucunu doğurur. Çünkü Yasada “feshin geçerli sayılması” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu’nun sistematigi içinde geçerli fesihlerin esasen “geçerli nedene dayalı fesihler” olduğu 18. maddeden bellidir. Aslında işçinin işe başvuru yapmaması, işverenin yasaya aykırı bulunmuş olan fesih işlemine ve elbette işlem dayanağı olarak gösterdiği nedene geçerlilik kazandırmakta ve böylece başta yapılan fesih sanki geçerli nedene dayalı yapılmış bir fesih olarak var sayılmaktadır³.

Bununla birlikte işverenin yaptığı fesih geçerli nedene dayanan bir fesih ise işe iade kararıyla bu fesih işlemi geçersiz olarak tespit edilmiş de olsa işçinin işe başvurmamasıyla yine geçerli fesih niteliğini korur.

Ancak aradan geçen zaman ne olursa olsun ve bu süre içinde ücret ve diğer haklarda ne tür ilerlemeler olursa olsun işçinin hukuki durumu, haksız ve geçersiz olan ama işçinin işe iade kararına rağmen başvuru yapmamasıyla geçerlilik kazanan fesih tarihi esas alınarak belirlenir. Çünkü işçinin işe başvurmamasının mahkeme kararıyla feshin hiç yapılmamış sayılması nedeniyle bir fesih olarak kabul edilmesi açık yasa hükmü karşısında mümkün değildir⁴.

Sonuç olarak gerek haklı nedenle, gerek geçerli nedenle yapılan fesihlerde yargı kararı ile yapılan fesih işlemi geçersiz kabul edilirse bunun işe iadeye yönelik hukuki bir sonuç doğurabilmesi, işçinin kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmasına bağlıdır. Aksi halde işçinin işe iade kararı almasının hukuken tek sonucu yapılan fesih işleminin geçerli fesih olarak sayılmasıdır⁵. Eğer işveren haklı nedene dayalı olarak fesih yapmışsa bu dahi geçerli fesih niteliğini kazanacağından işveren bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır. Zaten işveren geçerli nedene dayalı fesih yapmışsa o zaman hukuken değişen bir sonuç olmayacaktır. Bu nedenle işe iade kararından sonra, “süresi içinde işçinin işe başvurusu” kararın uygulanma sürecine girmesi bakımından temel koşuldur. Ancak aşağıda açıklanaca-

ğı üzere tek başına bu başvuru Yargıtay’ın görüşünün aksine⁶ işçi lehine bazı sonuçların doğması için yeterli değildir. İşçi çağrıya rağmen işe başlamaması halinde bu başvurudan vazgeçmiş başka bir anlatımla başvurmamış sayılır.

b- Ödenmemişse ve Süre Koşulu Varsa Kıdem ve Her Durumda İhbar Tazminatına Hak Kazanılması

İşçinin işe iade kararına rağmen başvurmaması halinde ilk fesih geçerli nedenle yapılan fesih niteliğine dönüşeceğinden işçi feshin niteliğine bağlı haklarını elde edecektir. Bu haklar en az bir yıllık hizmet süresini doldurmuş olması kaydıyla kıdem tazminatı ile süre koşuluna bağlı olmaksızın ihbar tazminatıdır⁷. Yargıtay da bu görüştedir⁸.

Elbette işveren yaptığı ilk feshi geçerli nedene dayalı yapmış ise kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü ile ihbar süresi verme veya süreye ilişkin ücreti peşin ödeme yükümlülüğünü yerine getirmiş olabilir. Bu durumda işe başvuru yapmayan işçinin işe iade kararı ile elde edebileceği herhangi bir hak doğmamış olacaktır.

Ancak işveren haklı nedene dayalı fesih yapmış ise konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir:

Birincisi yapılan fesih ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık halleri (İşK. m.25/II) dışında yer alan haklı nedenlere dayanıyor ise işveren o hallerde dahi kıdem tazminatı ödeme yükümlüsü olduğundan işçi yine kıdem tazminatına ilişkin ilave bir talep hakkına sahip olamayacaktır. Ama bu halde işçi, yapılan fesih geçerli nedene dayalı fesih niteliğine dönüşeceğinden ve geçerli nedene dayalı fesihlerde ancak süreli yapılabileceğinden kıdemine göre belirlenecek ihbar süresinin ücreti tutarında ihbar tazminatı talep hakkına sahip olacaktır.

İkincisi yapılan fesih uygulamadaki adıyla tazminatsız, yani ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan nedenlere dayalı fesih ise bu durumda işe iade kararını aldıktan sonra işe başvurmazsa bile yasa gereği haklı nedenle yapılmış fesih geçerli nedene dönüşeceğinden süre koşulu varsa kıdem tazminatını ve her durumda ihbar tazminatını isteme hakkına sahip olacaktır.

İşçiye bu kapsamda yapılacak tüm ödemelerde mahkemece geçersizliği tespit edilen ancak işçinin

işe başvuru yapmaması nedeniyle geçerli hale dönüşen fesih tarihindeki en son ücreti ve o tarihteki kıdem tazminatı tavanı esas alınarak hesaplamalar yapılacaktır.

c- İşverenin Ek Ödemeden Kaynaklanan Haklarını Talep Edip Edemeyeceği

İşveren fesih sırasında işçiye ek bir ödeme yapmışsa bu ödemenin istirdada konu edilip edilemeyeceği bazı olasılıklara göre değerlendirilmelidir. Bu ek ödeme işçiye dava açmaması karşılığı verilmiş ise işverenin işe iade davası açılması halinde bu nedene dayalı olarak ek ödemeyi geri istemesi mümkün değildir. Çünkü işe iade davası açmama karşılığı yapılan bir anlaşma yasanın mutlak emredici hükmüne aykırı olduğu için geçersizdir (İşK. m.21/son ve BK. m.155). Bu olasılıkta işverenin işçiye bir yıl içinde başvurarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istirdat talebinde bulunması mümkündür (BK m. 61 vd).

Eğer yapılan ek ödeme işe iadenin mali sonuçlarının gerçekleşmesi halinde mahsuba konu yapılmışsa, işçinin işe başvurmaması ile işverenin ödemesi gereken ilave bir yükümlülük doğmadığından işverenin ek ödemeyi geri istemesi veya işçiye yapacağı bir ödemeden mahsup ettirmesi olanaklı değildir. Çünkü bozucu şarta bağlı bir anlaşmayla işçiye verilmiş bir para söz konusu olduğundan, bozucu şart gerçekleşmediğinden, yani işe iade kararının sonunda işverenin katlanacağı mali bir yük ortaya çıkmadığı için, işverenin istirdat hakkı devreye girmez (BK. m. 152).

Ancak taraflar yapılan ek ödemenin iadesini bozucu şarta bağlamak yerine geciktirici şarta bağlamışlar ise işverenin istirdat hakkı, yapılan sözleşmenin geçerli olması koşuluyla devreye girebilir (BK. m. 149). Bu yaklaşıma göre işverenin işçiye yaptığı ek ödemenin sadece işe iade kararı verilmesi halinde geri ödeneceği ve bu geri ödemenin işçinin işe iade başvurusundan veya işe iadenin mali sonuçlarının gerçekleşmesinden bağımsız olarak gerçekleşeceği şeklinde açık bir düzenleme olması gerekir. Bununla birlikte böyle bir düzenlemenin dolaylı olarak işçinin işe iade davasını açmasını engelleme amacına dönük olduğunu gösteren olguların varlığı halinde bu sözleşme geçersiz

olacağından işverenin istirdat hakkı ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşebilir (BK m. 61 vd).

2- İşçinin İşe Başlatılması Halinde Doğan Hakları

a- İş Sözleşmesinin İhya Edilmesi

İşçinin işe başlatılması, geçersiz feshe konu olmuş ve bu yolla sona erdirilmiş iş sözleşmesinin ihya edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar işe iade kararı ile belli şartlara bağlı olarak fesih hiç yapılmamış gibi iş sözleşmesinin devreye girdiği şeklinde görüşler var ise de⁹ mevcut sistemde iş ilişkisinin yeniden kurulması taraf davranışlarına bağlı olduğundan iş sözleşmesi de ancak ihya yoluyla yeniden yürürlüğe girmektedir. Aksi görüşün kabulü halinde yani, işe iade kararıyla iş sözleşmesinin hiç fesih yapılmamış gibi devreye girdiğinin benimsenmesi durumunda, taraf davranışlarının devrede olan bir iş sözleşmesine etki yaptığı sonucuna varmak kaçınılmaz olur. O zaman işçinin işe başvurmamasını iş sözleşmesine aykırılık olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda işçinin işe başvurmaması halinde işverenin yaptığı feshin geçerli sayılmasına ilişkin kanun hükmüyle tutarsız olan bir sonuç doğar. Bu nedenlerle işe iade kararının sonucunda taraf davranışları olumlu ya da olumsuz tamamlanincaya kadar iş sözleşmesi devreye girmeyecektir. İş sözleşmesi ancak taraf davranışlarının tamamlanması durumunda ihya yoluyla ve geçmiş etkili olarak devreye girmiş olacaktır.

İşveren işe iadeden sonra koşulları oluşunca, işçiye dört aylık ücret ve diğer hakları ödemekten başka dört aylık sigorta bildirimini de yapmak zorunda olduğundan işçiye ödenmesi gereken geçici iş göremezlik ödeneğini kendi hesabına talep etme hakkına sahip olmalıdır.

