

Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/22949

Karar No : 2010/7943

Tarihi : 22.03.2010

ÖZET

Davacının iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde fesh edilmiş açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla 11.8.2006 itibariyle feshin kesinleştiği kabul edilerek bu tarihteki ücreti esas alınarak istekler hesaplanmalıdır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücret doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin

ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Halbuki davalı işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup fesih de 11.8.2006 tarihinde kesinleştiğine göre bu tarihteki alabileceği ücret toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak belirlenmeli dava konusu istekler bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Davacı, fark kıdem, fark ihbar, işlemiş faiz alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş.Kırmaz tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1- Davacı işe iade davasını kazanması-

nın ardından işverene müracaat ettiğinde işe başlatılmadığını kıdem ve ihbar tazminatlarının eksik ödendiğini ileri sürerek fark isteklerinde bulunmuştur.

Mahkemece fark istekler hüküm altına alınmıştır. Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak kıdem ve ihbar tazminatlarının hesaplanmasına esas alınacak ücretin belirlenmesinde uyumsuzluk bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1 fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshin bağlı olarak işçiye ihbar ve koşullan oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmele

birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmele birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirim süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz, işverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir, işçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanununun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir, işçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlat-

mama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden soma boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok 4 aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir (Yargıtay 9.HD. 28.12.2009 gün 2009/ 34595 E, 2009/ 37899 K).

Kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer alacaklar, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur (Yargıtay 9.HD. 20.11.2008 gün 2007/ 30092 E, 2008/31546 K).

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı pirim gibi ödemelerinin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2008/ 32727 E, 2008/31214 K).

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

16.6.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı yasa ile 193 sayılı gelir vergisi kanununda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında gösterilmiştir. Buna göre işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmemeli, sadece damga vergisi kesilmesiyle yetinilmelidir.

Aynı yasa ile 193 sayılı gelir vergisi kanununa eklenen geçici 77 maddede ise, "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminattan, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır" şeklinde kurala yer verilerek daha önce kesilen gelir vergisi ile ilgili iade esasları belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre daha önce kesilen gelir vergisi tutarları vergi yükümlüsüne iade edilmelidir. Vergi yükümlüsü işçi olup, işçinin fazla ödenen vergiyi ilgili vergi dairesinden talep etme hakkı vardır. Yasada, vergi sorumlusu olan işverene iadeye dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İşçi haksız yere kesilen gelir vergisini ilgili vergi dairesinden talep edebileceğine göre, işverenin aynı tutardan sorumluluğuna dair karar verilmesi mükerrer sorumluluğuna yol açacaktır. Bu nedenle işverence işe başlatmama tazminatından kesilerek vergi dairesine yatırılan gelir vergisi yönünden işverenin sorumlu tutulması doğru olmaz (Yargıtay 9.HD. 16.2.2010 gün 2009/29055 E, 2010/ 3626 K).

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4

aya kadar boшта geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda davacının iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde fesh edilmiş açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla 11.8.2006 itibarıyla feshin kesinleştiği kabul edilerek bu tarihteki ücreti esas alınarak istekler hesaplanmalıdır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücret doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış

ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Halbuki davalı işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup fesih de 11.8.2006 tarihinde kesinleştiğine göre bu tarihte ki alabileceği ücret toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak belirlenmeli dava konusu istekler bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. GİRİŞ

İnceleme konusu kararda, karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, davacı işçinin iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde feshedilmiştir. Açmış olduğu işe iade davasında işçi lehine karar verilmiştir. İşe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat etmiş, işveren tarafından 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı davacı işçiye bildirilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabında esas alınan ücret, 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Ancak, davalıya ait işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Hükme esas bilirkişi raporunda ise toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret artışları dikkate alınmamıştır. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bozma kararında Yüksek Mahkeme, davacının iş sözleşmesi 30.9.2005

tarihinde feshedildiğini, açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirildiğini, dolayısıyla 11.8.2006 itibarıyla feshin kesinleştiği kabul edilerek, talep edilen alacakların bu tarihteki ücreti esas alınarak hesaplanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin hükme esas bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücretin doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplandığını kabul etmiştir. İhbar tazminatı hesabında ise, 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücretin esas alınmasını hatalı bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, davalı işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup fesih de 11.8.2006 tarihinde kesinleştiğinden, bu tarihte alınabilecek ücretin toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak belirlenmesi, dava konusu isteklerin bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği sonucuna ulaşılmış ve yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.

Olayda öncelikle, geçersiz feshin sonuçlarının ve özellikle geçersiz feshin işçinin ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarına etkisinin tespiti gerekmektedir. Bu nedenle, öncelikle bu husus değerlendirilecektir. Burada sözleşmenin ne zaman feshedilmiş sayıldığı konusu önem arz etmektedir. Özellikle, ihbar ve kıdem tazminatı alacağı iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarından olduğundan, bahsi geçen alacaklar açısından sözleşmenin sona erme anının tespiti önemlidir. Bu kapsamda konu öncelikle sözleşmenin sona erme anı açısından değerlendirilecek, sonra da ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının durumu ele alınacaktır.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Geçerli Nedene Dayanmayan Fesih ve Sonuçları

İş Kanunu m.21 uyarınca, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir. 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”.

