

Uygar BOSTANCI

MESS Müşavir Avukatı

Geçersiz Fesih Öncesi Kullanılan İhbar Önelinin Hukuki Durumu

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/10824**Karar No** : 2011/6789**Tarihi** : 06.12.2011

DAVA

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, TİS ve devlet ikramiyesi alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle

kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasının lehine sonuçlandığını, davalı işverene süresinde başvurduğu halde işe başlatılmadığını belirterek ihbar tazminatının davalıdan alınmasına karar verilmesini istediğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin usulüne uygun önel verilerek feshedildiğini, işe başlatmama tazminatının ödendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece feshin geçersizliğine ilişkin verilen kararın kesinleşmesinden sonra davacının süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığını, davacıya daha önce ihbar öneli kullanılmış ise de, işe iade kararı ile yapılan feshin geçersiz sayılması nedeni ile

ihbar önelinin hükümsüz kaldığı gerekçesi ile ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı işveren tarafından temyiz edilmiştir.

İhbar öneli verilerek iş sözleşmesi feshedilen ve fesih bildirimine itiraz davası lehine sonuçlandığı halde işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatının ödenmesinin gerekip gerekmediği uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun “Geçersiz Feshin Sonuçları” başlığını taşıyan 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat belirtilmiş; üçüncü fıkrasında ise kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklar düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında işçinin işe başlatılması halinde varsa peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatının işçiye yapılması gereken ödemelerden mahsup edileceği belirtildikten sonra devamında “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre işçiye geçersiz sayılan fesih bildirimini ile bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir.

Bir başka anlatımla, ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesi gerekmeyecektir.

Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanununun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeligi kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp, işçiye işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanınmasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.

Somut olayda, davalı işverence daha önce davacıya usulüne uygun olarak ihbar öneli verilmiş olup, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe başlatılmayan davacıya İş Kanununun 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten (BOZULMASINA), peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.12.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

1- İnceleme Konusu Uyuşmazlık ve Yargı Kararları

02.06.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan, Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun 12.05.2011 tarih ve 2011/1 sayılı kararı ile iki yeni hukuk dairesi ve dört yeni ceza dairesi kurularak, dairelerin işbölümleri yeniden belirlenmişti. Yeniden belirlenen işbölümüyle birlikte, daha önce 9. Hukuk Dairesi tarafından görülen,

- İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshi üzerine feshin geçersizliğinin tespitine ve işçinin işe iadesine ilişkin davalar (İş Kanunu m. 18, 19, 20)

- Feshin geçersizliğine rağmen işe başlatılmayan işçi tarafından açılan iş güvencesi tazminatı ile boştaki geçen en çok dört aylık süre ücreti ve aynı süreye ait İş Kanunu’nun 21/3. maddesinde sözü edilen diğer haklara ilişkin davalar (bu isteklerle birlikte diğer işçilik alacaklarının talep edildiği tüm davalar dahil olmak üzere)

yeni kurulan dairelerden 22. Hukuk Dairesi tarafından görülmeye başlanmıştır. 18.02.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 09.02.2012 tarih ve 2012/1 sayılı Yargıtay Büyük Genel Kurul Kararı’ndan sonra ise 22. ve 9. Hukuk Dairelerinin bakacağı dava türlerinin tamamen

aynı olmasına ve paylaşımın dava türü olarak değil, sayısal olarak yapılmasına karar verilmiştir.

Bu gelişmeler sonrasındaki süreç iş hukukunda içtihat farklılıkları yaşanması beklenen bir süreçti. İnceleme konusu yaptığımız karar da, bu içtihat farklılıklarından birine örnek teşkil etmektedir. Zira Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin incelediğimiz kararı, daha önce 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu'nca farklı şekilde çözümlenmiş bir uyuşmazlıktır.

A- Karara Konu Olay

Karara konu olayda, davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasının lehine sonuçlandığını, davalı işverene süresinde başvurduğu halde işe başlatılmadığını belirterek; ihbar tazminatının davalıdan alınmasına karar verilmesi isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin usulüne uygun önel verilerek feshedildiğini, işe başlatmama tazminatının ise ödendiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Uyuşmazlık, usulüne uygun önel verilerek gerçekleştirilen feshin geçersiz sayılması durumunda, ihbar tazminatı ödenmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır.

