

İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlanan Hukuki Sonuçlar

1. GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunumuzun 18-21 inci maddelerinde yer verilen ve işçiye iş (fesih) güvencesi sağlayan hükümlerine göre, İş Kanunu ile Basın İş Kanunu kapsamına giren; otuz veya daha fazla işçiye sahip olan işyerlerinde çalışan; asgari altı aylık kıdeme sahip bulunan; işletmenin tümünü idare eden işveren vekili ve yardımcılarıyla, işyerinin tümünü sevk ve idare eden ve işçi almak ve çıkarmak yetkisini haiz işveren vekili sıfatını taşımayan işçilere yönelik bulunan “iş güvencesi” hükümleri çerçevesinde; belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sözleşmelerini feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Ayrıca hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyecektir.

İşte fesih güvencesi hükümleri kapsamına giren bir işçinin işveren tarafından sözleşmesinin -kanuni gereklere aykırılığı dolayısıyla- feshe-

dilmesi halinde yapılan feshin geçerli olmadığı öne sürülerek bir aylık süre içinde mahkemeye (ya da özel hakeme) götürülebilecektir.

Mahkemece (ya da özel hakemce) feshin geçersizliğine -ve kanunda öngörülmemesine rağmen uygulamada süregeldiği gibi işçinin işe iadesine- karar verilmesi, iş ilişkisinin hemen canlandırılması sonucunu doğurmayacaktır. Tespit niteliğindeki bu geçersizlik kararına rağmen işçinin işe başlamak için başvuruda bulunmaması ya da işe başlamaması mümkün olduğu gibi; işverenin de işçiye işe başlatması kadar başlatmama imkanı da bulunmaktadır. İş sözleşmesi ve buna dayalı iş ilişkisinin taraflar arasında devam edip etmeyeceği bu aşamada belli olmayıp; ileride kanuni prosedür içinde tarafların takinacakları tutuma göre şekillenecektir. Feshin geçersizliğinin tespitini içeren mahkeme ya da hakem kararını tebellüğ eden davacı işçinin kanunen belirlenen süre içinde işe başlamaya ilişkin başvurusunu yapması, iş güvencesine bağlanan hukuki sonuçların gündeme gelmesinin ilk adımı olacaktır.

2003 yılından beri hukukumuzda girmiş bulunan iş güvencesi kurumuna ilişkin hükümlerin uygulanması doktrin ve yargı kararlarında önemli görüş ayrılıklarına yol açan sorunları da gündeme getirmiştir. Bu sorunlardan birisi de, mahkeme (ya da hakem) tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde; işçinin kesinleşmiş kararın kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurması zorunluluğunu öngören hüküm dolayısıyla ortaya çıkmış bulunmaktadır. Gerçekten İş Kanunu'nda mahkeme ya da özel hakem tarafından ısdar edilen feshin geçersizliği kararını tebliğ eden işçinin belirli bir süre içinde işe başlamak için işverene başvurması öngörülmekte, aksi takdirde yapılan feshin geçerli sayılıp buna göre hukuki sonuçların terettüp ettirileceği belirtilmekte; ancak başvuruda bulunup işverence çağrıldığında bu daveti kabul edip çalışmaya başlamayan işçinin davranışına hangi sonucun bağlanacağı konusunda başka bir hükme yer verilmemektedir.

Biz bu yazımızda, feshin geçersizliğini belirleyen mahkeme (ya da özel hakem) kararını alan işçinin kanunda öngörülen süre içinde işverene başvurmasına rağmen, işverence çağrıldığında davete icabet etmeyip çalışmaya koyulmamış, işe başlamamış olması halinde hangi hukuki sonucun doğacağını inceleyeceğiz. Ancak daha önce bu konudaki kanuni düzenlemeyi genel hatları ile hatırlamak, özellikle “başvuru”nun şekli, anlamı ve kapsamı üzerinde durmak uygun olacaktır.

II. İŞÇİNİN İŞVERENE BAŞVURMASINA İLİŞKİN HÜKMÜN ANLAMI VE KAPSAMI

1. Başvurunun Şekli

4857 sayılı İş Kanunumuzun “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları”nı düzenleyen 21 inci maddesinin 5 inci fıkrasında işçinin kesinleşen mahkeme (ya da özel hakem) kararının tebliğinden¹ itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak gereğine işaret edilmekte; işçinin bu süre içinde başvuruda bulunmaması halinde işverenin

İşe başlamayı, yeniden çalışmaya koyulmayı içermeyen bir başvurunun Kanunun açık hükmüyle bağdaştırılması mümkün olmadığı gibi, formel (biçimsel) bir başvuruya hukuki sonuç bağlamak da iş güvencesinin kanuni prosedürüne ve iş güvencesinin amacına uygun düşmeyecektir.

yaptığı feshin “geçerli bir fesih” sayılacağını ve işverenin sadece bu tür feshin sonuçlarından sorumlu tutulacağı ayrıca belirtilmektedir.

Kanunda “başvuru”nun belirli bir süre içinde yapılması zorunlu tutulmuş; ancak başvurunun anlamı ve şekli konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Başka bir söyleyişle sözü edilen kanun başvurunun nasıl yapılacağı ve nasıl kanıtlanacağı ve daha da önemlisi başvuruda bulunmasına rağmen çağrıldığında işe başlamayan, çalışmaktan kaçınan işçinin davranışının nasıl yorumlanacağı konularında (hususlarında) bir açıklık bulunmamaktadır.

Gerçekten İş Kanunumuz işçinin işverene belirli bir süre içinde işe başlaması için başvuracağından söz etmekte; başvuru için herhangi bir şekil öngörmemektedir. Öyleyse işçi bu yoldaki iradesini sözlü veya yazılı olarak ya da bu yoldaki iradesini açığa vuran bir davranışta bulunarak ortaya koyabilir. Diğer taraftan münferiden yapılacak bir başvuru gibi, aynı durumdaki diğer işçilerle birlikte toplu olarak başvurmak da kabil olacaktır².

Öte yandan başvurunun posta kanalıyla, mektupla, telgrafla yahut noter aracılığıyla yapılabilmesine de bir engel bulunmamaktadır³.

Nihayet başvurunun bizzat yapılması gerekli olmayıp vekil marifetiyle yapılması da mümkündür. Aynı şekilde işçi başvurusunu bizzat işverene ya da vekiline yapabilecektir⁴.

Nitekim Yargıtayımız yakın tarihli bir kararında uygulamadaki tereddütleri gidererek, işe başlama başvurusunun, “kesinleşen mahkeme

kararı ile birlikte ve şahsen yapılmasının gerekli bulunmadığına; işçinin başvuruyu şahsen ya da yetkili avukatı aracılığıyla yapabileceğini; zira kanunda “işçinin şahsen başvuru yapması gerektiğine dair veya işçinin iade başvurusunun ekinde kesinleşen iade kararının sunulmasının zorunlu olduğuna” ilişkin bir ibarenin bulunmadığına isabetli olarak işaret etmiştir⁵.

Nihayet şunu da belirtelim ki, on işgünlük sürenin geçirilmesi halinde olduğu gibi, mahkeme kararının kesinleşmesinden ya da kesinleşen kararın işçiye tebliğ tarihinden önce yapılacak başvurunun da kanuna uygun olamayacağı ve prosedürün bundan böyle işletilmesinin mümkün bulunmayacağı kuşkusuzdur.

2. Başvurunun Anlamı ve Kapsamı

Burada önemli olan, çalışmayı sürdürmek, iş ilişkisini devam ettirmek arzusudur. Bu arzu ise işveren davet ettiğinde onun buyruğunda çalışmaya yönelik bir davranışı gerektirmektedir. Sadece formel bir başvuru kanunun amacını gerçekleştiremeyecektir. Şöyle ki başvuruda bulunup, çağrıldığında işe gitmemek veya işyerine gitmekle beraber kendi inisiyatifi ile çalışmaktan kaçınmak ya da işe başlamamak “başvuruda bulunmama” olgusunu ortaya çıkaracaktır. İşçinin başvurusu soyut ve formel değil gerçekten iş ilişkisini devam ettirmeye işveren ile arasındaki iş sözleşmesini sürdürmeye yönelik olmalıdır; bunun tevsiki ise, işçinin işveren kabul ettiğinde işe başlaması suretiyle olacaktır.

Gerçekten de, kanunun amacı (ruhu), başvuruda bulunmanın işçinin çağrıldığında işe koyulması (başlaması) gereğini kapsadığı gibi; kanunda işveren için öngörülmuş yükümlülüklerin uygulanma imkanı da işçinin işe başlaması (koyulması), çalışmaya amade olması olgusunun bulunmasına bağlıdır. İşe başlamayı içermeyen (kapsamayan) bir başvuruyu kanunun açık hükmüyle bağdaştırmak mümkün olmadığı gibi, formel bir başvuruya hukuki sonuç bağlamak da iş güvencesinin amacına ve kanuni prosedüre uygun düşmeyecektir.

Şunu belirtelim ki, “çalışma arzusu ya da niyeti” dışı vurulmadıkça, arzunun ötesine geçip fiil ve hareket kısaca bir (davranış) haline

gelmedikçe, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortaya konulmadıkça varlığı ya da yokluğu hususunda bir yargıya ulaşılması mümkün olamaz. Başka bir söyleyişle dış dünyaya yansıtılmayan bir arzu (istek) bulunmadıkça, bunun ne olduğunu yani işçinin niyetinin ne olduğunu kestirecek veya belirleyecek bir imkan ve vasıta bulunmamaktadır⁶.

Bu itibarla kanunun, işçinin çalışmak, işe dönmek için işverene başvuracağını öngören açıklığı bir yana; kanunun ruhu (amacı) başvuruda bulunan işçinin işverence çağrıldığında işe başlaması gereğini kapsadığı gibi kanunda işveren için öngörülmuş yükümlülüklerin uygulanabilme imkanı da işçinin çağrıldığında işe başlaması ve çalışmaya amade olması olgusunun bulunmasına bağlıdır⁷.

Kısaca belirtmek gerekirse işe başlamayı, yeniden çalışmaya koyulmayı içermeyen bir başvurunun kanunun açık hükmüyle bağdaştırılması mümkün olmadığı gibi, formel (biçimsel) bir başvuruya hukuki sonuç bağlamak da iş güvencesi kanuni prosedürüne ve iş güvencesinin amacına uygun düşmeyecektir.