İhya işlemi iki ihtimalde gerçekleşir. Birincisi işçinin işe başvurması ve işverenin de işçiyi işe başlatması halidir. İkincisi aşağıda değinileceği üzere işçinin işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesinin işe başlatılmama tarihinde sona erdiğinin kabul edilmesi halidir. İşçinin işe başvurusu iş sözleşmesinin ihya sürecinde ilk adım olmakla birlikte işverenin işçiyi işe başlatması veya başlatmayacağını açıklaması da gerekli son adımdır. İki ihya işlemi arasındaki temel fark, işverenin işe başlatmamasının bir fesih sayılması ve bu tarihin fesih tarihi olması farazi iş sözleşmesine dayanmaktadır. Buna mukabil işçinin işe başlatılması halinde ihya işlemi gerçek bir sözleşmeyi yürürlüğe sokmaktadır.

b- Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi

İşe başlatmanın ilk sonucu çalıştırılmayan dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesidir. Bu noktada ele alınması gereken ilk sorun geçersiz fesih tarihi ile işe başlatma tarihi arasında dört aydan daha fazla süre olan durumlarda ödemesi yapılacak dört aylık sürenin hangi dönem olarak belirleneceğidir. Konunun önemi, ödemesi yapılacak ücret ve diğer hakların hangi dönem esas alınarak belirleneceği hususunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de işe iade davaları artık bir yıldan fazla sürmekte ve bu süre içinde işyerlerinde ücret zamları olduğu gibi, TİS olan işyerlerinde yeni haklar ve zamlar devreye girmektedir. Bu durumda çalıştırılmayan dört aylık süreye ilişkin olarak işe başlatma tarihindeki ücret ve diğer hakların mı esas alınacağı yoksa geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süredeki ücret ve haklara göre mi ödeme yapılacağı sorunu doğmaktadır. Yasal düzenlemeye bakıldığında dört aylık sürenin işe iade davasının dört ayda bitme varsayımına dayalı olarak düzenlendiği görülmektedir¹⁰. Oysa uygulamada istisnai haller hariç bu süreye uyulmadığı bilinmektedir. Ancak yasal düzenlemeden işverenin çalıştırmadığı dört aylık sürenin geçersiz fesih tarihinden başlayarak hesaplanacak dört aylık süre olduğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü yasa koyucu geçersiz feshi izleyen dört aylık süreyi amaçlamıştır¹¹. İşçinin çalıştırılmadığı dört aylık sürenin geçersiz feshi izleyen dört aylık süre olarak kabul edilmesi ayrıca mantıksal tutarlılık açısından da zo-

İşe iade kararıyla işe dönen işçi bakımından işveren ücretsiz izin süresine ilişkin olarak işçiyile anlaşma yaparsa elbette çalıştırılmayan dört aylık ücret ve diğer haklardan ücretsiz izin süresi kadar eksik ödeme yapması mümkün olabilir.

runludur. Bu sonuca göre eğer geçersiz fesih olmasaydı işçi geçersiz fesih tarihini izleyen çalışacağı dört aylık dönemde hangi ücreti ve hakları alacaktı ise işe iade kararının sonucuna göre de ilk dört aylık sürede alması gereken ücret ve diğer hakları almalıdır. Nitekim bu sonucu destekleyen uygulama dört aylık süreye ilişkin sigorta bildiriminde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de işe başlatılan veya başlatılmayan işçi bakımından sigortaya bildirilen dört aylık süre geçersiz fesih tarihini izleyen süredir. Prime esas kazançlarda bu dört aylık süredeki ücret ve haklara göre belirlenmektedir¹². Buna göre prime esas kazançlarda ilk dört ayı esas alıp işçiyeye yapılacak ödemelerde bu dört aydan sonra gerçekleşmiş zamları ve hakları dikkate almak, hem vergi hem de sigorta primlerinin matrahında farklı miktarlar ortaya çıkaracağı için, uygulanması mümkün değildir. Sonuç itibarıyla hem yasal düzenlemenin amacı, hem de sigorta uygulamaları birlikte değerlendirildiğinde işçiyeye ödenecek çalıştırılmayan dört aylık sürenin ücret ve diğer haklarında ödemeye esas alınacak miktarlar ve uygulanacak haklar geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süredeki ücret ve diğer haklar olmak gerekir¹³.

c- Hastalık ve Diğer Çalışma Engellerinin Dört Aylık Haklara ve İş İlişkisine Etkisi

Dava süresince işçinin hastalığı veya iş sözleşmesini askıya almayı gerektirecek çalışma engelleri çıkması halinde bu durumun dört aylık haklara ve bu dönem için varsayılan iş ilişkisine etkisinin ne olacağı tartışılması gereken bir sorundur.

i- İşçinin Hastalığı

İşçinin geçersiz fesih tarihinden itibaren dört aylık süre için çalıştırılmadığı, ancak işe iade ve başvuru halinde ücret ve diğer hakları hak ettiği dönemde geçici iş göremezlik haline düşmesinin yaratacağı sorunlar ele alınması gereken bir varsayımdır. Burada iki adet olası sorun vardır:

Birincisi geçici iş göremezlik halinde işçinin geçici iş göremezlik ödeneği alma olasılığı ve işverenin ücret ödeme borcu bakımından nasıl bir çözüm bulunması gereğidir. Bu olasılıkta işçi her ne kadar altı ay süresince sigorta sağlık yardımlarından yararlınsa da yasa gereği geçici iş göremezlik ödeneği almasının mümkün olmadığı hal söz konusudur. İşveren işe iadeden sonra koşulları olunca işçiye dört aylık ücret ve diğer hakları ödemekten başka dört aylık sigorta bildirimini de yapmak zorunda olduğundan işçiye ödenmesi gereken geçici iş göremezlik ödeneğini kendi hesabına talep etme hakkına sahip olmalıdır. Eğer işçi aylık ücretle çalışıyorsa işverenin bu talep hakkı tartışmasız kabul edilmelidir (İş K. m. 48/2). İşçi saat ücretiyle çalışıyorsa o zaman da tama iblağa ilişkin bir hukuki dayanak (toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükmü ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma şartı) yoksa işveren geçici iş göremezlik süresi kadar işçiye dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin eksik ödeme yapma hakkına sahip olur ve işçi de eksik ödeme süresine ilişkin sigortadan geçici iş göremezlik ödeneğini talep etme hakkını kullanır. Buna göre işveren sigorta bildirimini yaparken işçinin raporla belgelenen hasta olduğu süreler kadar eksik bildirim yapar. İşçide bu bildirimden sonra raporlarıyla Kuruma başvurarak ödeneğini alabilir. Eğer işverenin işçinin ücretini tama iblağ yükümlülüğü varsa uygulama aynen aylık ücretli çalışanlarda olduğu gibi yapılır.

ii- Ücretsiz İzin Uygulaması

İşçinin işe iade edileceği işyerinde geçersiz fesih tarihinden sonraki dört aylık süre içinde ücretsiz izin uygulaması yapılmışsa işe iade kararı ile işyerine dönen işçi bakımından bu durumun yaratacağı bir hukuki sonuç olamaz. Çünkü ücretsiz izin uygulaması işverenle işçinin anlaşarak gerçekleştirildikleri bir iş sözleşmesini askıya alma halidir. İşveren işyerinde çalışan tüm işçilerle de anlaşarak belli bir süre için ücretsiz izin uygulaması yapabilir.

Yargıtay'da açık ya da örtülü bir anlaşmanın varlığı halinde ücretsiz izne geçerlilik tanımaktadır¹⁴. İşe iade kararıyla işyerine dönen işçi bakımından geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürede tüm işyerinde bir ücretsiz izin uygulaması yapılmış olsa bile bu durum işverene çalıştırılmayan süreye ait dört aylık ücret ve diğer haklardan ücretsiz izin süresini mahsup etme hak ve yetkisini vermez. Ancak işe iade kararıyla işe dönen işçi bakımından işveren ücretsiz izin süresine ilişkin olarak işçiyle anlaşma yaparsa elbette çalıştırılmayan dört aylık ücret ve diğer haklardan ücretsiz izin süresi kadar eksik ödeme yapması mümkün olabilir. Elbette böyle bir anlaşmanın geçerli olması için işçinin özgür iradesiyle bu anlaşmayı kabul ettiğinin açık olması gerekir.

Eğer ücretsiz izin uygulaması işyerinde yetkili sendika ile işveren arasında varılan anlaşma sonucu gerçekleşmişse yine de sonuç değişmez. Çünkü işçi sendikası işverenle yaptığı ücretsiz izin anlaşmasına üyelerinin bireysel rızasını alamaz ise rıza vermeyen üye işçiler bakımından ücretsiz izin anlaşması bağlayıcı olmaz. Buna karşılık işe iade kararıyla işe dönen işçi sendika üyesi ise ve sendikanın işverenle yaptığı ücretsiz izin anlaşmasına açık rıza verirse dört aylık ücret ve haklardan ücretsiz izin süresi kadar mahsup yapılması mümkün olacaktır.