B- Yerel Mahkemenin ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin Kararı

- Yerel Mahkemenin Kararı:

Bursa 4. İş Mahkemesi¹ tarafından feshin geçersizliğine ilişkin verilen kararın kesinleşmesinden sonra, davacının süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı, davacıya daha önce ihbar öneli kullandırılmış ise de işe iade kararı ile yapılan feshin geçersiz sayılması dolayısıyla ihbar önelinin hükümsüz kaldığı gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin Kararı

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan "İşe baş-

latılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir" hükmüne göre işçiye geçersiz sayılan fesih bildiriyle bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesinin gerekeceğini, ihbar öneli verilmiş veya öneli ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesinin gerekmeyeceğini belirterek, geçersizliğine karar verilen fesih bildiriyle işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önelilerine geçerlilik tanınmasının İş Kanunu'nun sözü edilen açık hükmü gereği olduğuna; mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverenden ihbar öneli tanınmasını istemenin işin mahiyetiyle bağdaşmayacağı gerekçeleriyle feshin geçersizliğine karar verildikten sonra, işe başlatılmayan davacıya İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığına ve dolayısıyla ihbar tazminatı hakkının da doğmayacağına karar vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

C- Yargıtay'ın Önceki Kararları

İnceleme konusu olan kararla aynı noktadaki uyuşmazlık, daha önce de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ve Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş, mesele öğreti tarafından da irdelenmiştir. 9. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki kararı birçok dosyada da tekrar edilmiş ve istikrar kazanmıştır.²

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ve Hukuk Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da incelediği 2009 tarihli aynı konuyla ilgili kararda³, işe iade kararının kesinleşmesine ve işçinin usulüne uygun olarak işe başlama yönündeki talebine rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmayan işçinin, ihbar tazminatı isteği İzmir 6. İş Mahkemesi⁴ tarafından feshin daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle gerçekleştirildiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Davacı işçinin temyizi üzerine 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen dosyada⁵ Yargıtay özet-

le, işçinin ihbar öneli içinde iş görme edimini yerine getirmiş ve bunun karşılığı olarak ücrete hak kazanmış olduğu; ihbar öneli içinde işçi ve işverenin karşılıklı edimlerini yerine getirmiş olmakla sözü edilen ihbar önelinin daha sonra doğan bir işçilik alacağından mahsup edilmesi ya da alacağı ortadan kaldırmasının düşünülemeyeceği; İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrasında "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir." hükmüne yer verilmiş olduğu; anılan kurala göre geçersiz sayılan fesih öncesinde verilen bildirim önelinin geçerliliğini koruduğu sonucuna varılmasının doğru olmayacağı; düzenlemede açık biçimde "bildirim süresi verilmemiş" olma halinin ele alınmış olup, böyle bir durumda işçinin işe başlatılmadığı tarihe göre ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği hususunun düzenlendiği; "bildirim süresi verilmemiş" işe başlatılmama tarihine göre ihbar tazminatı ödeme yükümünün olmadığı düzenlenmediği; ilgili hükmün karşıt anlamından yola çıkılarak geçersiz sayılan fesihler öncesinde bildirim süresi verildiği hallerde sözü edilen ihbar önelinin geçerliliğini koruduğu şeklinde bir yorumun iş hukukunun kurallarına uygun düşmeyeceği; fesih geçersiz sayılarak ortadan kalktığına göre daha önce tanınmış olan ihbar önelinin de bir anlam ifade etmeyeceği gerekçeleriyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yerel mahkeme ilk kararında direnmiş, Hukuk Genel Kurulu ise 9. Hukuk Dairesi'nin gerekçeleriyle direnme kararını oy çokluğuyla bozmuştur.