Madde hükmüne göre fesih geçerli nedene dayanmıyorsa geçersiz sayılacaktır. Doktrinde, maddede geçen “feshin geçersizliğine karar verilmesinin” ne anlama geldiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, maddede geçen feshin geçersizliği, gerçek anlamda bir geçersizlik değildir. Söz konusu geçersizlik, feshin iş sözleşmesine etki etmemesi, sözleşmenin aynen devam ettiği anlamına gelmemektedir. Sadece, İş K.m.25. maddede düzenlenen haklı nedenle feshin hukuki sonuçlarının ile, maddede düzenlenen sonuçları birbirinden ayırt etmek için böyle bir anlatıma yer verilmiştir¹. Diğer bir anlatımla, maddede gerçek anlamda ve mutlak bir geçersizlik söz konusu değildir. Verilen geçersizlik kararı, tam bir geçersizlik kararı değildir. Kararla birlikte, işverene seçimlik bir hak olarak işçiyi işe başlatıp başlatmama imkanı vermektedir². Maddede, feshin geçersiz sayılması üzerine, iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş sayılması ve sözleşmenin devam etmesi öngörülmemiştir³. Bir diğer görüşe göre ise, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde iş sözleşmesi mahkeme süresince askıda kalmakta, bu süre zarfında işverenin iş vermekte temerrüde düştüğü (BK m.324, 325) kabul edilmektedir⁴. Başka bir görüşe göre, kanundaki düzenlemenin Borçlar Hukukunda yer alan iptal kabiliyeti yaptırımına benzer bir düzenleme olduğu, hakimin vereceği karara kadar feshin bozucu şarta bağlı olarak askı durumunda bulunduğu, işçinin bir aylık süre içerisinde dava yoluyla iptal hakkını kullanmadığında askıda geçerlilik halinin sona ereceği ve feshin baştan itibaren geçerli hale geleceği ileri sürülmüştür⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, Kanun, “feshin geçersizliği” ile feshin mutlak manada hükümsüzlüğünü öngörmemiştir. Burada geçersizlik, işçinin işe başlatılıp başlatılmamasına göre değil, işçinin feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde kanunda öngörülen süre içinde işverene başvuruda bulunup bulunmamasına göre tespit edilmelidir. Şayet, mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmiş olmasına karşın, işçi kanunda öngörülen süre-

de işverene başvurmayacak olursa, fesih geçerli sayılacak ve işveren sadece bunun sonuçlarından sorumlu olacaktır⁶. Bu durumda, işçinin başvuru anına kadar geçersizliğin hükmü askıda kalacaktır. Başvuru ile birlikte geçersizliğine karar verilen fesih hükümsüz hale gelecek ve iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş kabul edilecektir. İşçi süresinde başvurmayacak olursa, geçersizliğine karar verilmiş olan fesih, geçerli bir fesih olarak hüküm doğurur ve sözleşme fesih tarihi itibarıyla sona ermiş olur. İşçinin süresi içerisinde başvurmuş olmasına karşın işveren işçiyi işe başlatmayacak olursa, ilk yapılan fesih geçersiz olacak, işverenin işe başlatmaması ise devam eden iş sözleşmesinin feshi olarak kabul edilecektir⁷. Bahsi geçen görüşe göre, Kanunla işverene bir seçimlik hak vermemiştir. Sadece işe başlatma yükümlülüğünün aykırılığın yaptırımının tazminat olarak öngörülmesidir. Tıpkı Borçlar Hukukunda bir yükümlülüğe aykırılı-

renin bu yükümlülüğünün ortadan kalmasının yanında işverenin yapmış olduğu fesih de geçerli hale gelecektir. İşçinin başvuru tarihinden itibaren işveren işçiyi işe başlatmak zorundadır. Ancak ifade ettiğimiz gibi, bahsi geçen süre içerisinde işçinin işveren tarafından işe başlatılmasının bütün sonuçları incelememiz kapsamı dışında kalmaktadır.

İşçinin süresi içerisinde başvurmasına karşın işverenin bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması veya işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklaması, yeni bir fesih olarak kabul edilmelidir⁹. Mahkemenin verdiği feshin geçersizliği ve işe iade kararı, işçinin süresinde işverene başvurması şartıyla, ilk fesih işlemi hiç yapılmamış gibi sonuç doğurur¹⁰. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesi, işverenin yapmış olduğu ilk fesih tarihinde değil, işçinin işe başlatılmama tarihinde sona ermiş sayılır¹¹. Ancak, işe başlatmama yeni bir fesih olarak kabul edilse

Feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, mahkeme veya özel hakemin kesinleşen kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekir.

ğın tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşmesi gibi işe başlatma yükümlülüğü tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşmektedir⁸.

İş sözleşmesinin feshinin mahkeme ya da özel hakem kararıyla geçersiz sayılmasının sonuçların bir bütün olarak incelenmesi çalışmamızın sınırlarını aşacağından sadece, feshin geçersizliğine ilişkin karardan sonra işçinin işverene işe başlamak amacıyla başvurusu üzerine, işverenin işçiyi işe başlatmamasının ihbar ve kıdem tazminatı alacağı üzerindeki etkisi üzerinde durulacaktır. Ancak süreçten kısaca bahsetmek gerekirse, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, mahkeme veya özel hakemin kesinleşen kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekir (İş K.m.21/IV). Maddede belirtilen süre hak düşürücü süredir. Bu sürede başvurulmaması halinde işve-

de, bu feshin iş güvencesi hükümleri uyarınca geçersizliği talep edilemez¹². Fakat bu, hukuka aykırı bir işlem olduğundan¹³, ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı talep edilebilir. Maddede ayrıca işe başlatma zorunluluğuna aykırı davranmanın yaptırımı olarak, işçiye en az dört aylık en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminatla birlikte boşta geçen süreye ilişkin olarak en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların da ödenmesi öngörülmüştür. "İşe başlatmama tazminatı veya "iş güvencesi tazminatı" adı verilen bu tazminat, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararında kesin miktarı süre olarak belirlenmesi gereken bir tazminattır (İş K.m.21/I,II). Feshin sendikal nedenlerle yapılması halinde söz konusu tazminat işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında bir tazminattır (Sen K.m.31/IV).