Belirtmek gerekir ki; gerek işverenle işçinin ücretsiz izne ilişkin anlaşması, gerekse sendikanın işverenle yaptığı ücretsiz izin anlaşmasına işçinin vermesi gereken rıza, İş K. m. 22 hükümleri çerçevesinde yazılı olmak zorundadır. Buradaki yazılılık ispat koşulu değil, geçerlilik koşuludur.

iii- Kısa Çalışma Uygulaması

İş Kanunu kapsamında iken 5763 sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamına alınan¹⁵ kısa çalışma uygulaması halinde, işçilere ücretleri büyük ölçüde ya da tamamen ödenmemekte, ancak bu süre içinde işsizlik ödeneğinden yararlanma koşullarını gerçekleştirmiş olan işçiler en fazla üç ay işsizlik ödeneği alabilmektedir. İşe iade kararı ile işyerine dönen işçi bakımından, eğer uygulama geçersiz fesih tarihini izleyen dört ayın içinde ise ve içinde olduğu süre kadar, işyerindeki kısa çalışma uygulaması bağlayıcı etki yapar. Çünkü kısa çalışma uygulaması işçilerin rızasına bağlı ol-

mayıp yasadaki koşulların gerçekleşmesi halinde işverenin isteği ile devreye sokulan bir önlemdir. Bu nedenle işveren, işe iade kararı ile işyerine dönen işçiye dört aylık ücret ve diğer haklar bakımından geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süreye denk gelen kısa çalışma süresi kadar eksik ödeme yapmak hakkına sahip olur. Elbette işçinin işsizlik ödeneğine ilişkin koşullar varsa kısa çalışma süresi kadar işsizlik ödeneğini İŞKUR'dan alma hakkı saklıdır.

iv- Grev ve Lokavt Uygulaması

İşe iade kararıyla işyerine dönen işçinin geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık sürede grev ve lokavt uygulaması olmuşsa haklarının ne olacağını da tartışmak gerekir. Bilindiği gibi greve katılma hakkı sendika üyesi olsun ya da olmasın münhasıran işçiye aittir¹⁶. Greve katılmayan ve sonradan vazgeçen işçilerin işyerinde çalıştırılması engellenmez. Buna karşılık greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta işveren serbesttir (TİSGLK m.38). Ayrıca işverenin grev kararına karşı lokavt kararı alması halinde işyerinde çalışması zorunlu işçi kadrosu haricindeki tüm işçiler lokavta uğramış sayılır (TİSGLK m.39). Yani işveren zorunlu çalışacaklar hariç lokavt kararı aldığı anda, bunun kapsamını işçilerin bir kısmı ile sınırlayamaz. Nihayet grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıya alınır (TİSGLK m.42). Bu hükümler çerçevesinde somut sorun değerlendirildiğinde birden çok olasılıkla soruna bakmak gerektiği ortaya çıkmaktadır:

- Birincisi işyerinde grev kararı alınıp uygulanmış ancak buna karşılık işveren lokavt kararı almamışsa, grev uygulamasının geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süreye denk gelen kısmı bakımından işe iade kararıyla işyerine dönen işçinin hukuki durumunu tespit etmek gerekmektedir. Greve katılmak veya katılmaktan vazgeçmek, münhasıran işçiye ait bir hak olduğundan bu olasılıkta işçinin greve katılmayacağı şeklindeki beyanı yeterli kabul edilmeli ve işçinin dört aylık ücret ve diğer hakları eksiksiz ödenmelidir.

- İkinci olasılık grev uygulamasına karşılık işverenin lokavt uygulaması halidir. Bu durumda işyerinde zorunlu olarak çalışması gereken işçi kadrosu hariç tüm işçiler bakımından iş sözleşmeleri lokavt süresince askıya alındığından işe iade

kararıyla işyerine dönen işçi bakımından da aynı hukuki sonuç geçerli olur. Elbette lokavt süresinin geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süreye denk gelen kısmı bakımından bu sonuç geçerlidir. Bu durumda işveren lokavt süresinin denk gelen kısmı kadar dört aylık ücret ve diğer haklardan mahsup yaparak işçiye ödeme hakkına sahip olur.

- Üçüncü olasılık işe iade kararıyla işyerine dönen işçinin çalıştırılması zorunlu işçi kadrosu arasında bulunma durumudur. Gerçekten de TİSGLK m. 39 uyarınca grev ve lokavt süresince üretim ve satışa yönelik olmamak kaydıyla işin devamlılığı, güvenliği gibi zorunluluklar bakımından işyerinde yürütülmesi gereken işlerde işçi çalıştırılması gerekmektedir. Eğer işe iade kararıyla işyerine dönen işçi böyle bir işte çalışıyor ise grev ve/veya lokavt süresince yasa gereği bu işte çalışmak zorundadır. Bu düzenlemeler sebebiyle işçi işyerinde olsaydı geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süre içinde gerçekleşen grev ve/veya lokavt süresince çalışmak zorunda kalacağından, işveren işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarından grev veya lokavt nedeniyle herhangi bir kesinti yapamaz.

d- Mevsimlik İşlerde Askı Döneminin Dört Aylık Ücret ve Diğer Haklara Etkisi

Mevsimlik iş sözleşmeleri Yargıtay uygulamasına göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin bir türüdür. Askı dönemlerinde de işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcu hariç iş ilişkisi devam eder¹⁷. Bu nedenle diğer koşulları varsa elbette mevsimlik iş sözleşmesi sona erdirilen bir işçi de işe iade davası açabilir. Ancak önemle belirtelim ki, askıya alma işlemi bir işveren feshi olmadığından salt askıya alma işlemine karşı işe iade davası açılması mümkün değildir^{18,19}.

Mevsimlik iş sözleşmesinin sona erdirildiği tarih işverenin işçiye dört aylık ücret ve diğer hakları tamamen veya kısmen ödemek veya hiç ödememek bakımından belirleyici olacaktır. Mevcut uygulamaya göre eğer yapılan geçersiz fesih işlemi iş sözleşmesinin askıya alınması gereken zamanda gerçekleşmişse işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarının askı süresine gelen kısmı işveren tarafından

ödenmeyecektir. Hatta askı süresi dört aydan fazla devam ederse işverenin çalıştırılmayan süreye ilişkin herhangi bir ödeme borcu olmayacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesi işçinin işe çağırılması gereken tarihte feshedilmiş olursa geçersiz fesih tarihini izleyen dönem iş sözleşmesinin iş görme ve ücret ödeme borçları bakımından aktif olduğu dönem olacaktır için, işverenin dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin ödeme borcunun doğacağı açıktır. Elbette geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürenin kısmen askı dönemine kısmen de aktif döneme gelmesi de mümkündür. Bu durumda işverenin dört aylık ücret ve diğer haklara ilişkin yapacağı ödemenin iş sözleşmesinin aktif olduğu süreyle sınırlı olduğu açıktır. Ancak bu yorum tarzı mevsimlik çalışan işçiler bakımından adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle sorunu mevsimlik çalışan işçiler lehine çözecek bir yaklaşıma gerek vardır.

Çünkü mevsimlik çalışanlar bakımından sorunun karmaşık boyutları bulunmaktadır. Değindiği üzere işverenin ödemekle yükümlü olduğu çalıştırılmayan dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer haklarda dört aylık süre, geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süre olarak kabul edilmektedir (Bkz. 2/b bölümü). Mevcut uygulama bakımından mevsimlik iş sözleşmesiyle çalıştırılan bir işçi bakımından çalıştırılmayan dört aylık sürenin askı dönemine denk gelmesi halinde işverenin ödeme borcunun doğmayacağını belirtmiştik. Ancak işe iade davalarının artık uzun bir süreye yayıldığı bilinen bir olgudur. Böyle bir durumda mevsimlik iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi iş sözleşmesi askıya alınması gereken tarihte geçersiz feshi muhatap olsa bile sözleşme yeniden aktif oluncaya kadar işe iade davasının bitmeyeceği büyük olasılıktır. Bu durumda eğer geçersiz fesih olmasaydı işçi işe çağrılacak ve çalıştığı süreyle ilgili olarak da ücret ve diğer haklara hak kazanacaktı. Mevcut uygulama dikkate alındığında geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık süre iş sözleşmesi askıda olduğu döneme denk geldiği için işveren ücret ve diğer hakları ödemeyecektir. Öte yandan dava devam ederken iş sözleşmelerinin aktif hale geldiği dönem de geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık sürenin dışında kaldığı için işverenin yine ödeme borcu doğmayacaktır. Bu durumda mevsimlik çalışanlar aleyhine bir

sonuç çıkması kaçınılmazdır. Bir örnekle sorunu somutlamaya çalışalım: Diyelim ki bir işyerinde iş sözleşmelerinin askıya alındığı tarih kasım ayı sonudur. Yeniden çalışmaya başlanılan tarih ise mayıs ayı başıdır. Mevsimlik çalışan işçinin iş sözleşmesi askıya alınmak yerine kasım ayı sonunda feshedilmiştir. İşçi işe iade davasını kazanmış ve izleyen yılın ekim ayı sonunda yeniden işe başlamıştır. Bu örnekten görüleceği üzere işçi geçersiz fesih olmasaydı, zaten kasım ayı sonundan mayıs ayı başına kadar sözleşmenin askı hali nedeniyle işyerinde çalışmayacaktı. Dolayısıyla geçersiz fesih tarihine eklenen süre bakımından işverenin ücret ve diğer hakları ödeme borcu da doğmayacaktır. Oysa işçinin bu geçersiz fesihle çalıştırılmadığı süre mayıs ayının başından ekim ayının sonuna kadar olan süredir. Ancak bu süre geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık dönemin dışında kalan süredir. Mevcut durumu ve SSK'nın uygulamasını dikkate aldığımızda örnekteki işçiye dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi mümkün olmadığı gibi davanın uzaması nedeniyle çalışmaktan yoksun kaldığı aktif dönem bakımından da gelir kaybına uğrayacaktır. Bu sonuç adil olmadığı gibi yasanın sözüne de aykırıdır. Gerçekten de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işçinin çalıştırılmadığı dört aylık süreden bahsedilmektedir. İşçinin bu çalıştırılmama olgusu işverenin geçersiz fesih iradesinin, başka deyişle işverenin iş hukuku kurallarına aykırı işleminin bir sonucudur. Oysa mevsimlik iş sözleşmesinde iş sözleşmesinin askıya alınması sözleşmenin türünden kaynaklanan bir sonuçtur. İşçinin hukuka aykırı bir işlemle çalıştırılmaması olgusu söz konusu değildir. Bu nedenle mevsimlik iş sözleşmesine dayalı çalışan işçiler bakımından dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi için sözleşmenin askı süresi dikkate alınmadan uygulama yapılmalıdır. Buna göre somut örneğe dönersek işçiye mayıs ayı başından ağustos ayı sonuna kadar olan ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekecektir. Gerçekten de işçinin geçersiz fesih nedeniyle çalıştırılmadığı dönem yeniden iş sözleşmesinin aktif olduğu mayıs ayının başında başlamaktadır. Bu yorum tarzı yasa da yer alan "işçinin çalıştırılmadığı süre" anlatımına daha uygun olduğu gibi işçi lehine yorum ilkesinin de bir gereğidir.