III. Usulünce Başvurması ve İşverence Çalıştırılmak İstenmesine Rağmen İşe Başlamayan (Çalışmaya Yanaşmayan) İşçinin Davranışının Yorumuna İlişkin Görüşler

Mahkeme ya da özel hakem tarafından verilen geçersizlik kararını tebellüğ edip süresinde işe başlamak için işverene başvuran ancak usulünce davet edilmesine rağmen çalışmaya yanaşmayan işçinin bu davranışı doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklı şekilde yorumlanmaktadır.

1. Doktrindeki Görüşler

Konuya ilişkin doktrindeki görüşleri üç başlık altında toplamak mümkündür.

a. İşçinin bu davranışıyla sözleşmeyi usulsüz-haksız feshetmiş olacağı

Bu konuda öne sürülen bir görüş; mahke-

menin (ya da özel hakemin) verdiği geçersizlik kararını tebellüğ eden işçinin kanuni süresi -on işgünü- içinde işe başlamak için başvurmasına, başvuruda bulunmuş olmasına rağmen işverenin usulünce yaptığı davete icabet etmemesini, “işçinin iş sözleşmesini usulsüz-haksız feshettiği”; işçinin bu şekilde davranışının usulsüz-haksız fesih sonuçlarını gündeme getireceğini öne sürmektedir.

Nitekim MOLLAMAHMUTOĞLU⁸ “geçerli nedene dayanmayan feshin geçersizliğine karar verilmekle işçinin işine iade edilmiş olacağını; “işçinin öngörülen sürede işverene başvurması ile geçersizliğine karar verilen” feshin hükümsüz olacağını; bu durumda işverenin kanun hükmü gereği işçiyi bir ay içinde işe başlatmak” zorunda olduğunu kaydetmekte; üzerinde durduğumuz sorun hakkında da “işverenin işe başlatma isteğine ve beyanına rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabulü ve daha önce peşin ödenen ücret ödemesi ile kıdem tazminatı almış ise bunları iade yükümü yanında usulsüz feshin sonuçlarından sorumlu tutulması”nın isabetli olacağını öne sürmektedir.

Aynı şekilde işe iade kararı ile birlikte önceki fesih işleminin ortadan kalktığını, sözleşmenin devam ettiğini” savunan UŞAN⁹ da “işçinin iş için başvurmasına karşılık daha sonra işe başlamaması işçi tarafından yapılan bir fesih olarak kabul edilmelidir.” diyerek bu görüşü paylaşmakta; “daha önce ihbar ve kıdem tazminatı almışsa onun iadesinin” gerektiğini de ilave eden yazar, bu davranışıyla usulsüz fesih yapmış olan işçinin işverene ihbar tazminatı da ödemesinin zorunlu olduğunu kaydetmektedir. Aynı görüşü savunan başka bir yazar¹⁰ feshin geçersizliğine ilişkin karara dayalı olarak işçinin işe başlamak için başvurmasıyla feshin geçersizliğinin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ve iş sözleşmesinin hiç bozulmamış gibi devam eder hale geleceğini; işverenin çağrısına rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabul edileceğini öne sürmekte; yine bu doğrultuda “işçinin başvurusu üzerine işverenin işe başlatma yönünde iradesi ortaya konulduğunda ise işçinin işe başlamakta başka çaresi” olmadığını kaydeden ÇİL¹¹

de, “işçinin işyerinde iş başı yapmaması”nın iş sözleşmesini kendisinin sona erdirmesi” olarak değerlendirileceğini; “aynı şekilde devamsızlık nedenine dayalı olarak işverenin haklı sebeple” sözleşmeyi feshedebilmesinin de mümkün olacağını savunmakta ve işe iade kararı öncesindeki feshe geçerli bir fesih gözüyle bakmanın yerinde olmadığını ifade etmektedir. Nihayet aynı görüşü yansıtan SARIBAY da, “mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiği ve işçi işe başlamak üzere işverene başvurduğunda, parasal sonuçlar kanunla sınırlandırıldığı için bunlar hariç olmak üzere, iş ilişkisi hukuki yönden hiç kesintiye uğramamışçasına” bir sonucun ortaya çıkacağını; işverenin işçiyi davet etmesine rağmen işçi işe başlamazsa, işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmiş sayılacağını öne sürmekte ve daha sonra da şunları ilave etmektedir: “İşe başlamak üzere başvuruda bulunmazsa feshi geçerli hale gelir. Başvuruda bulunduğu takdirde ise artık işveren işçiyi işe başlatmak zorundadır. Başvurunun geri alınması mümkün değildir, başvuru tek taraflıdır, işverenin kabülüne ihtiyaç duymaz¹².”

b. İşçinin bu davranışıyla sözleşmeyi haklı sebeple (bildirimsiz) feshetmiş sayılacağı

“Başka bir işte çalışan ve bu arada da işe başlamak üzere işverene başvurmuş işçinin, işverenin işe davet etmesi üzerine” hukuki durumun ne olacağı sorusuna eğilen DURAN¹³ işçinin başvurusu ile geçerli neden olmaksızın yapılan fesih bakımından hiç yapılmamışçasına bir etki doğacağını; “işçinin başvurusu üzerine işverenin işe daveti ile de iş ilişkisinin kaldığı yerden devam edeceğini; işçinin işgörme borcunun tekrar doğacağını öne sürmekte; böylece yazar işçinin bu usulsüz-haksız feshin sonuçlarıyla sorumlu tutulabileceğine işaret etmekte; ancak bu yorum tarzının kabul edilemeyeceğini; işe iade davalarının uzun sürmesinin faturasının işçiye çıkarılması anlamına gelecek bu çözümün iş güvencesinin mantığıyla da bağdaşmayacağını; bu konuda kanunda yapılacak bir değişikliğe kadar, ‘bu duruma işverenin geçersiz nedenle feshe sebebiyet verdiği’ yani ‘işçiyi bu davranışa işverenin davranışları sevkettiğin-

den' işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği yolunda bir yorum tarzının, İş Hukuku'nun işçi lehine yorum ilkesine ve hakkaniyete uygun düşeceğini belirtmektedir.

c. İşçinin bu davranışıyla başvurma talebinden vazgeçmiş sayılacağı görüşü

Feshin geçersizliğine ilişkin kararı tebellüğ eden işçinin işe başvurmasının mahkeme kararıyla feshin hiç yapılmamış sayılması nedeniyle, bir fesih olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını; feshin hiç yapılmamışçasına ilişkinin devam ettiğine ilişkin doktrindeki görüşün kanun hükümleriyle çelişeceğini dile getiren UÇUM, 'mevcut sistemde iş ilişkisinin yeniden kurulması taraf davranışlarına bağlı olduğundan iş sözleşmesinin de ancak ihya yoluyla yeniden yürürlüğe gireceğine parmak basmakta; işçinin işverenin çağrısına, işe davetine rağmen işe başlamaması halinde, başvurudan vazgeçmiş, başka bir anlatımla 'başvurmamış' sayılacağı sonucuna ulaşmaktadır¹⁴.

Geçersiz fesih nedeniyle işçinin işe başlatılması halinde iş sözleşmesinin ihya edilmiş olacağını savunan yazara göre: "geçersiz fesih nedeniyle işçinin işe başlatılması halinde iş sözleşmesi ihya edilmiş olur. Nitekim iş ilişkisinin yeniden kurulması taraf davranışlarına bağlıdır. Mahkemece işe iade kararı verilmesi ile iş sözleşmesinin hiç fesih yapılmamış gibi hükümlerini devam ettirdiğinin kabulü bizi taraf davranışlarının yürürlükte olan iş sözleşmesine etki ettiği ve işe iade için başvurmayan işçinin de iş sözleşmesine aykırı davrandığı sonucuna ulaştırır. Bu sonuç da işçinin işverene başvurmaması halinde feshin geçerli bir fesih olarak kabul edileceğine ilişkin kanun hükmüyle ilişki oluşturur¹⁵."

2. Yargıtayın Görüşü

Yargıtay, 9. HD. 11.07.2005 tarihli kararında, işçinin işverene yaptığı başvuruya olumlu cevap verilmesine rağmen işbaşı yapmayan işçinin davranışını 'iş sözleşmesini kendisinin (işçinin) sona erdirdiğini (feshettiğini) kabul ederek hüküm kuran mahalli İş Mahkemesi'nin görüşünü paylaşmamıştır. Yasa koyucunun, iş-

verene süresi içinde başvuruda bulunup işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yolunda bir düzenleme yapmadığına isabetli olarak işaret eden Yüksek Mahkeme 'İş Hukuku'nun temel ilkesi olan işçi lehine yorum, yasa boşluğunun Medeni Kanun'un 1/II inci maddesi uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/V inci maddesinin kıyasen uygulamak suretiyle doldurulması gerektiğini dile getirerek; usulünce başvurup işveren çağırıldığında çalışmaktan kaçınan işçinin bu davranışına 'geçerli feshin sonuçlarının uygulanacağı'nı içtihat etmiştir. Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken: 'mevzuatımızda işçinin, koşulları bulunuyorsa feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin talepte bulunmasının zorunlu olmayıp isteğe bağlı bulunduğunu; bunun sonucunda işverene başvurup işe davet edilse de, işe başlamakla yükümlü olmadığını; burada 'Medeni Kanun'un 2/II inci maddesine gitmenin de mümkün olmadığını, zira işverenin işe davet edilmediği takdirde işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alabilecek davacının (işçinin) büyük bir ihtimalle başka bir işe girdiğini bildiği işçiyi işe davetinin iyiniyetli olmayabileceğini; kaldı ki, önceki fesih hukuki sonuç doğurduğundan bu tarih esas alınarak ihbar ve kıdem tazminatı hesap edilmesi gereken işçinin, feshin geçersizliği kararının işçinin işe başlatılması ile sonuçlarını doğurup yasa koyucu tarafından boşta geçen sürenin sadece dört ay ile sınırlı tutulması nedeniyle aslında bulunmayan iş sözleşmesinin işe başlamak suretiyle işçi tarafından sonlandırılmasından söz edilemeyeceğine de işaret etmiştir¹⁶.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

a. Doktrindeki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Önce şunu belirtelim ki, kanımızca, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde mahkeme (ya da özel hakem) tarafından verilen "geçersizlik kararı" ile işverence yapılan feshin hükümsüzleştiği ya da ortadan kalktığı yolunda serdedilen görüş 4857 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme ile örtüşmemektedir. Zira sözü edi-

len Kanunda feshin geçersizliğine ve -Kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen- Yargıtay kararlarıyla ihdas edilen işçinin işe iadesi kararına otomatik bir etki tanınmamış, kesinleşen geçersizlik kararının işçiye tebliğinden itibaren belirli bir süre içinde işe başlamak için başvuruda bulunması ve işverenin de işçiye bir ay içinde işe başlatması zorunlu tutulmuş, ancak işçiye işe başlatmak-başlatmamak konusunda kendisine imkan bahsedilen işverenin davranışı ile farklı sonuçların hasıl olacağı özel bir prosedür öngörülmüştür. Başka bir şekilde ifade edersek, feshin geçersizliği kararı borçlar hukuku anlamında bir hükümsüzlüğü ifade etmemekte; işçinin süresinde başvurmaması, başvurup davete rağmen işe başlamaması, başvuruda bulunan işçiye işverenin işe başlatması ya da başlatmaması hallerinde hangi hukuki sonuçların doğacağı Kanunda ayrı ayrı düzenlenmiş bulunmaktadır.