Hukuk Genel Kurulu Kararı'na muhalif olan üyeler, karşı oy şerhlerinde özetle, geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İş Kanunu'nun 21. maddesinde işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının nasıl bir değeri varsa, işçiye ihbar öneli tanınmasının da bir değerinin olduğu; işveren ihbar önellerine uymuş, usulsüz bir fesih gerçekleştirilmemişse ihbar tazminatından söz edilemeyeceği; İş Kanunu'nun 21. maddesinin geçerli nedene ya da şekil şartına aykırı feshin sonuçlarını, 17. maddesinin ihbar önellerine aykırılığın sonuçlarını düzenlediği, her iki müessesenin ve yaptırımın dayandığı te-

mellerin, koruma alanlarının birbirinden farklı olduğu ve birbiriyle karıştırılıp iç içe geçemeyeceği; çoğunluğun kabulünün aksine görüşlerinin 21. maddenin 4. fıkrasının son cümlesinin karşıt anlamından yola çıkılarak ulaşılan bir yorum olmayıp, bizatihi hükmün kendisi olduğu; iş hukukunun genelde işverenin fesih hakkını sınırlayan müesseseleri, özelde süreli feshine ilişkin düzenlemelerin esasen, işçiye daha çok para alacağı sağlamayı değil, iş sözleşmesini olabildiğince ayakta tutmayı hedeflediği; çoğunluğun ulaştığı sonucun pek çok işvereni geçerli nedene dayanmayan feshin yanında usulsüz feshine de teşvik edebileceği; 4. fıkranın son cümlesinde öngörülen iki hal mevcut değilse, işe başlatılmayan işçinin tekrar ihbar tazminatı alacağına hak kazanmayacağı, aksi sonucun yasanın 21. maddesine de açıkça aykırı olacağı kanaatiyle yerel mahkeme hükmünün ihbar tazminatı taleplerinin reddi yolundaki direnme kararının onanması gerektiğini belirtmişlerdir.

- Önceki Karara İlişkin Görüşler

Söz konusu Hukuk Genel Kurulu Kararı'nı inceleyen Şen⁶, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "... İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir." şeklindeki hükmü, hukukun genel hükümlerine aykırı bulduğunu belirtmiş, ne var ki, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin sonucu olarak ihbar tazminatına yönelik özel bir düzenleme getirmekte olduğu gerekçesiyle HGK kararına katılmamış, karşı oyu isabetli bulmuştur.

Aynı HGK kararı Hakim Durmuş Özcan tarafından da incelenmiştir⁷. Özcan da, ihbar tazminatının, fesih bildirimiminin usulsüz olması halinde kabul edilen bir tazminat olduğunu; ihbar tazminatının koşullarının yasanın 17. maddesinde düzenlenip 21. maddeye de bir atıf yapılmadığını; işverenin işçiyi tekrar işe başlatmamasının sözleşmeyi devam ettirmeme iradesi ve hakkının kullanılması olduğunu; bu iradenin gerçek anlamda yeni bir fesih olmayıp yasadan doğan hukuki bir sonuç olduğunu; ayrıca işverenin bu iradesi yeni bir fesih bildiri-

sayılsa bile, işçiye tekrar önel verilmesi anlamına gelmeyeceğinden ve kanundan doğup 17. maddenin koşullarına tâbi olmadığından ihbar tazminatı ödemeyi gerektirmeyeceğini belirterek HGK kararına katılmamıştır. Karşı oydaki görüşleri isabetli bulan yazara göre davalı işveren, akdi feshederken başlangıçta fesih bildiriminde bulunmuş ve bundan sonra da bu iradesini değiştirmemiştir. Yerel Mahkeme'nin verdiği feshin geçersizliği ve işe iade kararı, feshi geçersiz saysa da işverenin sözleşmeyi sona erdirme iradesini değiştiremez. Aynı şekilde böyle bir durumda da ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği düşünülmüş olsaydı 21. maddeye doğrudan hüküm ekleneceğine değinerek, kanun koyucunun bu hususu unuttuğunun düşünülmemeyeceğini belirtmiştir.