İşverenin işçiyi işe başlatmayarak veya süresi içerisinde işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklamasıyla yaptığı fesih, nitelik itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir fesihtir¹⁴. Zira burada İş K.m.25 anlamında bir fesih söz konusu değildir. İşverenin işçiyi süresinde işe başlatmayarak yaptığı fesih bildirimli fesihtir. İşçiye bildirim süresi verilmediğinden veya bildirim süresine ilişkin ücret peşin olarak verilmediği için usulsüz fesihtir. Sonuç olarak işveren, söz konusu feshin hukuki sonucu olarak doğacak tazminatları (İhbar ve kıdem tazminatı) ödemek zorundadır. İş K.m.21/IV'de de açıkça "işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir" anlatımıyla duruma açıkça belirtilmiştir.

Feshin geçersizliğine karar verilmesinden sonra işverenin bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması veya bu süre içerisinde işverenin işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklaması yeni bir fesih teşkil edeceğinden, bu halin işçinin ihbar ve kıdem tazminatı alacağına etkisini konuyu ikiye ayırarak ele almak gerekir. Birinci halde, işveren iş sözleşmesini feshettiğinde işçinin ihbar ve kıdem tazminatı alacağını ödemiş olabilir. Bu durumda, işveren ilk fesih tarihi ile işçiyi işe başlatmayarak yapmış olduğu fesih tarihi arasındaki 4 aylık süreyi de işçinin kıdemine ilave ederek¹⁵, toplam kıdem üzerinden işçiye ihbar ve kıdem tazminatı alacağını ödemelidir. Maddede geçen "ayrıca ödenir" anlatımından kasıt, 3. fıkrada belirtilen (kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları) ödemediği ayrı olarak bu ödemenin yapılması gerekliliğidir¹⁶. Ancak, geçersiz fesihte bildirim süresi tanınmışsa, işçi bildirim öneli süresince iş görme borcunu yerine getirdiğinden, bildirim süresine ilişkin ücretin iadesi veya mahsubu söz konusu olmayacaktır. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁷.

İkinci halde işveren iş sözleşmesini feshettiğinde ihbar ve kıdem tazminatını ödemiş olabilir. İşçiye bildirim sürelerine ilişkin ücret peşin ödenmiş ve kıdem tazminatı verilmişse, verilen tutar işe başlatılmayan işçide kalacaktır. Yu-

karıda belirtildiği gibi, İşverenin işçiyi işe başlatmaması yeni bir fesihtir. Söz konusu fesih, nitelik itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir fesihtir. Dolayısıyla, işçinin toplam kıdemi üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. İşveren tarafından yapılan ilk fesihten sonra yapılan ödemeler bulunacak tutardan mahsup edilmelidir. Yargıtay da işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshin göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmesi gerektiği görüşündedir¹⁸. Doktrinde bir görüşe göre ise, İş Kanunu m.21/IV de yer alan hükmün başka bir anlam taşıdığı, işçiye geçersiz sayılan feshin dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı yükümlülüğünün bulunmayacağına hüküm altına alınmak istendiği ileri sürülmüştür¹⁹. Bahsi geçen görüşe göre, maddenin gerekçesinde belirtilen "Ancak bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatı işçiye peşin ödenmişse, bu tutar yapılacak ödemedi düşülecek; buna karşılık, peşin ödeme yapılmamış ve de bildirim süresi verilmemiş ise, bu sürelerle ait ücret tutarı işçiye ayrıca ödenecektir" anlatımı, mahkeme tarafından geçersiz kabul edilen fesih sonucunda işçiye bildirim süresinin verilmesi veya peşin ödeme yapılması ile bu borcun sona erdiğine işaret etmektedir. Mahkeme tarafından geçersizliğine hükmedilen fesih tarihi itibarıyla bildirim süresi verilmişse veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse, işçinin ihbar tazminatı alacağı kalmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. İş Kanunu m.21/IV hükmü, işçinin işe başlatılmamasının bir sonucu olarak düzenlenmiştir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresinin verilmesi "muhal" olduğuna göre, maddede kastedilen önceden (geçersiz feshle) verilen bildirim süresidir. Burada işverenin geçersiz fesih kararı sonrasında kendisine başvuran işçiye işe başlatmayacağını örneğin 8 hafta önceden veya toplu iş sözleşmesi ile arttırılan süreden önce bildirmesi, yasadaki işe başlatma süresinin 1 ay olması nedeniyle mümkün değildir. Şu halde yasa, geçersizliğe ilişkin genel hükümlerin aksine özel bir geçersizlik hali öngörülmüştür. Sonuç olarak da, işçiye önceden

bildirim süresi verilmiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse, ihbar tazminatının ödenmesine gerek olmadığı, şayet ödenmemişse ayrıca ödenmesi gerektiği hüküm altına alınmaktadır²⁰.