de benimsenen “işe iade” talebi gibi ve “işe iade kararı” da Kanunun iş güvencesi hükümlerine yabancı kavram ve kararlardır. İş Kanunu sadece feshin geçersizliğinin tespitini öngörmüş işçiye belli sürede başvurma ve işverene de işçiye başvurduğunda işe almak zorunluluğu öngörmüş; bu zorunlulukların yerine getirilmemesi halinde doğacak sonuçları da açıkça belirtmiştir. Yargıtay ve onu takiben doktrin, Kanunda yer verilmeyen “işe iade”yi iş güvencesi prosedürünün mihrakı haline getirmiş; bu esasa bağlı olarak da Kanun hükümleri ile bağdaşmayan bir takım mülâhazalar -kanunun isdihdaf etmediği durumlar- ortaya çıkmıştır¹⁷.

Yargı ya da özel hakem tarafından feshin geçersizliğinin tesbit edilmesi, Kanunda öngörülmediği için- fesihle sona erdirilmiş ilişkiyi ihya edip, feshin sözleşmeyi sona erdirici etkisini ortadan kaldırmaz. İşçinin başvurusu üzerine işveren onu işe başlatsa bile aradaki yeni iliş-

İşçinin başvurusu üzerine işveren onu işe başlatsa bile aradaki yeni ilişkinin öncekinin devamı olduğunu söyleyebilmek imkânı bulunmamaktadır.

Kanun koyucu kanuna ve/veya usule, kısaca iş güvencesi hükümlerine aykırı bulunan bir feshin geçersizliği mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilse bile, taraflar arasındaki iş ilişkisinin yeniden sürdürülmesini bir takım kayıt ve şarta bağlamış; tarafların bu aşamadaki davranışlarının yeniden kurulacak ilişkinin akıbetini belirleyeceğini öngörmüştür. Bu itibarla, iş güvencesi prosedürünün işlediği bir dönemde taraflar arasında ne yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğundan ne de mahkemenin geçersizlik kararıyla iş ilişkisinin devam ettiğinden söz edilemeyecektir. Mevcut olmayan bir iş sözleşmesinin şu veya bu şekilde feshi de düşünülemeyecektir.

Gerçekten de yenilik doğuran işlemin bu arada feshin hükmünü icra etmemesi, bunu önleyen açık bir düzenlemeye ihtiyaç gösterir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer verilmemesine rağmen Yargıtay kararlarıyla ihdas edilen ve doktrinde

kinin öncekinin devamı olduğunu söyleyebilmek imkanı bulunmamaktadır. Zira bunun için yukarıda da belirttiğimiz gibi -Kanunda böyle bir açıklığın- düzenlemenin bulunması gerekir. Başka bir söyleyişle, geçersizliğin tespiti üzerine “feshin hüküm doğurmayacağına” ilişkin bir düzenleme bulunmadığı takdirde borçlar hukukundaki esasları, kendine özgü bir düzenleme teşkil eden iş güvencesi prosedürüne taşımak uygun bir çözüm olmasa gerektir.

Bu itibarla başvuruda bulunup işe başlandıktan kaçınan işçinin davranışını istifa olarak kabul etmek iş güvencesinin amaç ve kapsamını aşan bir takım olumsuz sonuçları beraberinde getirecektir. İşçi ile işveren arasında -fesih ile kesin olarak ortadan kalkmış yeniden kurulup kurulmayacağı henüz belli olmayan- bir iş ilişkisinin bulunmadığı bu aşamada başvuru ile veya geçersizlik kararı ile avdet ettiği ya da kurulduğu kabul edilen bir mevhum iş ilişki-

sinin mevcudiyetini kabul ederek “işçinin işe başlamamak suretiyle usulsüz fesih yaptığını ve bunun sonuçlarına katlanılacağını” öne süren görüş işi mecrasından çıkarmakta; iş güvencesine ilişkin Kanun hükümlerinin amaçlamadığı bir sonuca ulaşmaktadır.

Nitekim başvuruda bulunup işverence usulünce çağrıldığı halde işe başlamayan işçinin bu davranışıyla iş sözleşmesini kendisinin feshettiğini kabul eden çözümün tarafları: “Feshin geçersizliği ile devamı sağlanan iş ilişkisinin işçinin daveti kabul etmemesi ile son bulması halinde, eğer kendisine önceden ödenmiş olan kıdem ve ihbar tazminatı varsa bunun iadesi”nin gerekeceği; ayrıca işçi tarafından işverenin davetine icabet edilmemesinin aynı zamanda bir usulsüz fesih teşkil edeceğinden, işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesinin dahi gündeme geleceğini¹⁸ belirtmekte, “İşverenin işe başlatma isteğine ve beyanına rağmen işe başlamakta vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabulü ve daha önce peşin ücret ödemesi ile kıdem tazminatı almış ise bunları iade yükümü yanında usulsüz feshin sonuçlarından sorumlu tutulması”nın daha isabetli bir çözüm olacağını öne sürmektedirler¹⁹.

Kanunun gerek sistemi gerek iş güvencesi kurumunun amacı, işveren tarafından yapılan feshin sonuçlarını ortadan kaldıran -daha doğrusu tersine çeviren- böyle bir çözüme cevaz vermese gerektir. Zira böyle bir çözüm işçinin iş güvencesi hükümlerine başvurmasını; başvurduğunda prosedürü devam ettirmesini, sonuçlandırılmasını zorunlu kıldığı sonucuna münce olacaktır. Bu çözüm çerçevesinde işçi iş güvencesi prosedürünü her hâlükarda sona erdirmek yükümü altında bulunacak; işverenin davetini kabul etmeyen işçi -halk deyimi ile- evdeki bulgurdan olacaktır. Böyle bir çözümü iş güvencesi kurumunun esprisi ile bağdaştırmak kabil değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında bu yöne değinmekte “işçinin kesinleşen mahkeme kararı üzerine başvuruda bulunmasının aleyhine sonuç doğurmaması” gerektiğine isabetli olarak parmak basmıştır²⁰.

Öte yandan bu görüş (çözüm) kabul edilirse, ülkemizde davaların çok uzun süreç içinde sonuçlandırılabilirdiği gerçeği, işçinin dava süresince işsiz ve dolayısıyla ücretsiz kalacağı

olgusu karşısında başka bir işe girmek mecburiyetini gündeme taşıyacağı gözönüne alınırsa; başka bir iş bulması dolayısıyla işverene başvurmaktan ve işe başlamaktan vazgeçen bir işçinin sırf bu sebeple sözleşmeyi usulsüz ve haksız feshettiği için usulsüz-haksız feshin sonuçlarına katlanması yolundaki çözümün ortaya çıkaracağı olumsuz hukuki sonuçlara işçinin düşürülmesi -her şey bir yana bırakılsa bile- iş güvencesi kurumunun amacına/esprisine tümüyle aykırı olup Kanunun sistemiyle bağdaştırılamaz.

Şunu da ekleyelim ki bu çözüm, süresinde işverene başvurmayan işçi ile başvurusunun arkasında durmayan işçi arasında Kanunun ayırım yaptığı sonucuna münce olmaktadır. İşverene süresinde başvurmaması halinde yapılan feshin geçerli sayılması gerektiği Kanunen kabul edilmiş ve işçinin bu feshine bağlı sonuçlarından yararlanacağı öngörülmüştür. Doktrindeki bu çözüme göre, işe başlamayan işçi sözleşmeyi haksız usulsüz feshetmiş sayıldığı için sonuçta tüm işçilik haklarını kaybedecektir. Bu sonucu ise iş güvencesinin amacı yanında hakkaniyetle de bağdaştırmak kabil olmasa gerektir.

b. Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi

Biz sonucuna katılmakla beraber, Yargıtayımızın gerekçelerine katılmanın mümkün olmadığını, Kanunun anlatımı ve amacından bu sonuca kolaylıkla ulaşılabileceğini daha önce yayımlanan bir tebliğde dile getirmiştik²¹. Yüksek Mahkemenin Kanunda bir boşluk bulunduğu esastan hareket ederek bu boşluğu doldurmaya yönelmesi kuşkusuz takdire değer görülmelidir. Ancak kanımızca bu konuda Kanunun boşluğundan söz etmeye gerek ve imkan yoktur; Kanunun güvenceye ilişkin hükümlerinin bir arada göz önüne alınması ve amacından bu sonuca kolayca varmak mümkündür.

c. Görüşümüz

Gerçekten, yukarıda da belirttiğimiz gibi Kanundaki “başvuru” kavramını yorumlarken, bunun işverence çağrıldığında işe başlamasını da kapsar şekilde anlamak gereği vardır. Kanunun anlatımı ve amacından kolaylıkla ulaşılması ka-

bil olan bir konuda boşluktan söz edilemeyeceği için, bu konuda Kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul etmek güçtür²². Konuyla ilgili İş Kanunu'nun 21. madde hükmünün anlatımı gayet açıktır: işçinin işverene süresi içinde başvurusu “işe başlamak” içindir. İşe başlamayı içermeyen bir başvuru Kanunun amaçladığı bir başvuru olarak kabul edilemez. Öte yandan, işçinin başvurusu üzerine işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmayacağı (başlatmaması) da işçinin davet edildiğinde çalışmaya amade olmasını gerektirmektedir²³.