e- İşe Başlama Tarihine Kadar İşyerinde Gerçekleşmiş Haklardan İşçinin Yararlandırılması

İşe iade kararı ile işyerine dönen işçinin işe başlama tarihine kadar işyerinde gerçekleşen ücret ve diğer haklardan yararlanacağına kuşku yoktur. Ancak bu yararlanmanın kapsamını ve uygulanma şeklini belirlemek gerekir. Yararlanmanın kapsamında işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer hakların hesaplanması ile işçinin işe başlatılacağı ücretin belirlenmesi bulunmaktadır. Dört aylık ücret ve diğer haklar bakımından işyerinde gerçekleşen ücret zamları ve diğer haklar için geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık süredeki değişikliklerin dikkate alınması gerekmektedir²⁰. Çünkü işçinin çalıştırılmadığı dört aylık süre geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık süredir. İşçi çalışsaydı bu süre içerisinde alacağı ücret ve diğer haklarında elbette bu süre içerisinde gerçekleşen değişikliklerden yararlanacaktı²¹. Başka deyişle dava ne kadar sürerse sürsün işçiye ödenmesi gereken dört aylık ücret ve diğer haklar bakımından geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürenin dışındaki dönemde gerçekleşen ücret zamları ve haklar dikkate alınmayacaktır. Buna karşılık işçinin işe başladığında ücret ve diğer hakları işe başlama tarihindeki koşullara göre belirlenecektir. Bu durumda sadece geçersiz feshi izleyen dört aylık sürede değil, işe başlama tarihine kadar gerçekleşmiş tüm ücret zamları ve haklar işçinin yeniden işe başlama ücretinin tespitinde hesaba katılacaktır.

f- İşverenin Mahsup İşlemi

İşveren işe iade kararı ile işçiyi işe başlatınca geçersiz fesih tarihinde işçiye fesihle ilgili yaptığı ödemeler bakımından yasadan kaynaklanan bir mahsup hakkına sahiptir. Ayrıca işverenin geçersiz fesih tarihinde bir ilave ödeme yapmış olması halinde bir mahsup hakkının olup olmasının tartışılması da diğer bir konudur. Nihayet işveren mahsup işlemi yapmasına rağmen işçinin kendisine ödemesi gereken bir fazlalık kalır ise, bunun işçiden istirdadı da tartışılması gereken diğer bir sorundur.

i- Yasadan Kaynaklanan Mahsup Hakkı ve İkale Kapsamında Yapılan Ödemelerin Durumu

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrası uya-

Geçersiz fesih tarihinde işçiye ikale kapsamında yapılan ödeme, işverenin feshine dayalı bir ödeme haline gelmektedir.

Bu durumda işçiye yapılmış olan ödeme, kıdem tazminatı ve ihbar süresine ait peşin ücret sayılmış olacağından bu ödemeler yasal mahsup hakkına konu olacaktır.

rınca işçi işe başlatılırsa, işçiye ödenmesi gereken dört aylık ücret ve diğer haklardan peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ihbar ve kıdem tazminatı mahsup edilir²². İşveren bu mahsup işlemi yaparken dört aylık süreye ait ücret bordrolarını tanzim edecek, sigorta prim ve vergilerini tahakkuk ettirecek, ilgili yerlere bildirim ve ödemeleri yapacaktır. Bu şekilde işçiye ödenmesi gereken net ücret belirlendikten sonra geçersiz fesih tarihinde işçiye yapılan ödemeler bordrolarda gösterilmek suretiyle mahsup işlemi gerçekleşecektir. İşverenin bu mahsup işlemi yapması işçinin rızasına bağlı değildir. Yasanın açık hükümünden kaynaklanan bir mahsup yetkisi olduğu için işveren dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer hakların tamamını mahsup işlemi çerçevesinde alıkoyma hakkına sahiptir. Diğer deyişle İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrası uyarınca yapılan bu mahsup işleminde 35. maddede yer alan ücretin saklı kısmına ilişkin güvence hükümleri uygulanmaz. Ancak işverenin bu mahsup yetkisi sadece geçersiz fesih sırasında işçiye peşin ödenmiş olan bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatına münhasır bir haktır. Bu ödemeler dışında işverenin işçiden olabilecek başka bir alacağı bu madde kapsamında mahsup işlemine konu edilemez.

Yasadan kaynaklanan mahsup yetkisinin ikale uygulamasıyla kıdem ve ihbar tazminatları ölçü alınarak işçiye yapılan ödeme bakımından kullanılıp kullanılmayacağı açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur. Çünkü ikale yoluyla iş sözleşmesinin

sona erdirilmesi kıdem tazminatını ve ihbar süresi vermeyi gerektiren bir sona erdirme değildir²³. Bu nedenle ikale kapsamında işçiye yapılan ödemelere kıdem ve ihbar tazminatı dense bile teknik olarak bunların kıdem ve ihbar tazminatı olmadığı açıktır. Yasaya göre mahsuba konu yapılacak ödemeler ise peşin ödenmiş bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatıdır. Dolayısıyla ilk bakışta ikale kapsamında kıdem ve ihbar tazminatı adı altında veya bunlar ölçü alınarak yapılan ödemelerin dört aylık ücret ve diğer haklardan yasal mahsup yetkisine dayanılarak mahsup edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Oysa durum böyle değildir. Taraflar her ne kadar bir ikale yapmış iseler de bu ikalenin hukuken geçerli olmadığı işe iade kararı ile anlaşılmıştır. Yani işe iade kararı, işveren tarafından bir fesih yapıldığı ve bu feshin geçersiz olduğu tespit edilerek verilmiş olmaktadır. Bu durumda geçersiz fesih tarihinde işçiye ikale kapsamında değil, işverenin feshine dayalı bir ödeme yapılmış olmaktadır. Bu durumda işçiye yapılmış olan ödeme kıdem tazminatı ve ihbar süresine ait peşin ücret sayılmış olacağından bu ödemeler yasal mahsup hakkına konu olacaktır.

ii- Ek Ödemeden Kaynaklanan Mahsup Sorunu

Uygulamada iş sözleşmesi fesihleri sırasında işçilere ek ödemelerin yapıldığı da görülmektedir. Veya iş sözleşmelerinin karşılıklı anlaşmalarla feshedildiği ve bu sözleşmeler karşılığında işçilere kıdem ve ihbar tazminatı ölçü alınarak yapılan ödemelerin dışında da çeşitli ödemelerin yapıldığına rastlanmaktadır. Bu tip durumlarda işçinin işe iade davasını kazanıp yeniden işe başlaması halinde yapılan ödemelerin mahsuba konu olup olmayacağı tartışılması gereken bir uygulama sorunudur.

İşverenin bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatına ek olarak yaptığı bir ödemenin olması durumunda bunun işe başlatmama tazminatının miktarı bakımından dikkate alınması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararı vardır²⁴. Ancak bu yaklaşımı bir ilke durumuna yükseltmek mümkün değildir. Yargıtay, anılan kararının konusu olan somut olay bakımından bu sonuca varmış gözükmektedir. Ancak bu yaklaşım genelleştirilecek bir uygulama olamaz ise de somut olayın özelliklerine gö-

re kullanılabilceğini de belirtmek gerekir.

Bunun dışında işveren ek ödemeye ilişkin işçiyle bir yazılı anlaşma yapmış ise taraflar arasındaki konuya ilişkin sözleşmenin hükümlerine göre hareket etmek gerekir. Esasında işçiye ek ödeme yapılacak durumda bunu bir yazılı anlaşmaya bağlamak ve anılan anlaşma içerisinde olası bir işe iade kararı halinde yapılan ek ödemenin akıbetinin ne olacağını belirlemek en doğrusudur. Böyle bir anlaşmada işveren ve işçi ek ödemenin olası işe iade halinde işe iadenin işçi lehine gerçekleşen ve işverenin ödemesi gereken ücret ve diğer haklardan mahsup edileceğini kararlaştırabilirler. Eğer taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa işverenin işçiye yaptığı ek ödemenin gerçek sebebine göre bir sonuca varmak gerekir. İşveren ek ödemeyi işçiye işe iade davası açmaması karşılığında vermişse bu sebep hukuka uygun olmadığı için yapılan ödeme sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olur. İşveren ek ödemeyi işçiye, işe iade davası sonucu işçinin işe dönmesi halinde geri almak koşuluyla vermişse diğer deyişle bozucu şarta bağlı bir anlaşma varsa işveren bu ödemeyi genel hükümlere göre talep etme hakkına sahip olur. Ancak her iki durumda da işverenin ek ödemeye ilişkin bir mahsup yapamayacağı kesindir.