Konuya ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına ilişkin olarak yazılan karşı oy yazısında da²¹, İşçiye önceden verilmiş olan ihbar süresinin de bir değeri olduğu, İş K.m.21/IV de ihbar tazminatının hangi hallerde ödenmesi gerektiğinin belirtildiği, bu hallerin 1) İşçiye bildirim önelleri verilmemişse 2) Bildirim süresine ilişkin ücret peşin ödenmemesi hali olduğu, Genel Kurul Kararında ise, maddeye 3) İşçiye bildirim süresi verilse de ibaresinin eklendiği ileri sürülmüştür. Karşı oy yazısına göre, İş K.m.21 de işverene işçinin işe başlatması için 1 aylık süre verilirken, İş K.m.17 de öngörülen asgari 2-4-6-8 haftalık sürelerin veya toplu iş sözleşmesi ile artırılan sürelerin tanınması ve işçinin baş-

bir “usulsüz fesih yapılmışsa”, yaptırım olarak ihbar tazminatının ayrıca ödeneceğine işaret etmiş ve 17. maddeyi tekrarlamıştır. Şu halde, 4. fıkranın son cümlesinde öngörülen iki hal mevcut değilse, işe başlatılmayan işçinin tekrar ihbar tazminatı alacağına hak kazanmayacağı, aksi sonucun Yasa'nın 21. maddesine de açıkça aykırı olacağı kanaatiyle yerel mahkeme hükmünün ihbar tazminatı taleplerinin reddi yolundaki direnme kararının onanması gerektiği görüşündeyiz” anlatımına yer verilmiştir.

İşçi fark kıdem ve ihbar tazminatı ve feshe bağlı olarak doğacak diğer haklarını işe başlatılmama tarihi esas alınarak talep ve dava edebilecektir²². Diğer bir anlatımla, işçiye, mahkeme ve özel hakem kararıyla geçersiz sayılan fesih nedeniyle önceden bildirim sürelerine ilişkin ücret ve kıdem tazminatı ödenmiş olsa bile, geçersiz fesih ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen süre dikkate alınarak, ortaya çıkacak farkın ödenmesi gerekir²³. Geçersiz sayı-

İhbar tazminatına esas ücret belirlenirken iş sözleşmesinin feshi anında işçinin almış olduğu brüt ücretin belirlenmesi gerekir.

vurusu üzerine örneğin 8 hafta sonra işe başlatılmayacağını bildirmesinden söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, geçersiz fesih ile usulsüz fesih kavramlarının aynı kavramlar olmadığı, geçersiz feshin kendiliğinden ve doğrudan doğruya aynı zamanda usulsüz fesih olduğu sonucuna ulaşılamayacağı, bildirim önellerine aykırı feshin yaptırımı olan ihbar tazminatının da hiçbir unsura bakılmaksızın otomatikman hüküm altına alınmasının doğru olmadığı ileri sürülmüştür. Geçersiz sayılan fesihlerde her durumda ihbar tazminatı ödenecek olmasının, işverenin geçerli nedene dayanmayan feshin yanında usulsüz feshe de teşvik edeceği belirtilmiştir. Sonuç olarak karşı oy yazısında “21. maddenin 4. fıkrası, işe başlatılmayan işçinin durumunu düzenlerken onun 18. ve 19. maddelere aykırı fesih esnasında aynı zamanda usulsüz, 17. maddeye aykırı bir feshe de maruz kalmış olabileceği ihtimalini gözeterik, böyle

lan fesihten önce ihbar süresinin kullanılmış olması ihbar tazminatı talep hakkını ortadan kaldırmaz²⁴.

Öngörülen fark kıdem ve ihbar tazminatına, işverenin işçiyi işe başlatmaması ile kıdem ve ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, sözleşmenin sona ermiş kabul edildiği işe başlatılmama tarihinden itibaren faiz uygulanması gerekmektedir²⁵.

Bilindiği gibi, ihbar tazminatı, İş K.m.17/IV uyarınca, “bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında” hesaplanan götürü bir tazminattır. Söz konusu tazminat usulsüz feshin sonucu olarak öngörülmüştür. Feshe maruz kalan işçinin zararı bildirim süresine ilişkin ücretin altında olsa veya hiç zararı olmasa dahi yine de ihbar tazminatı talep edilebilir. İhbar tazminatı işçinin işyerindeki kıdemine göre uyulması gereken ihbar önelleri (2-4-6-8 hafta) dikkate alınarak hesaplanır (İş K.m.17/II, IV). Tazminat işçinin iş söz-

leşmesinin feshi anındaki brüt ücreti üzerinden hesaplanır. Diğer bir anlatımla, ihbar tazminatına esas ücret belirlenirken iş sözleşmesinin feshi anında işçinin almış olduğu brüt ücretin belirlenmesi gerekir. Bu ücret belirlenirken İş K.m.17/son uyarınca, temel ücrete ilave olarak “işçiye sağlanmış para ve para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatlerin” de göz önünde tutulması gerekir.

1475 sayılı eski İş Kanununun halen yürürlükte olan 14. maddesinin 9. fıkrası uyarınca kıdem tazminatı da işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacaktır. Hesaplama işçinin son brüt ücreti üzerinden yapılacaktır. Kıdem tazminatı hesaplanırken, İş K.m.14/XIII uyarınca getirilen tavan miktarı da sözleşmenin sona erdiği tarihe göre hesaplanacaktır.

İş sözleşmesi işverenin işçiyi yasada öngörülen sürede işe başlatmaması veya bu süre içerisinde işverenin işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklamasında bulunduğu tarihte sona ermiş kabul edileceğinden, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı da bu tarihteki brüt giydirilmiş ücreti üzerinden hesaplanmalıdır. Bu durumda, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde ücretinde meydana gelen zam ve tavan artışlarının da hesaplamada dikkate alınması gerekir²⁶. Şayet, işçinin işe iade kararına rağmen bir ay içerisinde işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmadığı tarihte emsal işçinin ücreti hangi düzeye gelmişse, bu ücret belirlenerek ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Diğer bir anlatımla, işçi hiç ara vermeden çalışmış olsaydı hangi ücrete hak kazanacak idiyse, o ücret ve hakları esas alınarak bulunacak giydirilmiş ücret üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. İşçinin yeni kıdeme göre ihbar diliminde de bir değişiklik olabilecektir.

2. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın inceleme konusu olan karara benzer başka kararları da bulunmaktadır. Kararlardan birinde²⁷ Yüksek mahkeme “Davacının işverence işe başlatılmadığı 17.11.2003 tarihinde iş ilişkisi sonlandığından, kıdem tazminatı hesabında bu tarihteki tavanın gözetilmesi gerekir. Ancak kıdem tazminatına esas alınacak sürenin tespitinde feshi izleyen ilk dört aylık

sürenin dikkate alınması gerekir. Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi 24.4.2003 tarihinde feshedilmiş ve dört aylık süre 24.8.2003 tarihinde dolmuştur. Kıdem tazminatı bu süreye kadar hesaplanmalı, daha önce ödenen tutar indirilmek suretiyle bakiyesi hüküm altına alınmalıdır. Öte yandan, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 37/B maddesinde 2.yıl ücret artışı düzenlenmiş, ve 1.7.2003 tarihinde işyerinde çalışan ve hizmet akdi devam eden işçilere, zam yapılacağı belirlenmiştir. Davacı işçiye daha önce ihbar tazminatı ödenmişse de, işe iade davasının sonucundan önceki fesih geçersiz sayıldığından zammın yürürlüğe girdiği tarihte taraflar arasında iş ilişkisinin varlığının kabulü gerekir. Bu durumda davacının toplu iş sözleşmesinin anılan ücret artışından yararlandırılması suretiyle belirlenecek olan ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücreti fark istekleri hüküm altına alınmalıdır” sonucuna ulaşmıştır.

Kararda, davacı işçinin işveren tarafından işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilmiş, kıdem tazminatı tavanının da bu tarihe göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda inceleme konusu karardan farklı olarak kıdem tazminatına esas alınacak sürenin hesabında işveren tarafından yapılan ve geçersiz sayılan feshi izleyen ilk dört aylık sürenin dikkate alınması gerektiği ve daha önce ödenen tutarın hesaplanacak kıdem tazminatından indirilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü istikrar kazanmıştır²⁸. Kararda, işçiye ihbar tazminatının önceden ödendiği belirtilmiş, ancak iş sözleşmesinin işverenin işçiyi işe başlatmadığı tarihe kadar devam ettiği kabul edilerek, iki tarih arasında toplu iş sözleşmesi ile getirilen ücret zamlarının dikkate alınması suretiyle işçi alacaklarının hesaplanması gerektiğine hükmedilmiştir.

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir diğer kararında²⁹, “Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz

olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığının tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi, geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kuralda, taraflar arasındaki sözleşmenin devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının

sal düzenleme karşısında feshin geçersizliği ile birlikte otomatik bir temerrüden söz etmenin mümkün olamayacağı kanısındayız. Kararda, yasanın, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirme olanağı tanıdığı belirtilmektedir. Ayrıca, "hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığının tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır" hükmüne varılmaktadır. Ancak, yasa da sözleşmenin dört ay devam ettiği değil, işçinin geçersiz sayılan fesihden itibaren dört aylık sürenin ücretini talep edebileceği belirtilmiştir. Üstelik kararın devamında feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği vurgulanmıştır. Yine, yasal düzenleme uyarınca ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen dört

İşçinin çalıştırılmadığı sürede sadece kararın kesinleşmesine kadar geçen en çok dört aylık dönemi ücrete tabidir.

hesabında nazara alınması gerekmektedir. Söz konusu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen süresinin kıdem tazminatına esas süreden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir. Somut olayda fesih ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için davacı lehine 112 gün ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verildiğinden, işe başlatılmayacağı bildirilen tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden 112 gün için fark kıdem tazminatı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır" sonucuna ulaşmıştır.

Yukarıda anılan kararda Yüksek Mahkeme, mahkeme tarafından feshin geçersizliğinin tespitinden itibaren işverenin temerrüde düştüğü, sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğu üzerinde durmuştur. Ancak, işverenin temerrüdünden söz edebilmek için işçinin süresi içerisinde işverene başvurması ve işverenin de işçiyi çalıştırmaması gerekir. Ya-

aylık sürenin, ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Konuya ilişkin başka bir kararında Yargıtay³⁰, "İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Sonuç olarak da fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama da dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir, işe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir. İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplan-

ması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatılmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatılmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir” biçiminde karar vermiştir.