Kanımızca, İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümleri çerçevesinde işçinin süresinde başvurmaması ya da başvurusuna rağmen davete icabet etmeyip işe başlamaması işverence yapılan feshi geçerli hale getirecektir. Feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme ya da özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için -eski işyerine dönmek daha doğrusu fesih işlemini yapan işverenin buyruğunda çalışmak için- işverene başvuruda bulunmak zorunluluğunu öngören hüküm, süresinde başvurmamak halinde olduğu gibi, işverence kabul edilmesine rağmen işe başlamamak halinde de aynı hukuki sonucu doğurur: yapılan feshin geçerli bir fesih sayılacağı yolundaki hüküm her iki halde de uygulanmak gerekir.

Gerçekten de, İş Kanunu'nun 21/V. maddesindeki “başvuru”nun sonucu sadece feshin geçersizliği kararının uygulanması, hayata geçirilmesine ilişkin sürenin başlatılmasına hasretdilemez. Kanunda açıkça işçinin “işe başlamak için” başvuracağı belirtilmekte; biçimsel-formel bir başvuru kanunen yeterli sayılmamaktadır. Şöyle ki, usulünce başvuruda bulunmayan ya da başvurusuna rağmen işverenin davetine icabet etmeyip işe başlamayan işçinin davranışı, iş güvencesi prosedürünün işlemlerini engeller; sonuçta başvuru yapılmış olsa da, işe başlamayan işçinin tutumu yapılan feshin geçerli sayılmasına yol açar ve iş güvencesi yaptırımlarının uygulanması da söz konusu olamaz.

Bu prosedür içinde işverenin davranışı ise, işçinin çalışma arzusunu sergiledikten sonra kesinlik kazanacaktır. Başka bir anlatımla, geçersizliği mahkeme (ya da özel hakem) tara-

findan tespit edilen geçersiz feshin akıbeti, sonuçlanması, işçinin işe başlaması arzusunun ve eyleminin açıkça ortaya konulmasından sonra işverenin davranışına (tutumuna) göre belli olacak; işveren işçiyi işe başlatırsa iş ilişkisi kanuni düzenlemenin gereği olarak devam edecek; işveren çalıştırmak istemezse sözleşmeyi -kanun gereği- feshetmiş sayılacak ve iş güvencesine ilişkin yaptırımlar uygulanma imkânı bulacaktır. Aynı sonuca yukarıda belirttiğimiz farklı gerekçelerle ulaşılan Yargıtay gibi aynı sonuca doktrinde de başka gerekçelerle ulaşılan yazarlar vardır^{24, 25}.

IV. BAŞVURUDA BULUNMASINA RAĞMEN İŞVERENİN DAVETİNE İCABET ETMEYEN İŞÇİNİN DAVRANIŞININ HUKUKİ SONUCU

Kanunen iş güvencesi için öngörülen yaptırımların (işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar ücret ve diğer hakların ödetilmesi) gündeme gelebilmesi, Kanunun belirlediği özel prosedürün noksansız izlenmesine bağlıdır. Kanuni süresi içinde, usulüne uygun olarak yapılan “başvuru”nun işçinin çalıştırılmadığı dört aya kadar ücret ve diğer haklarını talep edebilmesi için yeterli olduğu; başvurusu üzerine işveren tarafından davet edilmiş olmasına rağmen davete icabet edip çalışmaya koyulmayan işçinin bu durumda iş güvencesi yaptırımlarından birisine hak kazanacağı Yargıtay kararlarında kabul edilmekte ve bu çözüm doktrinde de bir kısım yazarlarca paylaşılmaktadır.

Bu görüşlerin (çözümlerin) incelenmesine geçmeden önce mahkemece veya özel hakem tarafından verilen geçersizlik kararının kanuni sonuçlarını hatırlamak ve konuya hakim olan esaslara kısaca değinmek uygun olacaktır.

1. Geçersizlik Kararına Bağlı Olarak Ortaya Çıkacak Hukuki Sonuçlar

Mahkeme ya da özel hakem tarafından verilirip kesinleşen feshin geçersizliğine ilişkin karar gereği uygulanması gereken hukuki sonuçla-

rın gündeme gelmesi, kanunun belirlediği prosedür içinde tarafların tutum ve davranışlarına göre ortaya çıkabilecektir. Başka bir anlatımla, tespit niteliği taşıyan feshin geçersizliği kararının hayata geçirilip geçirilemeyeceği tarafların sergileyecekleri davranışlarına göre şekillenecek feshin otomatik olarak hükümsüz sayılması söz konusu olamayacaktır²⁶.

Mahkeme ya da özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilip bu karar kesinleşince, tarafların Kanunda belirtilen tutum ve tavırları, kısaca davranışları sonucu aşağıdaki durumlardan birisi ortaya çıkacaktır:

a- Geçersizlik kararını tebellüğ eden işçinin kanuni süresi içinde usulünce başvurmaması veya başvurmuş bulunmasına rağmen işverenin davetine uyararak çalışmaya koyulmaması/ işe başlamaması halinde, sözü edilen kararın herhangi bir inikası olmayacak iş güvencesine ilişkin hukuki sonuçların gündeme gelmesi hiçbir şekilde söz konusu olamayacaktır.

b- İşçinin süresinde ve usulünce işverene başvurması ve başvurunun arkasında durması yani davet edildiğinde işe (çalışmaya) amade olması, çalışmayı istemesi halinde:

aa- İşveren işçiyi işe alır, çalıştırmaya başlarsa -önceki sözleşmenin hüküm ve şartlarını taşıyan ve işçinin kıdemini saklı tutan- kanun gereği yeni bir iş ilişkisi kurulmuş olacaktır.

bb- İşveren, işçiyi çalıştırmak istemezse, işçinin çalışmasını, işe başlamasını engellerse, kanun gereği sözleşmeyi bu davranışıyla ve bu tarih itibarıyla feshettiği kabul edilecek ve işçiye 'işe başlatmama tazminatı' ödemek yükümü altına girecektir²⁷.

c- Yukarıdaki her iki halde de işveren işçiye çalıştırmadığı dört aya kadar ücretini ve bu süreye ilişkin diğer işçilik haklarını ödemek zorunda kalacaktır.

Bu itibarla işçinin süresinde ve usulünce başvurup işverenin davetine uyararak çalışmaya başlaması halinde taraflar arasında kanun gereği bir iş sözleşmesi -feshedilen sözleşmenin şartlarını ve hükümlerini taşıyan- işçinin kıdemini saklı tutan²⁸ yeni bir sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak işçinin çalıştırılmadığı dört aya kadar olan ücret ve diğer haklarının işçiye tediyesi gerekecek; buna karşılık iş sözleşmesinin

feshine bağlı olarak ödenmiş olan işçilik haklarının işçi tarafından işverene iadesi gerekecektir. Öte yandan usulünce işe başlamak için işverene başvuran ve çalışmaya amade olan işçiye işveren iş vermez, çalıştırmaktan imtina ederse, kısaca işe almazsa bu davranışıyla kanun gereği sözleşmeyi feshetmiş sayılacak; bu tarihe göre ödenmiş ya da ödenecek işçilik haklarının tediyesi gerekecek; kanunen öngörülen ve mahkeme ya da özel hakem kararında belirlenen işe başlatmama tazminatı ile ilk feshikten sonraki işçinin çalıştırılmadığı dört aya kadar tekabül eden ücreti ve diğer haklarını da işveren ödemek zorunda kalacaktır.

Kısaca ifade edersek, işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi üzerine, usulünce başvuruda bulunmak ve çağrıldığında işe başlamak durumunda olan işçinin bu davranışı karşısında kanun işverene 1) İşçiyi işe başlatma veya 2) İşe başlatmama yoluna giderek tazminat yükümü getirmiş; her iki durumda da çalışılmayan dört aylık ücret ve diğer haklarını ödeyeceğini düzenlemiştir²⁹.

2. Konuya Hakim Olan Kanuni Esaslar

a. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmanın İsteğe Bağlı Olduğu Esası

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması onun isteğine bağlıdır. İşçi bu konuda dava açmak-açmamak hususunda serbest olduğu gibi; açtığı davayı sonlandırmak zorunda da değildir. Aynı şekilde dava feshin geçersizliği şeklinde sonuçlanmış olsa da bunu hayata geçirmek, bu konudaki kanuni prosedürü tüketmek ve izlemekle de yükümlü değildir. Özellikle işçi açtığı iş güvencesi davasını takip etmemek suretiyle müracaata bırakabileceği gibi davadan feragat da edebilecektir.

b. İşçinin İşe Başlama-İşverenin de İşe Başlatma Zorunluluğu Bulunmadığı Esası

Mahkeme ya da özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi işverene işçiyi işe başlatması yolunda bir zorunluluğu gündeme getirmediği gibi; işçinin de zorunlu

olarak işe başlaması şeklinde bir yükümlülük doğurmamaktadır.

Her ne kadar, İş Kanunu'nun, "feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunluluğundan söz ediliyorsa da; daha sonra işverenin işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmaması halinde ödenecek tazminat miktarının da mahkemece belirleneceğini öngören açık hükmü, işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda bulunmadığını hiçbir kuşkuyla yer vermeksizin ortaya koymaktadır. Öte yandan, işçinin süresinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaması halinde, işverence yapılan feshin geçerli fesih olarak kabul edileceğini öngören hüküm de, sorunu işçi bakımından açıkça çözmektedir³⁰.

c. İş Güvencesine İlişkin Hukuki Sonuçların Bütünlük İçinde Düşünülmesi Gereği (Esası)

İşçiye iş güvencesi sağlayan kanun hükümleri ve güvence için öngörülen hukuki sonuçlar bölünüp ayrı ayrı aşamalarda kullanılacak niteliğe sahip bulunmamaktadırlar. Başka bir anlatımla, iş güvencesine bağlanan hukuki sonuçlar, yaptırımlar kanuni prosedürün işletilmesi ve belirli kanuni gereklerin gerçekleştirilmesi halinde ortaya çıkarlar.