iii- Mahsup Fazlası Ödemenin İşçiden İstirdadı Sorunu

İşveren gerek yasadan kaynaklanan, gerekse işçiyle arasındaki sözleşmede yer alan mahsup hükümlerine göre bir mahsup işlemi yaptığında yine de işçiden alması gereken bir miktar kalırsa bunun işçiden istirdadı yollarının düşünülmesi gerekir. Önemle belirtelim ki işverenin dört aylık ücret ve diğer haklarda peşin ödenen bildirim süresi ücretini ve kıdem tazminatını yasa hükümleri gereğince, ek ödemeyi ise işçiyle arasında olan yazılı sözleşme hükümleri gereğince mahsup ettikten sonra kendiliğinden kalan kısma ilişkin olarak işçinin çalışmaya başladıktan sonraki ücretlerinden herhangi bir kesinti yapamaz. Bunun için yani mahsup fazlası kısma ilişkin İş K. m.35'te yer alan dörtte birlik sınıra uymak kaydıyla her ay ücretten kesinti yapılmasında işçinin yazılı muvafakati gerekir. İşçi yazılı muvafakat vermez ise işveren kesinleşmiş bir yargı kararı veya icra takibi olmadan ücretten kesinti yapamayacaktır²⁵. İşçinin yazılı muvafa-

kati iş sözleşmesiyle alınabileceği gibi fesih sırasında taraflar arasında yapılmış olan yazılı anlaşmaya da konabilir. Hatta işçi işe başladıktan sonra da yazılı muvafakatının alınması mümkündür. İşçinin muvafakatının yazılı olmasının aranmasının sebebi İş Kanunu'nun 35. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin uygulanması çerçevesinde temlik işleminin yazılı şekle tabi olmasıdır.

g- Dört Aylık Sürenin Kıdemden Sayılması

İşçinin çalıştırılmadığı dört aylık süre kıdemden sayılır. Dava dört aydan fazla devam etse de örneğin işçinin yeniden işe başlamasına kadar geçen süre iki yıl olsa da sadece dört aylık süre işçinin kıdeminden sayılacaktır. Bunun böyle olmasının nedeni konuya ilişkin İş Kanunu'nun 21. madde hükmünün mutlak emredici olması ve aksinin kararlaştırılmamasıdır. Dört aylık sürenin kıdemden sayılmasının anlamı kıdeme bağlı hakların bu dört aylık süre eklenecek şekilde hesaplanmasıdır. Örneğin işe başlayan işçinin iş sözleşmesi daha sonra kıdem tazminatı ödenecek şekilde sona erdirilirse, kıdem tazminatının hesabında bu dört aylık süre dikkate alınacaktır. Aynı sonuç ihbar sürelerinin tespiti bakımından da geçerlidir. Yıllık izni hak kazanmaya ilişkin bir yıllık sürenin hesabında veya yıllık izin kademelerinde ya da iş ilişkisinin sona ermesinde kullanılmayan yıllık izin sürelerinin hesabında bu dört aylık süre dikkate alınmak zorundadır. Diğer bir örnek olarak işyerinde kıdeme dayalı olarak yapılacak ödemelerde bu dört aylık sürenin dikkate alınması verilebilir. Özetlemek gerekirse dört aylık sürenin kıdemden sayılması hem iş ilişkisinin devamı sırasındaki kıdeme dayalı hakların uygulanması bakımından hem de iş sözleşmesinin sona ermesi halinde feshe bağlı hakların ödenmesi bakımından bu dört aylık sürenin dikkate alınması demektir²⁶.

h- Dört Aylık Sürenin Sigorta Bildirimini Yapılması

İşe iade sonucu işe başlayan işçinin çalıştırılmadığı dört aylık sürenin sigortaya bildirim zorunludur. Bu bildirim sigorta primlerinin de ödenmesini gerektirmektedir. Konuya ilişkin 27.04.2006 tarihli 16-370 Ek. No.lu SSK. Başkanlığı Genelgesi'ne göre

re kesinleşmiş işe iade kararının işçiye tebliği tarihinden itibaren onuncu işgününün içinde bulunduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ek bildirimle aylık prim ve hizmet belgelerinin verilmesi ve muhteviyatı prim tutarlarının da aynı süre içinde ödenmesi halinde idari para cezası ve gecikme cezası uygulanmayacaktır²⁷. Anılan Genelge işçinin işe başlatılmaması veya işçinin istemesine rağmen işe başlatılmaması hallerinde bildirim yapılmasını ve primlerin ödenmesini düzenlemiştir. Bize göre de bu yaklaşım Kanuna uygundur. İşe iade davası dört aydan fazla sürmüştü sigortaya bildirilecek dört aylık süre geçersiz feshi takip eden dört aylık süre olup bu süreyi aşan kısma ilişkin herhangi bir bildirim yapma ihtiyacı yoktur.

3- İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Doğan Hakları

a- İşe Başlatılmamanın Fesih Sayılması

İşçinin işe başlatılmamasının ilk hukuki sonucu; taraflar arasında işe iade kararının verilmesi, işçinin iş başvuru yapması ve işverenin bu başvuruyu kabul etmemesiyle ihya edildiği varsayılan iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin kabul edilmesidir²⁸. İşçinin işe başlatılmamasının iş sözleşmesinin önce varsayımsal olarak ihya edildiği sonra feshedildiği şeklinde yorumlanmasının temel dayanağı İş Kanunu 21. madde 4. fıkrasında yer alan "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir." hükmüdür. Hükmünden de anlaşılacağı gibi işe başlatılmamak süreli fesihle paralel olarak öngörülmüş ancak ortada gerçek bir iş sözleşmesi olmadığı, sadece sözleşme varsayımına dayanıldığı için ihbar süresi vermek maddeten mümkün olmadığından ihbar süresine ait ücretin peşin ödenmesi yani peşin ödemeli fesih yolu seçilmiştir.

Bununla birlikte işverenin işe başlatmaması her ne kadar fesih sayılsa da yasadaki kaynaklanan seçimlik yetki olduğu için bu fesih işleminin bir sebebe dayanması gibi bir gereklilik elbette söz konusu değildir. Yine bu nedenle bu fesih işlemine karşı yeniden bir yargı denetimi yoluna gidilemez. Bu özellik nedeniyle işverenin işe başlatılmamasıyla gerçekleşen feshin yasadaki kaynaklanan bir fesih olduğu ve geçerli feshin sonuçlarına bağlı olduğu

söylenbilir.

b- Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi ve Bu Sürenin Kıdemden Sayılması

İşveren işçiyi işe başlatmadığında da işçiyi çalıştırmadığı dört aylık süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını ödemek zorundadır. Bu bakımdan işçinin işe başlatılması ile isteğine rağmen işe başlatılmaması arasında temelde bir fark yoktur. Her iki durumda da dört aylık ücret ve diğer haklar giydirilmiş brüt ücrettir. Her iki durumda da işçinin ücret ve diğer haklarına ilişkin bordro düzenlenmesi, vergi ve primlerin tahakkuk ettirilmesi, ilgili kurumlara bildirim ve ödemelerin yapılması, işçiye yapılacak ödemelerin netleştirilmesi gerekmektedir. Yine her iki durumda da işe iade davası daha fazla sürmüş olsa da bildirim yapılacak süre geçersiz feshi takip eden dört aylık süredir. Ve nihayet her iki durumda da dört aylık süre işçinin kıdemi ne eklenir²⁹. İki durum arasındaki tek fark işçi işe başlatıldığında eğer geçersiz fesih tarihinde kendisine ihbar ve kıdeme ilişkin bir ödeme yapılmışsa bu ödemelerin dört aylık ücret ve diğer haklardan mahsup edilmesi imkânıdır. İşe başlatılmayan işçinin dört aylık ücreti ve diğer hakları bakımından bu şekilde bir mahsup işleminin yapılması söz konusu değildir.

c- İşe Başlatmama Tarihine Kadar İşyerinde Gerçekleşmiş Haklardan İşçinin Yararlandırılması

İşe başlatmama tarihine kadar işyerinde gerçekleşen haklardan kural olarak işçi yararlanır. Ancak işçinin her talep hakkı bakımından bu yararlanmanın kapsamını ve tarih sınırını belirlemek gerekir.

Dört aylık ücreti ve diğer hakları etkileyecek işçi lehine değişiklikler ancak geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürede gerçekleşmiş olanlardır. Başka bir anlatımla işçinin işe başlatılmama tarihindeki emsallerine göre belirlenecek ücreti, eğer işe başlatılmama tarihi geçersiz feshi izleyen dört aylık süreden sonraki bir tarih ise dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesinde dikkate alınmayacaktır.

İşe başlatmama tazminatı bakımından hesaba esas alınacak ücret ise işçinin işe başlatılmadığı ta-

rihteki temel ücret olacaktır. Bunun anlamı işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar işyerinde gerçekleşmiş ücret zamlarından işçinin yararlanacak olmasıdır³⁰. Ancak bu ücret giydirilmiş ücret olmadığı için sosyal haklar yönünden ortaya çıkan artışlar dikkate alınmayacak sadece temel ücrete yönelik zamlar gözetilecektir.

Kıdem ve ihbar tazminatları bakımından hesaba esas alınacak ücret de işe başlatmama tarihindeki giydirilmiş ücrettir. İşçiye geçersiz fesih sırasında kıdem ve ihbara ilişkin ödeme yapılmış olsa bile fark kıdem ve ihbar tazminatı çıkması söz konusudur. Bu farkların hesabında işverenin işçiyi işe başlatmadığı tarihteki giydirilmiş ücreti esas alınır. Ayrıca kıdem tazminatı bakımından yine o tarihteki kıdem tazminatı tavanına göre hesap yapılır.