3. Değerlendirme

İşçi işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işverene başvurduğunda, işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesi işe başlatılmadığı tarihte sona ermiş kabul edilecektir. Bu durumda, geçersiz sayılan fesih tarihinden işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar geçen sürede iş sözleşmesi devam etmiş sayılır. Burada, işçinin çalıştırılmadığı bu sürede sadece kararın kesinleşmesine kadar geçen en çok dört aylık dönemi ücrete tabidir. Bu süre işçinin ihbar ve kıdem tazminatı yıllık ücretli izin alacağına hesaplanmasında dikkate alınması gerekmektedir³¹. Yine, ihbar ve kıdem tazminatına esas ücretin de işçinin işe başlatılmama tarihindeki emsal ücrete göre belirlenmesi gerekir. İşçi hiç ara vermeden çalışmış olsaydı işe başlatılmama tarihinde hangi ücreti alacak idiyse, o ücretin ve diğer haklar esas alınarak giydirilmiş ücreti belirlenmeli ve ihbar ve kıdem tazminatı buna göre hesaplanmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, işçinin İş Kanunu 21. maddesinde belirtilen süre içerisinde başvurmasına karşın işverenin bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması veya işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklaması yeni bir fesih olarak kabul edilecektir. Burada, mahkemenin verdiği feshin geçersizliği ve işe iade kararı, işçinin süresinde işverene başvurması şartıyla, ilk fesih işlemi hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracaktır. İş sözleşmesi de, işverenin yapmış olduğu ilk fesih tarihinde değil, işçinin işe başlatılmama tarihinde sona ermiş sayılacaktır. Ancak bu fesih, hukuka aykırı bir işlem olduğundan, ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı talep edilebilir.

İnceleme konumuz olan kararda işverenin yapmış olduğu ve geçersiz sayılan fesihten önce işçiye ihbar ve kıdem tazminatının ödenip ödenmediği konusunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle, karar çerçevesinde, daha önce ihbar tazminatının ödenmesi veya bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin olarak ödenmiş olmasının inceleme konusu karar açısından tartışma olanağı bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, İş Kanunu 21 de yer alan “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir” hükmü karşısında, İş Kanunu m.21/IV de yer alan hükmün başka bir anlam taşıdığı, işçiye geçersiz sayılan feshe dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı yükümlülüğünün bulunmayacağına hüküm altına alınmak istendiği görüşüne katılma olanağı yoktur kanısındayım. Bahsi geçen görüşe göre, yukarıda belirtildiği gibi madde gerekçesinden hareketle, mahkeme tarafından geçersiz kabul edilen fesih sonucunda işçiye bildirim süresinin verilmesi veya peşin ödeme yapılması ile ihbar tazminatı borcu sona ermektedir. Yine, maddede Borçlar Hukukunun genel geçersizlik teorisinden farklı olarak özel bir geçersizlik hali öngörüldüğü ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşe katılma olanağı da yoktur. Zira, maddede Borçlar Hukukunun ge-

nel geçersizlik teorisinden farklı bir geçersizlik öngörüldüğünü söyleme imkanı yoktur. Ayrıca gerek de olmadığı kanısındayız. İşverenin işçiye işe başlatmaması yeni bir fesih ve nitelik itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir fesih. Bu durumda işçinin toplam kıdemi üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. İşveren tarafından yapılan ilk fesihden sonra yapılan ödemeler, bulunacak tutardan mahsup edilmelidir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir ve işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmesi gerektiği şeklindedir. Sonuç olarak, işçiye işe başlatmayan işveren, işe başlatmaması halinde, işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödeyeceğini öngörmeli ve işe başlatmama kararını ona göre vermelidir. Üstelik daha önce ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi halinde ortada mükerrer bir ödeme ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşme de bulunmamaktadır. Zira daha önce yapılan ödemeler, işçinin bulunacak toplam alacağından mahsup edilecektir. Yine, aksi görüşün uygulanması halinde, işverenin kötüniyetli olup olmadığının da araştırılmasını gerektirecektir. Gerçekten, ilerde işçilik haklarında bir artış olacağını öngören bir işveren usulüne uygun bir fesih yoluna gidecek, bu yolla ileride meydana gelebilecek artışlardan işçinin yararlanmasını engelleyebilecektir.

İnceleme konusu olayda işçinin iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde fesh edilmiş, açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla, bu tarih işçinin iş sözleşmesinin feshi tarihi olarak kabul edilmeli ve ihbar ve kıdem tazminatı alacakları bu tarih üzerinden hesaplanmalıdır. Şu halde hesaplamalar bu tarihte emsal işçinin ücreti hangi düzeye gelmişse, bu tutar dikkate alınmalıdır. Mahkeme veya özel hakem kararıyla geçersiz sayılan fesih ile işverenin işçiye işe başlatmadığı, dolayısıyla sözleşmenin sona erdiği kabul edilen tarih arasında işçi ücretinde meydana gelebilecek değişiklikler dikkate alınmalıdır.

Somut olayda, yerel mahkemenin hükmüne

esas teşkil eden bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücret doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Yukarıda belirttiğimiz açıklamalar doğrultusunda, ihbar tazminatı alacağının da sözleşmenin sona erdiği tarihte emsal işçinin ücret düzeyi üzerinden hesaplanması gerekirdi. Üstelik, işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Şu halde yapılması gereken, feshin kesinleşme tarihi olan 11.08.2006 tarihi itibarıyla, tazminata esas ücretin toplu iş sözleşmesi hükümleri de dikkate alınarak zamlı ücret üzerinden hesaplanmasıdır.