Gerçekten de, iş güvencesine ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun belirlediği prosedür, aşamalı olarak işçiye hak sağlayan bir yapıdan uzaktır. Tarafların karşılıklı yükümlerini yerine getirmeden, kanuni usul tüketilmeden -bu prosedürün belli bir aşamasında- iş güvencesi yaptırımlarını uygulamak mümkün olmasa gerekir. Özellikle işçinin süresi içinde işverene başvurusu veya başvuruda bulunulan işverenin davetine rağmen işe başlamamasının hukuki sonucu, işverenin yaptığı feshin geçerli bir fesih olarak kabul edileceğidir. Diğer bir söyleyişle, süresinde işverene başvurmamak gibi, süresinde başvurup işverenin istemesine rağmen işe başlamamak da aynı hukuki sonucu doğurur: işverenin yaptığı fesih geçerli sayılır ve buna bağlı hukuki sonuçlar gündeme gelir, iş güvencesine ilişkin hukuki sonuçlar hiçbir şekilde söz konusu olmaz.

V. BAŞVURUDA BULUNUP DAVETE İCABET ETMEYEN İŞÇİNİN DÖRT AYLIK ÜCRET VE DİĞER HAKLARININ TALEP EDİLİP EDİLEMeyeceğine İLİŞKİN GÖRÜŞLER

İş Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesinde mahkeme ya da özel hakem tarafından verilen geçersizlik kararına bağlanan hukuki sonuçlardan "işçinin çalıştırılmadığı dört aya kadar ücreti ve diğer haklarını isteyebileceği"ne ilişkin hükmün, usulünce başvuruda bulunup fakat çağrıldığında işe başlamayan, çalışmaya koyulmayan işçiye ödenmesinin gerekip gerekmeyeceği doktrinde ve uygulamada farklı görüş ya da çözümlerin ortaya atılmasına yol açmıştır.

1. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde, işçinin işverene kanuni süresi içinde başvurusunun, dört aylık ücret ve diğer haklarının talep edilebilmesi için yeterli olduğunu; çağrıldığında işverenin davetine uymayıp işe başlamamış bulunmamasının sözü edilen alacakların talep edilmesini engellemeyeceğini savunan görüş³¹ yanında; diğer bir görüş, böyle bir durumda dört aylık ücret ve diğer hakların sadece başvuru ile kazanılmasının mümkün olmadığını, bu alacakların işverenin davetine olumlu yanıt veren işçinin işveren tarafından işe başlatılmaması veya başlatması hallerinde ödenmesinin söz konusu olabileceğini öne sürmektedirler³².

2. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın çözümüne gelince, birçok kararında "azami dört aylık ücret ve diğer alacağının işçinin süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olacağını" kabul eden Yüksek Mahkeme³³ işçinin "dört aylık ücret ve diğer haklarını, işverence çağrıldığı halde işe başlamak (çalışmaktan) kaçınmış olsa bile süresinde "başvuruda" bulunmuş olması halinde talep edebileceğini" kabul etmiştir.

Örneğin Yargıtay 2007 yılında verdiği bir kararda, davacı işçinin işe iade davası sonucu kanuni süresi içinde işe başlamak için başvuruda

bulunduğu ve davalı işveren tarafından süresi içinde işe davet edildiği ancak davacı işçinin işyerine gittiği halde işe başlamaya ilişkin bir belgeyi imzalamaktan imtina ettiği ve işe başlamayacağını bildirdiği; bu durumda davacı işçinin kanuni süresi içinde işverene başvurmakla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde öngörülen boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerektiğini içtihat etmiştir³⁴.

Ayrıca Yüksek Mahkeme, kesinleşen mahkeme kararı üzerine işe başlamak için başvuran işçinin, bu defa dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ve hakları için ödetme (tediye) davası açabileceğine; “işe iade kararı üzerine işverene başvurduktan sonra muaccel hale gelen boşta geçen süre için dört aya kadar ücret ve diğer haklarının alacak olarak belirlenmesi ve miktar olarak hüküm altına alınması”nı talep eden davanın “bu isteği feshin geçersizliği ve işe iade davasından bağımsız olarak açılan ve eda niteliği taşıyan alacak” isteğinin tespit niteliğinde kabul edilmesinin hatalı olduğunu belirterek “eda niteliğinde hüküm kurulması” gerektiğine karar vererek bu içtihadını bir adım daha öteye taşımıştır³⁵.

3. Görüşümüz

Süresinde, kanuni süresi içinde işe başlamak için işverene başvurmayan ya da başvurup da işverenin davetine icabet etmeyerek (çağrısına uymayarak) işe başlamayan işçi bundan böyle iş güvencesinden yoksun kalır: Bu itibarla iş güvencesi tazminatı istemeyeceği gibi çalıştırılmadığı dört aylık ücreti ve diğer haklarını da talep edemez.

Yukarıda belirttiğimiz sebeplerle, dört aylık ücret ve diğer hakların sadece işçinin işverene süresi içinde başvurması'na bağlı olarak talep edilebilmesi mümkün olmamak gerekir. Çünkü, işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer haklarını talep edebilmesi, işçinin başvurusu ile başlatılan prosedürün işveren tarafına ulaşması halinde gündeme gelebilecektir. Sadece başvuru ile işçinin bu yolda talepte bulunabilmesini sağlayacak (sağlayabilecek) kanuni bir dayanak bulunmamaktadır. Kanımızca süresinde, kanuni süresi içinde işe başlamak için

işverene başvurmayan ya da başvurup da işverenin davetine icabet etmeyerek yani çağrısına uymayarak işe başlamayan işçi bundan böyle iş güvencesi hükümlerinden ya da avantajlarından yoksun kalır; iş güvencesi tazminatı (işe başlatmama tazminatı) talep edemeyeceği gibi çalıştırılmadığı dört aylık süre karşılığı ücretinden ve diğer haklarından mahrum kalacaktır.

Doktrinde bir kısım yazarlarca da benimlenen ya da paylaşılan Yargıtay'ın “dört aya kadar olan ücret ve diğer haklarının talep edilebilmesinin, işçinin yapacağı “başvuru” şartına bağlanmış olduğu; başvurunun gereğini yerine getirmeyen yani işverenin davetine icabet etmeyen (işverenin davetine uyararak çalışmaya koyulmayan, işe başlamayan) işçi için de mümkün olduğuna ilişkin görüşünü paylaşmak güçtür³⁶. Zira söz konusu yaptırımın başvuru şartına bağlanmış olması, sadece biçimsel (formel) olarak bir irade bildiriminin açıklanmasına indirgenemez; daha önce belirttiğimiz gibi, işçinin işverenin daveti üzerine çalışmaya başlaması daha doğrusu işe başlamaya amade olması halinde Kanunun aradığı başvuru şartı gerçekleşmiş olacaktır. Feshin geçersizliğinin tespitini isteyip bu yolda karar alan, bunu elde eden işçinin bundan vazgeçmesi -işverence usulünce çağrılmasına rağmen işe başlamaması- halinde kanuni prosedürün tamamlandığı ya da noksansız izlendiği söylenemeyeceğine göre, iş güvencesi yaptırımlarından birinin ya da diğerinin veya her ikisinin gündeme gelmesi düşünülemeyecektir.

Herşeyden önce şunu belirtelim ki, iş güvencesi ya da feshe karşı korumaya bağlanan sonuçlar genelde bir bütündür; kanuni prosedür işletilmeden, belirli bir aşamada bu sonuçlardan birisinin gerçekleştiğini kabul etmek uygun sayılamaz. Kanuni prosedürün bütünlüğü içinde tarafların davranışlarının Kanundaki sırasıyla ve biçimiyle ortaya konulmasından sonra, iş güvencesine bağlanan sonuçların ya da yaptırımların uygulanıp uygulanmayacağı söz konusu olabilir. İşverenin davetine rağmen işe başlamayan, işine devam etmek istemeyen işçinin durumu ile, süresinde başvuruda bulunmayan işçinin durumunun hukuki sonucu farklı değildir: her iki davranış da aynı hukuki sonu-

cu doğurur ve yapılan fesih kanunen geçerli bir fesih olarak kabul edilir.

Formel bir başvuruya güvence hükümlerinin uygulanacağı, özellikle dört aylık ücret ve diğer haklarının biçimsel bir başvuruyla kazanılacağı yolundaki çözümü kanun hükümleriyle bağdaştırmak güçtür. Zira dört aylık ücret ve diğer haklarının gündeme gelebilmesi işçinin çalışmaya başlatılmaması veya başlatılması halinde söz konusu olabilecektir. Başka bir söyleyişle işveren “seçimlik haklarından hangisini kullanırsa kullansın kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödemekle yükümlü tutulmuştur³⁷.” Sadece başvuruda bulunup işverenin çağrısına uyup çalışmaya başlamayan işçinin güvence hükümlerinden birisine hak kazanacağı yolundaki (şeklindeki) çözüm, iş güvencesine ilişkin hükümlerin anlatımı, amacı ve kanuni prosedürün kesintisiz ve kanuna uygun olarak izlenmesi gereği karşısında savunulamaz.

Gerçekten “dört aya kadar ücrete hak kazanma, başvuru dışında bir şarta bağlı değildir” yargısı Kanunun anlatımıyla, amacıyla ve sistemiyle bağdaşmayan bir yargıdır³⁸. 4857 sayılı İş Kanunu’nun iş güvencesi konusunda benimsediği sisteme göre, mahkeme veya özel hakemce geçersizliğin tespit edilmesi halinde, güvence hükümleri işçinin kanuni süresi içinde işe başlamak için işverene başvurusu ile gündeme gelmekte, bundan böyle tarafların davranışlarıyla güvenceye bağlı sonuçlar şekillenmektedir. İşçinin süresinde başvurmaması, güvenceye ilişkin kanuni prosedürü sona erdirici hukuki bir engel oluşturacaktır. Nitekim, Kanun böyle bir durumda, mahkemece geçersizliği tespit edilmiş bulunsa bile, işveren tarafından yapılmış feshin “geçerli” bir fesih sayılacağını hükme bağlamıştır.

Öte yandan, yukarıda belirttiğimiz gibi, kanundaki “başvuruda bulunmak” gereği, zorunluluğu, hiç kuşkusuz işverenin istemesi halinde çalışmaya başlayacağı olgusunu da içermektedir³⁹. Tekrar etme pahasına olsa da belirtelim ki, “başvuru” işlemi iş güvencesi hükümlerinin gündeme gelebilmesinin ilk adımıdır. Ancak diğer hükümlerin uygulanabilmesi, müteakip işlemlerin/davranışların sergilenmesi ve ta-

mamlanması halinde mümkün olabilir. Bu kanuni prosedürün bir halkasını/aşamasını yeterli kabul edip, bir kısım hukuki sonuçları hayata geçirmek kabil değildir⁴⁰.