Kullanılmayan yıllık izin ücretlerinin hesabında da işe başlatmama tarihindeki temel ücretin dikkate alınması gerekecektir. İşe başlatılmama halinde yıllık izne ilişkin iki şekilde ödeme çıkabilir. Birincisi geçersiz fesih tarihindeki ücret esas alınarak işçiye ödenmiş olan yıllık izin ücretleri işe başlatmama tarihindeki ücret daha yüksek ise eksik kalır ve aradaki farkın ödenmesi gerekir. İkincisi dört aylık sürenin kıdeme eklenmesi ile işçi yeni bir yıllık izin hakkı kazanmış olabilir ve bunun son ücret üzerinden ödenmesi gerekir. Her iki durumun birlikte gerçekleşmesi elbette ki mümkündür.

d- İşe Başlatmama Tazminatının Ödenmesi

İşveren işe iade kararı sonucunda işe başlamak isteyen işçiyi yasadan kaynaklanan seçimlik borç yetkisini kullanıp işe başlatmaz ise mahkemece tayin edilmiş olan işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olur. İşe başlatmama tazminatının muaccel olduğu tarih işverenin işe başlatmama iradesinin açığa çıktığı tarih veya işverenin işe başlatmama süresi olan bir aylık süreyi izleyen gündür. İşe başlatmama tazminatı prime esas kazançlardan olmadığından sigorta primine tabi değildir. Ayrıca bu ücretten hesaplanacak ödemenin gelir vergisine tabi olmayacağına ilişkin Danıştay kararları bulunmaktadır³¹. Ancak öğretide aksine görüşler ileri sürülmekte ve işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmesi gerektiği savunulmaktadır³². Anılan görüşe göre işe başlatmama tazminatı Gelir Vergisi Kanunu'ndaki muafiyet kalemleri arasında

sayılmadığından gelir vergisine tabidir. Bu tartışma bir yana, işe başlatmama tazminatından her halükârda damga vergisi kesilir. Değınildiğı üzere işe başlatmama tazminatı, işe başlatmama tarihindeki temel brüt ücret esas alınarak hesaplanır.

e- Dört Aylık Sürenin Kıdemden Sayılması Nedeniyle Bakiye Süre Bir Yılı Geçerse Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinin Ödenmesi

İşçinin geçersiz fesih tarihine kadarki hizmet süresinin tam yıllardan artan kısmı veya bu süre tam yıl olmamışsa toplam hizmet süresi sekiz ay veya daha fazla ama bir yıldan az ise dört aylık sürenin eklenmesi ile bir yılı aşan bir hizmet süresi doğar. Bu durumda işçi yeni bir yıllık izin hakkına sahip olur³³. İşçi işe başlatılmadığı için doğan izin hakkını kullanma hakkı olmayacağından bu izin süresinin ücretine hak kazanır. Öte yandan bu dört aylık kıdem işçinin, yıllık izin kademelerine de etki edebilir. Örneğın işe iade davası açan işçi beş yıl, dokuz aylık hizmete sahipse dört aylık sürenin eklenmesiyle toplam hizmet süresi altı yıl, bir ay olur. Bu durumda işçinin altıncı yıl izin süresi on dört gün değil, yirmi gün olarak hesaplanır ve işçiye ücretin yirmi gün üzerinden ödenmesi gerekir. İşçiye yıllık izne ilişkin olarak yapılacak ödemelerde işe başlatmama tarihine göre belirlenecek en son ücreti dikkate alınır.

f- Ödenmemişse Dört Aylık Sürede Eklenerek Kıdem ve İhbar Tazminatlarının Ödenmesi

Geçersiz fesih sırasında işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemişse, işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken kalemler arasında kıdem ve ihbar tazminatı da vardır. İşçinin kıdem süresi hesaplanırken ve ihbar süresi belirlenirken dört aylık çalıştırılmadığı sürenin hesaba katılması gerekmektedir. Örneğın geçersiz fesih tarihinde iki yıl, dokuz aylık hizmeti olan bir işçi bakımından işe başlatılmama halinde üç yıl, bir ay kıdem süresi ve sekiz hafta ihbar süresi belirlemek gerekir. Kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin ödemelerde işe başlatmama tarihine göre saptanacak giydirilmiş ücretler dikkate alınır. Yine belirtmek gerekirse kıdem tazminatı tavanının belirlenmesinde elbette ki işe başlatma

ma tarihindeki tavanı dikkate almak gerekir³⁴.

g- Ödenmişse Dört Aylık Kıdem ve Gerçekleşmiş Haklardan Kaynaklanan Fark Kıdem ve İhbar Tazminatının Ödenmesi

Geçersiz fesih tarihinde işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş olsa bile kıdem ve ihbar tazminatı fark ödemeleri söz konusu olabilmektedir³⁵. Kıdem tazminatı farkı üç halde gerçekleşebilir: Bunlardan birincisi dört aylık sürenin kıdeme eklenmesidir ki, her halükârda kıdem tazminatı farkı doğuran bir durumdur. Başka bir deyişle hesaba esas alınan ücret ve kıdem tazminatı tavanında bir değişiklik olmasa da işe iade sonucunda işe başlatılmayan işçiye her durumda dört aylık süreden kaynaklanan kıdem tazminatı farkı ödenmek zorundadır.

Kıdem tazminatı farkı doğuran ikinci olgu, hesaba esas alınan ücrette meydana gelen artışlardır. İşe başlatmama tarihindeki giydirilmiş ücret kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmak zorunda olduğu için tavana kadar gerçekleşen ücret zamları sebebiyle kıdem tazminatı farkı doğması söz konusu olabilmektedir. Kıdem tazminatı farkı doğuran üçüncü olgu ise kıdem tazminatı tavanındaki artıştır. Eğer geçersiz fesih tarihinde hesaba esas alınan tavan işe başlatmama tarihinde değişmişse, işe başlatmama tarihindeki tavana göre yeniden hesap yapılması sorunludur. Elbette bu ihtimal giydirilmiş ücreti tavanı aşan işçiler için geçerlidir.

h- İşverenin Ek Ödemeden Kaynaklanan Haklarını Mahsup Edip Edemeyeceğı

İşe başlatılmayan işçiye, işveren geçersiz fesih sırasında ek bir ödeme yapmışsa, işçiye yapacağı ödemelerden bunu mahsup edip edemeyeceğı veya takas olarak ileri sürüp süremeyeceğı sorunlarının üzerinde durulmalıdır.

İş Kanunu madde 21'de yer alan mahsup hükmü işe başlatılan işçiler bakımından geçerli olduğundan ele aldığımız sorunun çözümüne yönelik bir sonuç doğurmaz. Dolayısıyla sorunu genel hükümlere göre ele alıp değerlendirmek gerekir. İşverenin yaptığı ek ödemenin hukuki niteliğini belirlemek birinci sorundur. İşveren bu ek ödemeyi

geçersiz fesih sırasında işçiyle yaptığı bir sözleşmeye dayandırmış ve ek ödemenin akıbetini taraflar sözleşmede belirlemişler ise yapılan ödeme akdi nitelikte olup, sözleşme hükümlerine göre bir sonuca varılır. Eğer taraflar arasında yapılan ödemeye ilişkin sözleşmesel bir temel yok ise veya sözleşmesel bir temel olsa bile ödemenin sebebi hukuka aykırı ise bu durumda yapılan ödeme sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Örneğin işverenin yaptığı ek ödeme işçinin işe iade davası açmama taahhüdüne karşılık ise, bu taahhüt hukuka aykırı olduğundan yapılan ödeme de sebepsiz zenginleşme yaratan bir ödemedir. Sonuç olarak işverenin yaptığı ek ödeme ya hukuka uygun sözleşmesel temeli olan bir ödeme niteliğinde olur (bu durumda ek ödemenin akıbeti sözleşme hükümlerine göre belirlenir) veya hukuka geçerli bir sebebe dayanmaz. Bu durumda ek ödemenin akıbetini sebepsiz zenginleşme hükümleri tayin eder.

İşverenin yaptığı ek ödemenin hukuki niteliği ne olursa olsun, işveren Borçlar Kanunu 118. maddede uyarınca işe başlatmadığı işçiye yapacağı ödemeler çerçevesinde takas hakkını kullanabilir. Ancak işveren bu takas hakkını BK. madde 123/2. bent hükmü gereği dört aylık ücret ve diğer haklara karşı ileri süremez. Fakat işçinin diğer hakları bakımından işverenin takas hakkını kullanmasına bir engel yoktur. Ancak buradaki sorun da, işverenin bu hakkını ileri sürebilmesi için ek ödemeye ilişkin alacağının muaccel olması ve alacağın zamanlaşımına uğramaması gerekir.

İşverenin ek ödemeye ilişkin alacağı ancak en erken işe iade kararının kesinleşmesi ile muaccel olduğundan zamanlaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Ek ödemenin hukuka uygun bir sözleşmesel temeli varsa sözleşme zamanlaşımı, eğer ek ödemeye ilişkin hukuka uygun bir sebep yoksa sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanlaşımı kuralları uygulanır. Ek ödemenin dayanağı olan sözleşmesel temel, bozucu şarta bağlı ödünç sözleşmesi olarak nitelenebileceğinden uygulanabilecek zamanlaşımı süresi, BK 309. madde uyarınca, altı aydır. Ek ödeme sebepsiz zenginleşme çerçevesinde talep edilecek ise zamanlaşımı süresi BK 66. madde uyarınca bir yıldır.