III. SONUÇ

Sonuç itibarıyla Yargıtay, incelemiş olduğumuz kararında yerleşik içtihatlarına ve doktrinde hakim görüşe uygun bir karar vermiştir. Kararda, Yüksek Mahkeme, feshin geçersiz sayılması üzerinde işçinin süresi içerisinde işverene başvurması üzerine işverenin işçiye işe başlatmayacağını bildirdiği tarihi fesih tarihi olarak kabul etmiştir. Bu nedenle de, işçinin ihbar ve kıdem tazminatına esas ücretin bu tarihe göre hesaplanması gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda, kıdem tazminatının sözleşmenin feshedilmiş kabul edildiği tarihte geçerli olan tavan üzerinden hesaplanmasını isabetli bulmuştur. İhbar tazminatının ise, geçersiz sayılan fesih tarihine dört aylık sürenin eklenerek bulunacak tarihe göre hesaplanmasını ise yanlış bulunarak kararı bozmuştur. Karara göre, ihbar tazminatı da, işverenin işçiye işe başlatmayacağını bildirdiği tarih esas alınarak hesaplanmalı ve bu tarihe kadar işçi ücretinde meydana gelen artışların dikkate alınarak hesaplanması gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda Yargıtay'ın incelemiş olduğumuz karara katılıyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Nuri Çelik, İş Hukuku, 23. Bası, İstanbul 2010, 247; İş Güvencesi, İstanbul 2003, 44; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 760.
- 2 M. Fatih Uşan, "Yargıtay Kararları İşe İade Davalarının So-

- nuçları”, Kamu-İş D., C.10, S.1, 2008, 35; Işığında Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay, Seracettin Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, 292; Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, 483; Ercan Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007, 324; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2008, 571,579; Yazara göre, İş K.m.21 de işveren-ce yapılan feshin geçersizliğinden söz edilse de, mahkeme tarafından bu konuda verilen karar mutlak anlamda, genel hükümlere uygun, yargının karar vermesiyle hemen devreye giren bir geçersizlik değildir. Burada tarafların kararına göre etkili olabilecek, kendine özgü bir geçersizlik söz konusudur. Bkz. Süzek, 580.; Çelik, 247; Doktrinde, maddede sadece işverene işçinin işe başlatılıp başlatılmaması konusunda seçim hakkı verilmiş olması eleştirilmiş ve işçiye de işe iade yerine tazminat talep etme konusunda seçim hakkı verilmemiş olması eleştirilmiştir. Bkz. Çelik, 247; Süzek, 571.
- 3 Münir Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C.17, S.2, Mart 2993, 16, Süzek, 571.
 - 4 Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005, 245.
 - 5 Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 29-30.
 - 6 A.Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E.Tuncay Kaplan/Seymen, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, 201; Murat Demircioğlu, Tankut Centel, İş Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2010, 178; Mollamahmutoğlu, 761.
 - 7 Mollamahmutoğlu, 761.
 - 8 Mollamahmutoğlu, 761. Yazara göre, Kanun işverene burada, işçiye işe başlatıp başlatılmama konusunda bir seçim hakkı vermiş olsaydı, işçiye de işe başlama veya tazminat talep etme şeklinde bir seçim hakkı vermesi gerekirdi. Bkz. Mollamahmutoğlu, 762.
 - 9 Uşan, 36; “...Feshin geçersizliğine karar verilmesi ve davacının davalı işverence iş ilişkisi kesintisiz devam etmiş sayılacak, davacının işe başlatılmaması halinde ise, iş sözleşmesi başlatılmama tarihinde sona erecektir” (Y9HD., 13.03.2006, E.2006/4103, K.2006/6248, Çankaya, Günay, Göktaş, 1008).
 - 10 Mahmut Kabakçı, “İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek tazminatın Belirlenmesinin Anlamı”, (Karar İncelemesi), İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.2, Y.2004, 672.
 - 11 Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Yeni İş Yasası, Seminer Notları ve İş Kanunu, İstanbul 2003, 127; Süzek, 585; Çelik, 246; Ekonomi, 16, Çankaya, Günay, Göktaş, 302; Uşan, 36; “...Her dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilmelidir. İhbar tazminatı, kıdem tazminatı ve izin ücretleri taleplerini kapsayan dava akdın 7.7.2003 günü feshedildiği gerekçesi ile 25.7.2003 tarihinde açılmıştır. İşe iade kararı ile 7.7.2003 tarihinde feshin gerçekleşmediği kabul edildiğine göre; davanın açıldığı 25.7.2003 tarihinde gerçekleşmiş bir fesih bulunmamaktadır. Aktin feshinin gerçekleşmesine bağlı kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti isteklerinin açıklanan nedenlerle reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır. (Y9HD., 24.11.2005, E.2005/8851, K.2005/37122, Güven, Çankaya, Göktaş, 1011).
 - 12 Ethem Kara, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Ankara 2008, 124; Ulucan, İş Güvencesi, 85; Mollamahmutoğlu, 765.
 - 13 Mollamahmutoğlu, 765.
 - 14 Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Sonuçları, İstanbul 2007, 263.
 - 15 Uşan, 40; Kanımızca burada işçinin kıdemi hesaplanırken ilk fesih tarihi ile işçiye işe başlatılmayarak yapmış olduğu fesih tarihi arasındaki sürenin tamamının işçinin kıdemine ilave edilmesi gerekir. Zira yasada yer alan sınırlama işçinin kıdemine ilişkin değil, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklara ilişkindir. Ancak, Yasadaki anlatım karşısına, bunun ancak olması gereken açısından ileri sürülebilecek bir durum olduğu da bir gerçektir.
 - 16 Mollamahmutoğlu, 767; Süzek, 585.
 - 17 “İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz, işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatılmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelinin işe başlatılmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatılmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir. Böyle bir indirim yapılmamışsa, geçersiz sayılan fesihte ödenen ihbar tazminatı, en son işe başlatılmama sebebiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan ihbar tazminatından faizsiz olarak mahsup edilmelidir”. Y9HD., 12.03.2009, E.2007/41150, K.2009/6661, Çalışma ve Toplum, S.22, 2009/3, 256-257.
 - 18 “İşçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde de önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak değerlendirilmektedir. Dairemizin bu yöndeki kararı istikrar kazanmıştır. (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K). Bu durumda yine işçiye geçersiz sayılan fesih sebebiyle önce ödenen ihbar tazminatı tutarı, işe başlatılmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmelidir.” YHGK, 23.12.2009, E. 2009/9-526, K.2009/583, www.hukukturk.com
 - 19 Murat Şen, “Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılması”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.5, S.17, Mart 2010, 169.
 - 20 Şen, 169.
 - 21 Dipnot 18 de belirtilen karar.
 - 22 Ulucan, İş Güvencesi, 85, Ekonomi, 16-17.
 - 23 Mollamahmutoğlu, 767; Süzek, 585; Çelik, 246; Aktay, Arıcı, Kaplan/Seymen, 204; Demir, 244; Akyiğit, 325; Uşan, 40.
 - 24 Çelik, 246.
 - 25 Kıdem tazminatının faizinin başlangıç tarihi ilk feshin yapıldığı tarih itibariyle hüküm altına alınmış ise de, işe iade kararı