Bu itibarla, iş güvencesine bağlanan hukuki sonuçlar, belirli bir prosedürün izlenmesi ve tamamlanması kaydına bağlanmışken, Yargıtay’ın prosedürün ilk aşamasındaki bir davranışa hukuki sonuç bağlaması, işçinin biçimsel (formel) başvurusunu dört aylık ücret ve diğer haklara dayanak yapması doğru (isabetli) bir çözüm değildir.

Ekleyelim ki, bir kısım yazarın ve Yargıtay’ın “azami dört aylık ücret alacağı ve diğer haklarının işçinin kanuni süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olacağı”na ilişkin görüşü⁴¹, iş güvencesi prosedürünü inkisam ettirici bir sonucu beraberinde getirmekte, Kanunun sistemi ve amacına ters düşmektedir. Yüksek Mahkeme bu çözümü ile işçinin “başvurusu”nu prosedürden tecrit etmekte; o davranışın önünü-ardını göz önüne almadan, formel bir başvuruya bağımsız bir hukuki sonuç bağlamakta; güvenceye ilişkin kanuni prosedürün müteakip hükümleriyle getirilmek istenen “hukuki sonuçları” da anlamsız kılmaktadır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, işverenin işe başlatma veya başlatmama şeklindeki kanuni imkanlardan birini kullanması ise işçinin başvurusunun arkasında durarak işverenin çağrısıyla işe koyulmaya hazır bir davranışın bulunmasını gerekli kılmaktadır. İşe başlamaya ilişkin bir eylem sergilenmedikçe prosedürün işlemesi kabil olmayacağından, işçinin iş güvencesine bağlanan sonuçlardan yararlanması da kabil olmayacaktır.

Şunu da belirtelim ki, bu yolda bir çözümün kabulü, süresinde başvuran işçiye çalışmamak, işverenin davetine uymamak imkanını verdiği olgusunu gündeme getirir. Kanunun başvuruda bulunan işçiye dilerse çalışmamak, çağrıldığında işe başlamamak imkanını saklı tutma hakkını verdiğini kabul etmek ise mümkün değildir⁴².

Nihayet şunu da ekleyelim ki, Yüksek Mahkemenin, başvuruda bulunmuş fakat işe başlamaktan imtina etmiş işçinin dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanacağı yolundaki görüşü (çözümü), işçinin bu davranışıyla yapılan feshi

geçerli hale getireceğini, bizce de isabetli olarak kabul eden görüşü⁴³ ile de bağdaştırmaktır. Yargıtayın bir kısım kararlarında dile getirilen, süresinde başvuruda bulunan işçinin, işe başlamasa da dört aylık ücret tutarındaki ücret alacağını ve diğer hakları talep edebileceği biçimindeki yorum tarzı formel, katı ve sakıncalı bir yorumdur. Gerçekten böyle bir yorum ya da kabul, işçinin iş güvencesi kurumunu kötüye kullanmasına açık bir kapı bırakmakta; sözleşmeyi fesheden işverenle çalışmayı sürdürmeyi istememesine rağmen, sırf dört aya kadar olan ücretini ve diğer haklarını almak için Kanunun amaçlamadığı ve cevaz vermediği bir yola yönelmektedir. Davet edilmesine rağmen başvurunun gereğini yerine getirmeyen, işe başlatılan işçinin davranışının isabetli olarak İş Kanunu 21/5 içinde düşünülmesi sonucunu kabul eden Yargıtay'ın; sadece başvuruya hukuki sonuç terettüp ettirerek dört aylık ücret ve diğer haklarının işçiye verilmesi gereğine karar vermesi kendi içinde bir çelişkiyi sergilemektedir.

Neyse ki Yüksek Mahkememiz, son zamanlarda verdiği kararlarda bu görüşünü sürdürmemekte, birden çok kararında bu içtihadını örtülü olarak terkettiği izlenimini vermektedir. Gerçekten de, 2007 yılının sonuna kadar formel bir başvuruda bulunan, işveren tarafından çağrılmasına rağmen işe başlamaktan kaçınan işçinin dört aylık ücret ve diğer hakları talep edebileceğini kabul eden Yargıtayımız, 2008 ve 2009 yıllarında bu görüşünü terketmiş gözükmekte, işçinin başvurusunun hukuki sonuç doğurabilmesinin işverenin daveti üzerine işçinin işe başlamasına bağlı olduğunu; aksi halde bir kanuni başvurudan söz edilemeyeceğini ve yapılan feshin geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracağını dile getirerek, Kanuna ve amaca uygun bir çözüme yönelmiştir.

Nitekim, Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 09.03.2009 tarihli kararında, "İşçinin, işe iade yönündeki başvurusunun samimi olması gerektiğini, gerçekten işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının sonuçlarından iş güvencesi hükümleriyle öngörülen avantajlardan veya haklardan yararlanmak için yapılan başvurusunun Kanuna uygun bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemeyeceğini; işçinin

süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığını kabul edileceğini; bu durumda işverence yapılan feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5 inci maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracağını; işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını talep edemeyeceğini dile getirerek Kanuna ve Yüksek Mahkemenin 2005 yılında verdiği karara uygun olarak isabetli bir sonuca ulaşmıştır⁴⁴. Bununla beraber Yüksek Mahkeme yeni bir kararında bu isabetli çizgisine ters düşer biçimde -kanımızca da gerek İş Kanunu'nun güvence hükümleri ile gerekse genel esaslarla bağdaştırılması kabil olmayan- bir sonuca ulaşmış; dava sırasında ölen işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarının mirasçıları tarafından talep edilebileceğini içtihat etmiştir⁴⁵.

DİPNOTLAR

- 1 İşK., İş güvencesi prosedürü içinde feshin geçersizliğini belirleyen ve kesinleşen mahkeme (ya da özel hakem) kararının hayata geçirilmesi açısından genel usul hükümlerine aykırı olarak işçiye tebliğ edilmesini zorunlu kılmıştır. Bu itibarla sözü edilen geçersizlik kararı işçiye tebliğ edilmeden izleyen prosedürün devam ettirilmesi kabil değildir. Zira bu tebliğ işçinin işverene işe başlatması için yapacağı başvurusu süresine başlangıç olacak; bu tarihi izleyen on işgünlük süre içinde başvuruda bulunmayan işçinin iş güvencesine ilişkin sonuçlardan yararlanması mümkün olmayacaktır.
- 2 Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 23.12.2008 tarihli ve E. 2007/32428 K. 2008/35247 sayılı kararında, işçinin (işçilerin) geçersizlik kararını aldıktan sonra herhangi bir beyanda bulunmaksızın işyerine gitmiş olmalarının, işe başlama başvurusu yapmak amacını taşıdığı kabul edilmesi gerektiğini isabetle dile getirmiştir. (Karar metni için Bkz. İŞVEREN, Özel Eki Mayıs 2008, sh. 23 vd.) Kararda işçilerin işyerine sokulmaması başvurusunun engellenmesi olarak yorumlanmış; bu davranışın "işe başlatmama" olgusu olarak değerlendirileceği kabul edilmiştir.
- 3 Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 09.03.2009 tarihli kararında, başvurusunun on iş günü içinde işverene bildirilmesi gerekmele birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olduğunun düşünülmemeyeceği de isabetli olarak vurgulanmıştır.
- 4 Sözleşmesi alt işveren tarafından feshedilmiş olan işçinin asıl işverene; geçici (ödünç) iş ilişkisinde ödünç alan işverene başvurulamayacağı, aynı şekilde işyerinin devredilmiş olması halinde devreden işverenin işverene muhatap olmayacağı kabul edilmelidir.
- 5 Bkz. 9. HD. 23.12.2008 tarihli ve E. 2007/32428 K. 2008/35247, İŞVEREN, Özel Eki Mayıs 2008, sh 23-24. Gerçekten başvuru

runun işverene ya da bu konuda yetkili işveren vekiline yapılması gerekli bulunduğundan işçinin bir yakınına ya da işyerindeki iş arkadaşlarından birisine yapılan başvurunun kanuna uygun olduğu söylenemeyecektir. Yargıtay geçersizlik davasını yürüten avukatın başvurusunun kanuna uygun olmadığını -umumi vekaletin davayı sonuçlandırmakla sınırlı olduğu gerekçesini öne sürerek- özel bir yetkisi olmayan avukata bu konuda başvuruda bulunamayacağına karar vermiş (9. HD. 27.03.2006 E.2005/27660 K. 2006/7386 ÇİL, Şerh, sh. 1444 No: 1197); buna karşılık diğer bir kararında avukat aracılığıyla işçinin yaptığı işe iade başvurusunun geçerli olduğuna (9. HD. 02.12.2008 45501/32931 Çalışma ve Toplum 2009/2 No: 21, sh. 204 vd.) kanımızca da isabetli olarak karar vermiştir.

Bu kararlar ilgili karşı oy yazısında ise ilişkinin aktif sujesi olan işçinin "işe başlama başvurusunda çok önemli bir neden bulunmadıkça (mücbir sebep) bizzat işyerine icabet edip, ispat-ı vücut etmeli ve işe hazır ve istekli olduğunu işverene göstermesi" gereğine işaret edilerek vekil aracılığıyla telgraf ve noter teatisi ile işe başlatma başvurusunda bulunamayacağı görüşü öne sürülmüştür.

Nihayet 17.06.2009 tarihli ve E. 2009/9-232 K. 2009/278 sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararı "İşçinin, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi, vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığıyla da ulaştırabileceğini" isabetli olarak karara bağlamıştır. (Karar metni için bkz. ÇİL, Ş.: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009, s. 247, No: 109.)