4- Çağrılmasına Rağmen İşçinin İşe Başlamaması

İşe iade kararı üzerine işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurmaması halinde işverence yapılmış feshin geçerli fesih haline geleceği ve işverenin sadece bu feshin hukuki sonuçlarından sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir (İşK. m. 21/5 f). Buna karşın başvuru yapan işçiyi, işverenin işe çağırması halinde, işçi işe başlamazsa sonucun ne olacağına ilişkin bir kurala yasa da yer verilmemiştir. Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında çoğunluk oyuyla; kanun boşluğu olarak nitelediği sorunu, İşK. m. 21/5 f düzenlenmesini kıyasen uygulayarak çözmüştür. Aynı karardaki karşı oy yazısında ise irade beyanı kurallarına göre hareket edilerek sözleşmenin devrede olduğunun kabulüyle sözleşme hukukuna göre sorunun çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır³⁶. Bize göre kararda yapılan kanun boşluğu tespiti yerindedir. MK. m.1'e göre "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır." Eğer bir çekişmede özel ve genel kanunlarda sözü ve özü itibarıyla uygulanabilecek bir hüküm yoksa kanun boşluğundan söz etmek gerekir. İncelemeye konu kararda ele alınan çekişme bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nda yasal hüküm olmadığı gibi, karşı oydaki yaklaşımın aksine genel hükümler içerisinde de uygulanacak bir kural bulunmamaktadır. Çünkü kanımızca, karşı oyda gösterildiğinin tersine BK. 1 ilâ 9. maddelerin yorum yoluyla olsa dahi karar konusu çekişmeye uygulanması mümkün gözükmemektedir³⁷.

a- İşçinin Başvurusunun Yapılmamış Sayılması

Belirtildiği gibi işçi, işe iade kararının kendine sağladığı hakları kullanabilir hale gelmesi için süresi içinde işe başvuru yapmak zorundadır. Çoğunlukla benimsendiği üzere işçinin bu başvurusunun işveren tarafından kabul edilmesi halinde taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olmamakta, mevcut sözleşme devreye girmiş sayılmaktadır³⁸. İşçinin işe başvurusunun işveren tarafından kabul edilmemesi halinde ise Yargıtay'ın içtihat haline gelmiş görüşüne göre işçinin işe başlatılmadığı tarihte taraflar arasındaki mevcut sözleşmenin feshedildiği kabul edilmektedir³⁹. Ancak burada

feshe konu bir sözleşmenin mevcudiyetini sağlayan olgular; işe iade kararının verilmesi, işçinin işe başvuru yapması ve işverenin bu başvuruyu kabul etmemesidir. Diğer deyişle feshedildiği kabul edilen iş sözleşmesi anılan olgular sebebiyle ihya edildiği varsayılan sözleşmedir.

Demek ki işverenin başvuruyu kabul etmemesi hali hariç, işçinin başvurusu üzerine iş sözleşmesinin ihyası ancak işçinin çağrıya uyup işe başlaması veya işe başlayacağını açıklamasıyla söz konusu olabilir. Ancak bu aşamadan sonra iş sözleşmesi bütün hükümleriyle geçmişe etkili olarak yeniden devreye girer ve tarafların sözleşmeden kaynaklanan haklarını kullanması ve borçlarını yerine getirmesi söz konusu olabilir.

Bu nedenlerle işe iade kararı geçersiz fesihle sona ermiş iş sözleşmesini kendiliğinden ihya eden bir etkiye sahip değildir. İşe iade kararı öncelikle işçinin işe başvurusu koşuluna bağlı olarak, işverene yüklenmiş iki borçtan birini seçme yetkisi veren bir karardır. İşveren bu borçlardan birini seçerek karar gereğini yerine getirme yetkisine sahiptir. İşçi ya işe başvurmayarak veya işveren işe başlatma borcunu seçip işçiye çağrı yaptığında işe başlamayarak işvereni işe iade kararından doğan bütün borçlardan kurtarabilir.

Sonuç olarak işe iade kararı üzerine işe başvuran işçi işverenin başvuruyu kabul edip çağırması halinde işe başlamadığında hukuki durumu hiç başvuru yapmamış işçinin hukuki durumuyla aynı olur.

b- Ödenmemişse ve Süre Koşulu Varsa Kıdem ve Her Durumda İhbar Tazminatına Hak Kazanılması

İşçinin çağrıldığı halde işe başlamaması, hiç başvurmayan işçiyle aynı hukuki statüde olması anlamına geldiğinden işe iade kararının tek hukuki sonucu da geçersizliğine karar verilmiş olan feshin İş K. m.21/5 uyarınca geçerli hale gelmesidir. Buna göre işçiye fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ödenmişse artık işverenin herhangi bir borcu kalmaz. Öncelikle işverenin çağrısıyla işe başlatmama tazminatı ortadan kalkmış olur. İşçinin çağrıya uymamasıyla da dört aylık sürenin kıdemden sayılması, ücret ve haklarının ödenmesi, sigor-

ta bildirimlerinin yapılması gibi yükümlülüklerin tamamı ortadan kalkar.

Eğer geçersiz fesih sırasında işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemişse anılan fesih geçerli hale geldiğinden işçinin feshe bağlı haklarının ödenmesi gerekir. Buna göre işçinin kıdem süresinin gerektirdiği bildirim süresi ücreti kadar ihbar tazminatı her durumda ödenecektir. İşçinin en az altı ay kıdem olması gerekeceğinden en az dört haftalık ihbar tazminatı bu durumdaki her işçi tarafından hak edilmiş olur. Hizmet süresine göre ihbar tazminatı sekiz haftaya kadar çıkabileceği gibi artırılmış ihbar süreleri varsa daha fazla da olabilir. Bunun yanı sıra en az bir yıllık hizmet süresi olan işçi bakımından kıdem tazminatı da ödenecektir. Tüm bu ödemeler bakımından hizmet süresi hesaplanırken geçersiz fesih tarihi dikkate alınacak ve hesaba esas ücret de yine geçersiz fesih tarihindeki giydirilmiş ücret olacaktır.

c- Başvuruyla Dört Aylık Ücret ve Diğer Haklara Hak Kazanılmasına İlişkin Yargıtay İçtihadı ve Değerlendirilmesi

Yargıtay, işverenin işe çağrısının samimi ve gerçek olması konusunda bir tereddüt olmadığı halde işçinin işe başlamamasına rağmen sadece yasal süre içinde işe başvuru yapmasının dört aylık ücret ve diğer hakları kazanmasına yeteceği, konusunda kararlar vermeye başlamıştır^{40,41}.

“İşçinin sadece yasal süresi içinde başvurmasının çalıştırılmayan dört aylık süre ve diğer haklara hak kazandıracağı yaklaşımı bireysel ve toplu iş hukuk sisteminde birçok karmaşaya neden olabilecek niteliktedir.

Eğer bu görüş kabul edilirse dört aylık sürenin kıdem süresinden de sayılması sonucuna da ulaşmak gerekecektir. Bu durumda işçinin kıdem süresine bağlı kıdem tazminatı, kullanılmayan yıllık izin süresi ve ücreti, ihbar süresi ve ücreti ya da ihbar tazminatı bakımından dört aylık sürenin hesaba katılması kaçınılmaz olacaktır. Böylece çağrıldığı halde işe başlamayan işçi sadece yasal süresi içinde başvurmakla hem dört aylık ücret ve diğer haklara sahip olacak hem de iş sözleşmesinin süresini dört ay daha uzatmış sayılacaktır. İşçinin sadece başvuru iradesinin bu hukuki sonuç-

ları doğurduğunu ileri sürmek son derece hatalıdır.

Elbette bu görüşün doğal sonucu olarak işveren dört aylık bu sürenin sigorta bildirimini yapıp primlerini de ödemek zorunda kalacaktır. Oysa işverenin prim ödeme borcu iş ilişkisinin varlığına ve ücret ödeme borcuna bağlıdır. Ortada bir iş ilişkisi olmadan işvereni hem ücret ödeme hem de prim ödeme borcu altına sokan bu yaklaşımın zorunlu sosyal sigorta ilkesiyle ve uygulama esaslarıyla bağdaştığını söylemek olanaklı değildir.

Aynı şekilde bu görüşe göre işçinin iş sözleşmesinin hukuken sona erdiği tarih geçersiz fesih tarihine eklenen dört aylık sürenin sonunu izleyen gün olarak kabul edilecektir. Buradaki mantıksal tutarsızlık ise son derece belirgindir. İşçi sadece yasal başvuru yaptığı için, işverene ait fesih hak ve yetkisini işveren kullanmadan, işçinin başvurusu eylemine bağlı kendiliğinden gerçekleşen bir sonuç olarak feshi işverenin yaptığı varsayılacaktır. Çünkü ulaşılan bu sonuçta işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının da ödenmesi gerekmektedir veya geçersiz fesih tarihinde ödenmişse bu süreye ait doğacak farklar ödenmelidir. Yani işverenin iradesi işçinin işe başlaması olduğu halde işçi işe başlamayınca bu yine işverenin feshi olarak sayılacak ve fesih tarihi de ücreti ödenen dört aylık sürenin sonu olacaktır.

Bu yaklaşımla fesih tarihi ileri alınacağı için kıdem, ihbar, yıllık izin hesabına esas alınacak ücret dört aylık sürenin sonundaki ücret olacaktır. Bu süre içinde örneğin işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yeni haklar doğmuşsa işçi bundan da yararlanacaktır. Veya toplu iş sözleşmesi olmayan ya da toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında olan işçiler bakımından işveren ücret zammı yapmışsa bu zamların da hesaba esas alınan ücretler bakımından dikkate alınması zorunluluğu olacaktır. Nihayet bu dört aylık süre içinde kıdem tazminatı tavanı artacaksa işçi bundan da yararlanacaktır.

Elbette işçi bu dört aylık süre içinde işverenin işçisi sayılacak ve örneğin çoğunluk tespit sürecinde hesaba katılacaktır veya işverenin kimi yasal yükümlülüklerini belirleyen işçi sayısı tespitinde dikkate alınacaktır.