ile yapılan feshin geçersiz olduğuna karar verilmiş olması nedeni ile faiz başlangıcı işçinin işe başvurusunun işverence red olduğu tarihin gerek fesih tarihi olması nedeniyle kıdem tazminatı faizine de bu tarihten itibaren karar verilmesi gerekir (Y9HD., 8.2.2006, E.2005/37738, K/2006/2765, Kılıçoğlu, Şenocak, 1304); "İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içerisinde başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatmama süresinin sonudur. (Y9HD., 15.02.2010, E.2008/16474, K/2010/3474, Çalışma ve Toplum, S.27, 2010/4, 327-332).

Davacı işçi iş sözleşmesi davalı işverence 27.12.2004 tarihinde feshedilmiş ve davacı işçi feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesi davası açmış, isteğin kabulüne karar verilmiştir. Kesinleşen bu karar üzerine davacı işe iade talebinde bulunmuş ve işverence işe başlatılmadığı için bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 21.12.2005 tarihinde iş sözleşmesi feshedilmiştir. Anılan fesih sonrasında açılan bu davada kıdem tazminatı isteğinde bulunulmuş ve faizin, 27.4.2005 tarihinden itibaren işletilmesi talep edilmiştir. Mahkemece taleple bağlı kalındığından bahisle geçersiz sayılan 27.12.2004 tarihli feshin ardından 4 aylık boşta geçen sürenin ilavesiyle belirlenen 27.4.2005 tarihinden itibaren kıdem tazminatı için faize karar verilmiştir. Davacının talebi davalı işverenin aleyhine sonuçlara yol açmaktadır. Öte yandan fesih tarihinden önceki bir tarihten kıdem tazminatı için faize karar verilmesi mümkün değildir. Kıdem tazminatı için faiz başlangıcı olarak 21.12.2005 tarihi yerine daha önceki bir tarihten itibaren faize karar verilmesi de hatalı olmuştur (Y9HD.,13.3.2007, E. 2007/95, K. 2007/6515, http:// www.lebilyalkin.com.tr.).

- 26 Çankaya, Günay, Göktaş 302; Uşan, 40.
- 27 Y9HD., 12.04.2005, E. 2004/18066, K.2005/12952- Çankaya, Günay, Göktaş, 1018, 1019.
- 28 "İşe iade davasının yargılaması sırasında en çok 4 aya kadar olan sürenin hizmet süresine ekleneceği konusunda Dairemiz kararları istikrar kazanmıştır (Yargıtay 9.HD. 3.10.2005 gün 2005/ 16932 E, 2005/ 31926 K.). Yine Dairemizce, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu, fesih tarihi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavanı gözletilmelidir. Aynı şekilde tazminata esas alınacak ücretin de, 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükmü gereği fesih tarihindeki ücret olması gerekir". Y9HD., 30.04.2009, E.2008/352, K.12165, Çalışma ve Toplum, S.23, 2009/4, 291.

"...4857 sayılı iş Kanununun 21. maddesi, geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kural da taraflar arasındaki sözleşmenin bir süre devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem

tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir". Y9HD., 6.12.2004E. 2004/28355, K. 2004/26161, http://www.lebilyalkin.com.tr.

- 29 Y9HD., 28.4.2005, E.2005/886, K.2005/14880, http://www.lebilyalkin.com.tr.
- 30 Y9HD., 22.12.2008, E.2007/30406, K.2008/34836, Çalışma ve Toplum, S.22, 2009/3, 434.
- 31 "Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle, iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen 4 aylık sürenin kıdem tazminatına esas süre ile yıllık ücretli izin süresinden sayılması gerekmektedir. Mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi fark kıdem tazminatı ve işe giriş tarihine göre boşta geçen süre içinde hak edilen yıllık ücretli izin alacağının reddedilmesi hatalıdır" (Y9HD., 03.10.2005, E.16932, K. 31926- Çankaya, Günay, Göktaş, 313, dn.34). davacı işçinin avukatı aracılığıyla süresi içinde yapmış olduğu başvurunun geçerli olduğu ve işçinin işe başlatılmaması sebebiyle bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 5.5.2007 tarihinde iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre davacı işçi, işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücret ve diğer haklara hak kazandığından isteklerin kabulü cihetine gidilmelidir. İhbar ve kıdem tazminatı ise fesih tarihi olan 5.5.2007 tarihine göre belirlenerek hüküm altına alınmalıdır (Y9HD., 2.12.2008, E. 2008/42499, K. 2008/32929, http:// www.lebilyalkin.com.tr.). Benzer nitelikte bkz. Y9HD., 14.07.2005, E.2004/30139, K.2005/26288, Çankaya, Günay, Göktaş, 911-912.