- 6 Niyet tamamen batni, deruni (içsel) olduğuna göre, süresinde işverene başvuran işçinin davet edildiğinde işe başlayıp başlamayacağına ilişkin tasavvurlarını keşfetmek (önceden kestirmek) kabil değildir. Kuşkusuz hukuk bazı konularda niyetlerin araştırılmasına yabancı kalmaz. Fakat bu, kişinin davranışlarından açıklıkla anlaşılabilen arzular, niyetler için söz konusu olabilecektir. Bu itibarla niyet maddeten yeterli bir açıklıkla ortaya konulduğunda hukuken değerli olabilecektir. Başvuruda bulunan işçinin niyeti ise işverence işe başlatma esnasındaki davranışından anlaşılabilir. Öyleyse davete rağmen çalışmayacağını açık ya da örtülü bir şekilde ortaya koyan işçinin niyeti bu aşamada belli olabilecektir.
- 7 Doktrinde isabetli bir şekilde işçinin başvurusunun edimin fiilen sunulması anlamına geldiği; işçinin şeklen başvuruda bulunmakla birlikte fiilen çalışmaktan kaçınması halinde başvuru gereğinin yerine getirildiğinden söz edilemeyeceği dile getirilmiştir. (ALPAGUT, G.: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, sh. 246.)
- 8 Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, H.: İş Hukuku, Ankara, 2004, sh. 576, B.3, sh. 763.
- 9 UŞAN, F.: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davasının Sonuçları, KAMU-İŞ, C.10, 2008, S.1, sh. 11.
- 10 ÜNLÜ, V. SİCİL, S.8, sh. 84; AKTAY da "işverenin davetine rağmen gelip de işe başlamayan işçi böylece iş sözleşmesini kendisi feshetmiş sayılacaktır." (AKTAY, N.: İşe İade Davası Sonrası İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlatılmamanın Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, SİCİL, S. 3, Eylül 2006, sh.106) diyerek aynı görüşü paylaşmaktadır.

- 11 ÇİL, Ş.: İş Kanunu Şerhi, C.2, sh. 1417.
 - 12 SARIBAY, sh. 251; Aynı şekilde MANAV, işçinin işverene işe başlatılmak istemesinden sonra işe başlamaktan vazgeçmesinin istifa olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. (MANAV, E.: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, sh. 408.)
 - 13 DURAN, Abdurrahman: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 2006, Ankara, sh.338 vd. Yazara göre, 'İşte bu noktada yeni bir işte çalışan işçinin, işverenin işe daveti üzerine çalışmaya başlaması iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi olarak yorumlanabilir. Bu yorum tarzı hakkaniyet duygusunu rahatsız edici nitelikte olmakla birlikte, sürecin gelişimi itibarıyla, ortada işçinin feshi söz konusu olduğundan, işverenin mahkemece geçersizliğine karar verilen fesih tarihinde ödediği ihbar ve kıdem tazminatlarını, konusuz kalması nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi ve ortada bildirim şartına uymayan bir fesih bulunduğundan ihbar tazminatını işçiden talep edilebileceği söylenebilecektir.
 - 14 UÇUM, SİCİL, 2008, s.8, sh.41 vd.
 - 15 UÇUM, İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Soruları MESS SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, s.8 sh. 45.
 - 16 (E. 20810 K. 24800 sayılı karar metni için bkz. SİCİL, S.8, sh. 84 - YİK, LEGAL, S. 2, sh. 177 vd.) Hemen belirtelim ki karara ekli karşı oy yazısında ise isabetli sayılmayacak bir sonuca, doktrinde öne sürülen ilk görüşe paralel bir çözüme ulaşılmıştır. Gerçekten 11.07.2005 tarihli bu karara yazılan karşı oy yazısında ise, 'işverenin işe başlatma iradesi işçiye ulaştıktan sonra işçi işe başlamayacağını bildirir veya işe başlamazsa' İş Kanunu'nun 21/V inci madde hükmünün uygulanamayacağı; bu şekilde iradeler birleşince işçinin tek taraflı, işverenin rızası olmaksızın işe başlama iradesini -iradeyi ifsat eden haller bulunmadıkça- geri almasının mümkün olmadığı; bu aşamadan sonra akit tarafların birisinin iradesi ile veya karşılıklı anlaşarak sona erdirilebileceği; tarafların feshin sonucuna katlanmaları gerekeceği belirtilmektedir.
- Karşı oy yazısındaki yaklaşıma katılmanın güç olduğunu söylemeliyiz. Burada sorun işçi tarafından yapılan başvurunun geri alınıp alınmaması sorunu değildir. Başka bir söyleyişle soruna bu şekilde yaklaşmak kabil olmasa gerekir. Zira sorun, 'başvuru'dan ne anlaşılacağı ve kanun anlamında bir başvurunun bulunup bulunmadığına ilişkindir.
- Karşı oyda, başvuruda bulunan işçinin isteğine işveren olumlu cevap verir, işçiyi işe başlatmak ister, fakat işçi işe başlamazsa, bu aşamada taraflar arasında kurulduğu söylenen iş sözleşmesinin işçinin işe başlamamak suretiyle feshedildiği öne sürülmektedir. Şu kadarını söyleyelim ki iş güvencesi prosedürü devam ederken taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu yahut da geçersizliği mahkeme ya da mahkemece saptanmış feshin dayanağı olan sözleşmenin bu aşamada ihya edilip geçerlilik kazandığı söylenemeyeceği gibi, iş sözleşmesinin askıda kaldığı da söylenemez.
- 17 Kanaatimizce konuya ilişkin 4857 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde işçinin feshi karşı korunması (iş güvencesi), işçinin işten çıkarılmaması anlamına gelmediği gibi; işten çıkarılan (sözleşmesi feshedilen) işçinin mutlaka (herhal-

- de) işe iade edileceği kesin sonucunu da doğurmamaktadır. Kanunda açıkça öngörülmüş olmadıkça, mahkeme ya da özel hakem işe iade ya da önceki işe nakil hususunda işverenin yerine geçerek hüküm kuramazlar. 4857 sayılı İş Kanunu'nun açık hükümleri karşısında mahkeme ya da hakemin iş ilişkisinin yeniden kurulması -uygulamada yerleşik deyimle işe iadesi- hususunda bir eda (ifa) hükmü tesis etmesi mümkün olmamaktadır. Öte yandan Kanunun daha doğrusu iş güvencesi kurumunun amacından hareketle de işe iade kararı verilmesi doğru olmasa gerektir. Zira İş Kanunu'nun konuyu düzenleme biçimi, taraflar arasında yeniden bir ilişkinin kurulmasının mahkeme kararıyla değil, tarafların takinacakları tavırlara, kısaca taraf davranışlarına bağlıdır.
- 18 Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 595; SARIBAY, sh. 252; AKYİĞİT, sh. 319.
- 19 Nitekim bu görüşü öne sürenlerden MOLLAMAHMUTOĞLU, "İşverene süresi içinde başvuruda bulunup işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yönünde bir düzenleme yapmamıştır" diyen Yargıtay'ı eleştirmekte ve şöyle devam etmektedir: "bu çözüm tarzı için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığını", "işçinin işverene başvurmasıyla birlikte feshin geçersiz olduğunu ve bu itibarla sözleşme feshedilmemişcesine devam ettiğine göre işçinin işe başlamama şeklindeki davranışı hukuken nasıl yorumlanacağına önem kazandığını"; işçinin davranışının hukuki ifadesi ile istifa olduğu kanaatini izhar etmektedir (sh. 763).
- 20 Bkz. 9. Hukuk Dairesinin 11.07.2007 tarihli yukarıda anılan kararı.
- 21 Bkz. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2007 Kararları Seminerine sunulan tebliğ, KOMİTE 2007, sh. 149 vd.
- 22 Öte yandan işçinin "işe başlamak için on işgünü içinde işverene başvurusu"nu öngören hüküm, doktrinde ve içtihatla öne sürüldüğünün aksine yoruma ve boşluk doldurmaya ihtiyaç göstermeyen bir nitelik ve açıklık taşımaktadır. Kanun işçinin "işe başlamak için" başvuracağını, başvuruda bulunacağını açıkça öngörmesine rağmen, karşı görüşü savunanlar bu hususu gözden kaçırmakta; başvurunun içeriğini ve hükmün amacını bir yana bırakarak sadece başvuruya hukuki sonuç bağlama yoluna gitmektedirler. Halbuki Kanun açıkça işçinin "işe başlamak için" başvuru zorunluluğunu öngörmekte, başvurunun çalışmak, işe yeniden koyulmak amaçlı ve eylemleri yapılacağını da açıkça belirtmektedir.
- 23 Bkz. yukarıda başvurunun anlamı ve kapsamı: II/2.
- UÇUM'a göre, "İşçinin çağrıldığı halde işe başlamaması, işe başvuru talebinden vazgeçme anlamına geldiğinden işverenin yapmış olduğu fesih geçerli fesih haline gelir ve işveren bunun hukuki sonuçları dışında başka bir sorumluluk altına girmez (UÇUM, YKİ/2006, S.2, sh. 183.)."
- 24 UÇUM, M.: İşe İade Davalarında Başlıca Sorunlar, LEGAL 2005, sh. 88 vd. Yazar elbette işçinin (işverene) başvurusu dört aylık ücret ve diğer hakları kazanması bakımından gereklidir demektedir; ama işçinin bunları hak etmesi bakımından yeterli olmadığını belirtmekte; bunun için işverene başvurduktan sonra ya işe çağrılan işçinin işe başlamaması veya işverenin işçiyi işe başlatmaması gerektiğine isabetli olarak parmak basmaktadır.
- 25 Doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtayın bazı kararlarında mahkeme ya da hakemce tesis edilen geçersizlik kararıyla yapılan fesih işlemlerinin hükümsüz sayılacağı öne sürülmektedir. Örneğin ALPAGUT, 'feshin geçersizliğinin tespiti iş ilişkilerinin devamı anlamındadır' (Komite, 2005, tebliğ, sh.116) demektedir; aynı şekilde ALP de, 'feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde yapılmış olan feshin hiçbir etkisi' olamayacağını, feshin hiç yapılmamışçasına iş ilişkisinin dolayısıyla iş sözleşmesinin eskisi gibi devam edeceğini' öne sürmektedir. (ALP, M.: İşçinin Feshe Karşı Korunması, sh. 23) Aynı şekilde EKMEKÇİ "Kanunun feshin geçersiz sayılarak iş ilişkisini kural olarak hiç sona ermemiş gibi devam etmesini; işverenin bunu kabul etmemesi halinde de tazminat ödenmesini öngördüğünü belirterek bu görüşe katılmaktadır (EKMEKÇİ, Ö., sh. 107).
- 26 Yargıtay da '...açılan işe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmekle iş ilişkisi kesintisiz devam eder' (9.HD. 12.04.2005 E. 2004/18066 K.2005/12952 ÇALIŞMA ve TOP-LUM – S. 6, 2005/3, sh.266).
- Buna karşılık doktrinde yazarların çoğu Kanundaki kullanılan "geçersizlik" sözcüğünün borçlar hukuku anlamında bir hükümsüzlük olarak kabul edilemeyeceğini kanımızca da isabetli olarak dile getirmektedirler. (Özellikle bkz. EKONOMİ, M.: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, ÇİMENTO İŞVEREN, Özel Eki, C. 17, Mart 2003, S. 2, sh. 16; ÇELİK, N.: İş Güvencesi, sh. 44; SÜZEK, S.: İş Hukuku, sh. 614; UÇUM, M.: İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları, LEGAL, YİK, 2006/2, sh. 185; ŞAHLANAN, F.: Karar İncelemesi, TEKSTİL İŞVEREN, Nisan 2010, S. 361, sh. 3; MOLLAMAHMUTOĞLU ise kanunun peşin olarak hükümsüzlüğü murad etmediğini, kanuni süresi içinde işçinin başvuruda bulunup bulunmamasına göre durumun değerlendirileceğini savunmaktadır (MOLLAMAHMUTOĞLU, H., İş Hukuku, s. 761).
- 27 Yargıtay işe başlatılmayan işçinin geçersiz fesihden dolayı hak kazanacağı işçilik hakları hesaplanırken işe başlatılmama tarihinde geçerli olan ücretin esas alınması gereğine işaret etmiştir: "Davacının feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin mahkeme kararına dayanarak süresinde işverene başvurduğu halde işe başlatılmamakla iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemeye işe başlatılmama tarihindeki asgari ücrete göre kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretine karar verilmesi gerekirken geçersiz fesih tarihindeki ücret düzeyi esas alınarak anılan alacaklara karar verilmesi hatalıdır." (9. HD. 08.11.2007 26457/32875 ÇİMENTO İŞVEREN, C. 23, Mayıs 2009, S. 3).
- 28 Kanımızca Kanunun sistemi, Kanun gereği yeniden kurulacak iş ilişkisinin eski (önceki) çalışma koşullarının sürdürüleceği yolunda bir çözüme cevaz vermektedir.
- 29 Görülüyor ki, yaptığı feshin Kanuna aykırılığı tespit edilmiş bulunmasına rağmen işveren dilerse işçiyi yeniden çalıştırmaya başlayacak dilerse Kanunun belirlediği bir miktar tazminatı ödemek suretiyle Kanuna aykırı fesih işlemini amacına göre sonlandırabilecektir. Ancak dört aylık ücretini ve diğer haklarını da her iki ihtimalde ödemesi gerekecektir.
- 30 İşverenin işe başlatma yükümlülüğü gibi işçinin işe başlamak için başvurması da Kanunda zorunlu tutulmuş ancak ademi riayet halinde işveren için (tazminat +4 aya kadar ücret); işçi için geçersizliği tespit edilen feshin geçerli sayıla-