Görüldüğü üzere Yargıtay içtihadında ulaşılan sonucun iş güvencesine ilişkin pozitif kuralların

yanı sıra iş hukukunun diğer pozitif kurallarına da açıkça aykırılıklar taşıdığı belirgindir⁴².”

Oysa “Dört aylık ücret ve diğer hakları elde etmenin temeli iş ilişkisinin ihya edilmiş olması başka bir deyişle işverenin yaptığı geçersiz fesihle geçici bir süre ortadan kalmış olan iş ilişkisinin hukuken yeniden kurulmuş olmasıdır. Hukuken ihya edilmiş olan iş ilişkisinin geçersiz fesih tarihini izleyen dört ayı işçinin ücret ve diğer hakları çalışmadığı halde yasa gereği elde ettiği dönemdir. Dört aylık süreden sonra işçinin işe başlatıldığı ya da başlatılmadığı tarihe kadar geçen bir dönem varsa bu dönem de iş ilişkisi sürmekle birlikte işçinin devamının kesildiği dönem olarak kabul edilecek bir niteliktedir. Bu yaklaşım çerçevesinde işçi başvurusunu yapmış olmakla birlikte çağrıldığı halde işe başlamazsa iş ilişkisinin ihya olması mümkün olmayacağı ve iş ilişkisi ilk fesih tarihi itibarıyla sona ermiş kabul edileceği için dört aylık ücret ve diğer hakları iş ilişkisi temelinde dayalı olarak elde etmesi söz konusu olamayacaktır⁴³.”

d- İşverenin Ek Ödemeden Kaynaklanan Haklarını Talep Edip Edemeyeceği

Çağrıya rağmen işe başlamamak hiç işe başvurmamakla aynı hukuki sonuçları doğurduğundan, işverenin geçersiz fesih sırasında işçiye yaptığı ek ödemelerin hukuki akıbeti konusunda da hiç işe başvurmamış işçiye yapılan ek ödemelerle ilgili ulaştığımız ve yukarıda ilgili bölümde yer verdiğimiz sonuçların geçerli olduğu görüşündeyiz. Buna göre işverenin ek ödemesi işçinin işe iade davası açmaması taahhüdü karşılığı verilmişse bu taahhüt hukuken geçersiz olduğundan işveren ancak sebpsiz zenginleşme hükümlerine göre istirdat talep edebilir. İşverenin ek ödemesi, işe iadenin mali sonuçlarına yönelik verilmişse, işçinin işe başlamaması işe iadeye ilişkin hiçbir mali sonucun doğmamasını sağladığından, işverenin istirdat talep hakkı olamayacaktır. Çünkü bozucu şarta bağlı yapılmış ödeme şart gerçekleşmediği sürece geri istenemez.

DİPNOTLAR

- 1 4773 sayılı Kanun'la 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen iş güvencesi hükümleri 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmişti.

- 2 Süzek, S., İş Hukuku, Beta, 2006, s. 481- 482 ve aynı yerde 156 no.lu dipnotta geçen karar ve yazarlar.
- 3 Öğretide yasada kullanılan "feshin geçerli sayılması" ifadesi eleştirilmekte ve yargı kararıyla geçersizliği tespit edilmiş olan feshin işçinin başvurumama davranışıyla geçerli hale geldiği sonucuna varılması bir tutarsızlık olarak kabul edilmektedir. Bkz. Akı-Altıntaş-Bahçivancılar, Uygulamada İş Güvencesi, İstanbul: Legal Yayınları, s. 152 ve aynı yerde 43 no.lu dipnotta atf yapılan yazarlar.
- 4 Akyiğit, E., 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006, 2. baskı, s. 80; Süzek, 487.
- 5 Günay, C.İ., İş Kanunu Şerhi 1.Cilt, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, 2. baskı, s. 905. Yazara göre işçinin süresinde başvurumamasından çıkan bir sonuç da işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda kalmamasıdır.
- 6 Konuya ilişkin bir Yargıtay kararının metni ve incelemesi için bkz. Uçum, M. "İşe İade Sonunda Dört Aylık Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesinde İşçinin İşe Başvurusunun Yeterli Olup Olmadığı", Legal YKİ, 2008, Sayı 7, s. 36-44. (Karar İnceleme, YKİ 7); Aynı yöndeki diğer bir karar; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2008/4328 E., 2008/6932 K., 31.03.2008 T.; Legal İSGHD, 2008, sayı 18, s.623-624.
- 7 Süzek, s. 482; Mollamahmutoglu, H., İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 2004, s. 579.
- 8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2005/32433 Karar Numarası: 2006/10560 Karar Tarihi: 18.04.2006, Legalbank-İnternet Hukuk Programı, www.legal.com.tr.
- 9 Akyiğit, s.804.
- 10 Süzek, 487.
- 11 Kılıçoğlu, M., İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul: Ayhan Yayıncılık, 2005, s. 240. Yazar, işe başlatılanlar için kıdemden sayılan sürenin isabetli olarak geçersiz fesih tarihini izleyen ilk dört aylık süre olduğu görüşündedir. Aynı görüşün işe başlatılmayan işçilerin kıdem bakımından da isabetli olduğu kuşkusuzdur.
- 12 27.04.2006 tarihli 16-370 Ek. No.lu SSK. Başkanlığı Genelgesi.
- 13 Aksi görüş, Akyiğit, s. 805-806.
- 14 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/24775, Karar Numarası: 2006/26831, Karar Tarihi: 10.10.2006, Legalbank-İnternet Hukuk Programı, www.legal.com.tr.
- 15 Resmi Gazete, Sayı 26887, Tarih 26 Mayıs 2008, Pazartesi.
- 16 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2006/1570 Karar Numarası: 2006/4778 Karar Tarihi: 27.02.2006. Karara ilişkin inceleme için bkz. Uçum, M. Hasan Günüş, Gerçek İşverenin Tespiti ve Greve Katılmama Hakkı, Legal İSGHD, 2006, sayı 11. s. 929-943.
- 17 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/21611, Karar Numarası: 2006/22886, Karar Tarihi: 15.09.2006, Legalbank.
- 18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2007/8472, Karar Numarası: 2007/18732, Karar Tarihi: 12.06.2007; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/25610, Karar Numarası: 2006/32373, Karar Tarihi: 11.12.2006, Legalbank.
- 19 Farklı olasılıklara göre yapılan tartışma için bkz. Akı-Altıntaş-Bahçivancılar, s. 160.
- 20 Aynı görüş, Akı-Altıntaş-Bahçivancılar, s. 160; Çankaya O., Cevdet İlhan Günay, Seracettin Göktaş, İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, 2005, s. 267.
- 21 Aynı görüş. Günay, s. 913-914.
- 22 Süzek, s.482-483; Çil, Ş., 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 1.Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 414.
- 23 İş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesine yönelik ayrıntılı bir değerlendirme içeren karar incelemesi için bkz. Ekonomi, M. İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Legal YKİ 1, 2006, s. 29-47.
- 24 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2006/16045, Karar Numarası: 2006/20332, Tarihi: 10.07.2006, Legalbank.
- 25 Aynı görüş. Çankaya, Günay, Göktaş, s. 271.
- 26 Konuya ilişkin öğretilerdeki farklı görüşler, eleştiriler ve Yargıtay uygulaması için bkz. Akyiğit, s. 806; Güven, E., Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2007, s. 156-157; Kılıçoğlu, s. 230; Süzek, s. 487; Çil, s. 413-414.
- 27 Süzek, s. 188; Günay, s. 915.
- 28 Süzek, s. 484; Çankaya, Günay, Göktaş, s.262; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/16932, Karar Numarası: 2005/31926, Karar Tarihi: 03.10.2005, Legalbank.
- 29 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/2277, Karar Numarası: 2005/32778, Karar Tarihi: 10.10.2005, Legalbank.
- 30 Çankaya, Günay, Göktaş, s. 265.
- 31 Daniştay 3. Dairesi, Esas No. 2006/3799, Karar No. 2007/414; Esas No: 2006/3800, Karar No: 2007/415; Esas No: 2006/3801, Karar No: 2007/416, Tarihleri:15.02.2007, Legalbank.
- 32 Ekmekçi, Ö., Mehmet Uçum, İş Güvencesi Tazminatı gelir Vergisine Tabi midir?, Legal İSGHD, 2006 sayı 9, s. 41-48.
- 33 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/16914, Karar Numarası: 2005/31915, Karar Tarihi: 03.10.2005; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2005/16917, Karar Numarası: 2005/31918, Karar Tarihi: 03.10.2005, Legalbank.
- 34 Aynı kararlar.
- 35 Aynı kararlar.
- 36 Yargıtay kararı metni ve incelemesi için bkz. Uçum, M. "İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları", Legal YKİ, 2007, Sayı 2, s. 177-192 (Karar İnceleme, YKİ 2).
- 37 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Uçum, Karar İnceleme, YKİ 2, s.177-192.
- 38 Süzek, s.482 ve aynı yerde 157 no.lu dipnotta geçen yazarlar; Çelik N., İş Hukuku Dersleri, Beta, 18. Bası, 2005, s. 220; Mollamahmutoglu, s. 576; Çankaya, Günay, Göktaş, s. 260.
- 39 Çankaya, Günay, Göktaş, s. 262 ve ayrıca s. 720 ve 721'de yer alan kararlar.
- 40 Uçum, Karar İnceleme, YKİ 7, s. 36-44.
- 41 Yargıtay 9 HD. 2008/4328 E., 2008/6932 K., 31.03.2008 T.; Legal İSGHD, 2008, sayı 18, s.623-624.
- 42 Uçum, Karar İnceleme, YKİ 7, s. 40-42.
- 43 Uçum, Karar İnceleme, YKİ 7, s. 40.