çağı düzenlenerek tarafların davranışları arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.

- 31 Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU (İş Hukuku), sh. 768; GÜZEL, A.: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004 Tebliği, sh.116; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, sh.266; GÜNAY (İş Kanunu Şerhi), sh.905. Yazar, işçinin başvurusunun dört aylık ücret ve diğer haklarını talep hakkı sonucunu doğuracağını belirtmekte: aynı şekilde, bu alacağa hak kazanıldığı anın, işçinin işverene işe iade için başvurma tarihi olduğuna değinen ÇİL de “işçinin işe başvurusunun ardından işverenin bu eski işine iade kararına rağmen işbaşı yapmayan işçi dahi 4 aya kadar boşta geçen süre ücretine hak kazanır” diyerek bu görüşü benimsemektedir (İş Kanunu Şerhi), sh.1427. Ayrıca bkz. ÜNLÜ (Karar İncelemesi, SİCİL, Aralık 2007 S.8, sh.. 84; MANAV, E.: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, sh. 362; SARIBAY, G.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, sh.250; BİLGİLİ: “Yasal sürede başvurusunu yapan, ancak işe başlamayan” bir işçi dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanacaktır (BİLGİLİ, A.: İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, 2004, sh. 108.).

Diğer taraftan doktrinde İş Kanunu'nun 21. maddesinin gerekçesinde “işveren işçiyi işe başlatsa da, başlatmasa da işçiyi çalıştırmamış olduğu en çok dört aya kadar kısım için ücret ve diğer haklarını” talep edebileceği mülahazası dayanak yapılarak işçinin mahkeme süresince çalıştırılmadığı azami dört aylık ücret ve diğer haklarını elde etmesi için yegane koşulun mahkeme kararının işçiye tebliğinden itibaren on iş günü içinde işverene başvuruda bulunmuş olması yeterli görülmektedir. Ancak gerekçe işverenin işe başlatıp başlatmadığının önemli olmadığını vurgulamakta yoksa amacına uygun bulunmayan formal bir başvuruda bulunan işçinin de sözü edilen hakları talep edebileceği kuralını içermemektedir.

- 32 Nitekim EKONOMİ'de şunları okuyoruz: İşçi süresi içinde işe başlamadığı takdirde kendisine ödenecek dört aya kadar ücret ve diğer haklarını takip imkanını kaybetmektedir.” (EKONOMİ, İş Güvencesi, sh. 17). Aynı doğrultuda bkz. ÇELİK (İş Hukuku Dersleri), sh.237 vd.; UÇUM, M.: İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, LEGAL, 2005, İstanbul, sh.88 vd.; UÇUM (İşe İade), sh.40. Yazar, doktrindeki karşı görüşün yetersiz ve yanlış yorumlara neden olacak nitelikte bulunduğu isabetli olarak işaret etmekte; “işçinin başvurusunun yanı sıra işverenin işe başlatmaması veya işçiyi işe çağırırsa işçinin işe başlama aşamaları tamamlandıktan sonra ancak işçi boşta geçen ücret ve diğer haklarını elde edebileceğine parmak basmaktadır.
- 33 Bkz. 9. H.D. 8.7.2003, 12442/13125, İŞVEREN, Temmuz 2003, sh. 17 vd.; 9. H.D. 30.10.2003, 18346/18547.
- 34 (9. H.D. 09.10.2007 tarihli 21601/29856 karar metni için bkz. SİCİL, Aralık 2007, S.8, sh. 80, ÜNLÜ V.'nin incelemesi ile); 9 HD. 08.07.2003 12442/13123; 9 HD 11.07.2005, 20810/24800 YİK, LEGAL, S. 2, sh. 177 vd.; 9 HD, 31.03.2008, 4328/6932, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2008/3 No. 18, sh. 251-252.

- 35 Bkz. 9. H.D. 24.1.2005, E.2004/22604 K.2005/1194 (ÇİL, İş Kanunu Şerhi, C.II, sh.1515-1516, No.1261).

- 36 “...işçi işyerine gittiği halde işe başlamaya dair bir belgeyi imzalamaktan imtina etmiş ve işe başlamayacağını bildirmiş-tir.”

“Bu durumda, davacı işçinin yasal süresi içinde işe başvurmakla 4857 sayılı İş Kanunu 21. maddesinde sözü edilen boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerekir. 9. HD. 09.10.2007 21611/29866 (Çalışma ve Toplum 2008/1 No.16, sh. 189)

- 37 EKONOMİ, YİK, S.8, sh.118.

- 38 Kanunun lafzen ve amaca uygun yorumu bizi bu sonuca götürmektedir. İşçinin işverene kanuni süresi içinde başvurusuna rağmen, davete icabet etmemesi halinde, Kanunun gereklerine uygun bir başvuruda bulunulduğundan söz edilemeyecektir.

- 39 Özellikle, sadece başvuruda bulunan fakat çağrıldığında çalışmaktan kaçınan işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarını isteyebilmesine imkan vermek kabil olmasa gerekir.

- 40 Bkz. yukarıda geçersizlik kararının doğurduğu hukuki sonuçlar IV/1.

- 41 Kaldı ki Borçlar Kanunu'na (madde 101) göre borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmesi, alacağın talep edilebilmesi anlamındadır. İşçi bakımından sadece başvuru ile dört aya kadar ücret ve diğer hakların işverence ifa edilmesi söz konusu olamayacağına göre bu aşamada muaccel bir borçtan söz edilemeyecektir.

- 42 Gerçekten Kanun, başvuruda bulunan ve çalışmaya amade olan işçiyi çalıştırmamak hakkını (imkânını) işverene vermekte ise de; başvuran işçiye işe başlamama hak ya da imkanını vermemektedir. Başvurmasına rağmen çalışmaktan kaçınırsa -daha önce belirttiğimiz gibi- bunun anlamı, Kanuna uygun bir başvurunun yapılmamış sayılması, dolayısıyla İş K. m.21/5'teki sonucun yani feshin geçerli fesih sayılacağına kabul edilmesidir. Başka bir söyleyişle, böyle bir durumda, mahkeme ya da özel hakemce geçersizliği tespit edilmiş fesih, kanun gereği geçerli bir fesih sayılacak ve buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulanacaktır.

- 43 Bkz. Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 11.07.2005 tarihli yukarıda dipnot 6'daki kararı.

- 44 E. 2007/38672 K. 2009/6095 sayılı karar metni için bkz. ÇİL, Emsal Kararlar, sh. 253 vd. No.111. Aynı doğrultuda: 9. HD. 23.12.2008 E. 2007/32428 K. 2008/35247 İŞVEREN, Özel Eki, Mayıs 2008, sh. 23-24; 9. HD.14.10.2008 E. 2007/29383 K. 2008/27243, ÇİL, Emsal Kararlar, sh. 259 vd. No. 114; 9. HD, 18.3.2009, E. 2007/38730 K. 2009/7345 ve BOSTANCI tarafından incelenmesi için bkz. SİCİL, Aralık 2009, S. 16, sh. 120 vd.; 9 HD. 28.10.2009, E. 2008/11135 K. 2009/29540, İŞVEREN Özel Eki, Yargıtay Kararları, C. 48, Mart-Nisan 2010, S. 6-7, sh. 23-24; İHSGHD., LEGAL, 2009, S. 24, sh. 1584, vd.

- 45 (ÇANKAYA'nın haklı eleştirileri ile birlikte karar metni için bkz. SİCİL, Mart 2010, S. 17, sh. 199 vd.) Aynı karar ŞAHLANAN tarafından da haklı olarak eleştirilmiştir. (Bkz. ŞAHLANAN, F.: İşe İade Davası Açan İşçinin Yargılama Strasında Ölmesi Karar İncelemesi, TEKSTİL İŞVEREN, Mayıs 2010, S. 362, sh. 2).