Yargıtay'ın bir başka kararı vesilesiyle aynı konuyu inceleyen Öztürk⁸ "kanun koyucunun, bir taraftan işe iade davası neticesinde işveren tarafından yapılan feshi geçersiz sayması, diğer taraftan 21/4-son hükmünde geçersiz saydığı bu fesih sırasında kullanılan bildirim süresine geçerlilik tanınacağı anlamına gelebilecek ifadeye yer vermesi çelişkiden ibarettir. Yargıtay 'geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshi etkisi olmayacağını' belirterek, bu çelişkiyi, iş hukukunun genel ilkelerini ve iş güvencesi kurumunun bütününe dikkate alarak gidermiş görünmektedir. Fakat Kanun'un bu hükmünün açık ve kesin bir dille kaleme alındığı, bu sebeple geçersiz sayılan fesihte bildirim süresinin verilmiş olması halinde artık ayrıca bildirim sürelerine ait ücret tutarının ödenmesi gerekmediğini iddia edebilecek görüşe karşı, hükümden bu ifadenin çıkarılması uygun olacaktır" şeklindeki ifadeleriyle Yargıtay görüşünü isabetli bulmuştur.

2- Feshin Geçersiz Sayılması ve Sonuçları

Feshin geçersiz sayılması ve sonuçları, İş Kanunu'nun 21. maddesinde, "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığı altında düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir:

"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 başlatılması 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 ödemeden mabsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait 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.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraya hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir."

Görüldüğü üzere, feshin mahkeme ya da özel hakem tarafından geçersiz sayılmasının sonuçları iki temel ihtimale göre değişecektir. Bu ihtimaller, işçinin işveren tarafından işe başlatılması ya da başlatılmaması ihtimalleridir. Kanun koyucu her iki ihtimalde işçiye hangi hakların ödeneceğini veya daha önce yapılan ödemelerin akibetinin ne olacağını belirtmiştir. Yasa maddesi gayet açık gibi görünse de, uygulamada sıklıkla karşılaşılan davalardan da anlaşılmaktadır ki, feshin geçersiz sayılması sonrasında karşılaşılabilecek tüm ihtimaller kanunda öngörülmüş değildir.⁹ Keza tüm ihtimallerin öngörülmüş olması da beklenemez.

İnceleme konusu uyuşmazlıktaki durumun kanunda öngörülmüş bir durum olup olmadı-

ğına ilişkin görüşümüzü aşağıda açıklayacağız. Ancak öncesinde, kanunda öngörülmesi olan ve feshin geçersiz sayılması sonucu ödenmesi gündeme gelebilecek ödemelere kısaca değinmekte fayda var.

Kanunun birinci fıkrasının son cümlesinde geçen “İşçiye 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.” şeklindeki ifade, feshin geçersizliği sonucu gündeme gelebilecek ilk ödeme kalemidir. Uygulamada “işe başlatmama tazminatı” denen bu ödeme, hakimin, fesih sebebine ve işçinin kıdemine göre belirlediği tazminattır. İşe başlatmama tazminatı miktar olarak belirlenmez ve sadece kaç aylık ücret olarak ödeneceği belirtilir.¹⁰ İşe başlatmama tazminatı, işçinin brüt çıplak ücreti üzerinden hesaplanarak ödenir ve bu ücretten sadece damga vergisi kesintisi yapılır.¹¹

Kanunun 3. fıkrası ise uygulamada “boşta geçen süre ücreti” olarak adlandırılan ödemeye ilişkindir. Buna göre işçi, şayet geçersiz sayılan fesih hiç gerçekleşmemiş olsaydı ve çalışmaya devam ediyor olsaydı, kararın kesinleşmesine kadarki sürenin en fazla 4 ayında elde edebileceği gelir ne olacaktıysa, bu ücretlere hak kazanacaktı. Kanunun 32. maddesi, ücretin bir “iş karşılığında” ödenen tutar olduğunu belirtmişse de, boşta geçen süre ücreti, bir iş karşılığı olmamasına rağmen, tam olarak ücretin tâbi olduğu hukuki statüye sahiptir. Bu itibarla, gelir vergisi, SGK kesintileri ve damga vergisi uygulanan bu alacak kalemi 5 yıllık zamanaşımı süresine tabiidir ve işe başvuru tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır. Boşta geçen süre ücreti, işçi işe başlatılsa da, başlatılmasa da ödenen bir alacaktır.¹²

“Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir” şeklindeki 3. fıkrada geçen “ve diğer haklar” ibaresi de üzerinde durulması gereken bir ayrıntıdır. Yasanın salt lafzına bağlı kalarak bu ifadede ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tereddüt yaşamak mümkün olabilir. Ancak gerek istikrar kazanmış yargı kararlarından ge-

rek fikir birliği sağlanmış öğreti görüşleriyle, bu ifadenin altı tereddüde yer bırakmayacak şekilde doldurulmuştur. Buna göre “ücret ve diğer haklar”dan anlaşılması gereken şudur: İşçiye en fazla dört aylık süre için sadece çıplak ücreti ödenmeyecek, giydirilmiş ücrete o döneme isabet eden prim, ikramiye vs. ödemeleri de dikkate alınacaktır. “Diğer haklar” içinde değerlendirilebilecek bir diğer hak ise işçinin kıdemindeki artış ve ücretlerin geldiği seviye sebebiyle daha önce yapılan ödemelerden oluşacak farklardır. Örneğin, geçersiz sayılan fesih sırasında işçiye ödenen yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi ödemeler işe başlatılmayan işçi için 4 aylık kıdem eklenerek ve ücretin geldiği seviye gözetilerek yeniden hesaplanacak ve önceki miktarlara göre farkları da ödenecektir.

Yasa metninde son olarak bahsi geçen ödeme kalemleri ise peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatıdır. Kanuna göre, işçi şayet işe başlatılırsa ve geçersiz fesih sırasında zikredilen ödemeler yapılmışsa, işçinin boşta geçen süre ücreti ile diğer haklarından bu ödemeler mahsup edilecektir. Kanun işçinin işe başlatılmama halinde ise işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarının ayrıca ödeneceğini belirtmiş; kıdem tazminatına ilişkin ise bir ayrıca hükme yer vermemiştir.

Görüldüğü üzere kanunda, şayet fesih sırasında ödendiye yıllık izin ücretinin akıbetinin ne olacağı ya da prim, ikramiye ve sair diğer ödemelerle ilgili nasıl bir hesaplama yapılacağına dair sarif düzenlemeler yapılmış değildir.

3- Süreli Fesih Bildirimi, Ücreti ve Tazminatı

Sözleşme serbestisi, sözleşme yapma serbestisini ifade ettiği gibi, sözleşmenin sona erdirilmesi serbestisini de ifade eder. İş sözleşmeleri, sürekli olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir. Her ne kadar belirli süreli iş sözleşmeleri yapılması da imkân dahilindeyse de, iş hukukunda aslolan belirsiz süreli iş sözleşmeleridir. Belirli süreli sözleşmeler, belirlenen süre sonunda kendiliğinden sona erer.

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri ise kural olarak taraflardan birinin fesih iradesiyle sona erer. Fesih, karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğuran bozucu yenilik doğuran bir haktır. İş Kanunu bu hakkın kullanımını birtakım usul kurallarına bağlamakla bir anlamda sınırlandırmıştır. Genel kural fesih beyanının karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğurmasıyken, İş Kanunu 17. maddesiyle bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Zira İş Kanunu'nun 17. maddesinin amir hükmü gereğince, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Sözleşme, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasından ve buna ilaveten kanunda belirlenen süreler geçtikten sonra sona erecektir.¹³

Fesih bildirim süreleri, İş Kanunu'nun 17. maddesinde, işçinin kıdemine göre iki haftayla sekiz hafta arasında değişen süreler olarak belirtilmiştir. Bu süreler asgari süreler olup, sözleşmelerle artırılabilir. Kanun koyucu, genel kuralı ve asgari süreleri belirttiğinden sonra, bu kuralın istisnasını ve müeyyidesini de belirtmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirim süresi sonunda sona ermesinin istisnası, sözleşmenin işveren tarafından bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle sona erdirilmesidir.¹⁴ Bu hak yalnızca işverene tanınmıştır ve işçinin bu şekilde sözleşmeyi sonlandırma hakkı bulunmamaktadır.¹⁵ Bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle sona erdirilen sözleşme, bildirim süresi sonunda değil, derhal sona erer.¹⁶

İstisnası, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin ödemesi olan kuralın müeyyidesi, bildirim süresine ait ücret kadar tazminat ödemesidir. Söz konusu müeyyide hem işçi için hem de işveren için geçerlidir. İhbar tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat, uygulamada bildirim süresine ait peşin ödenen ücretle karıştırılmaktadır. Gerek öğretide gerek içtihatla bu ikisinin farkı konusunda fikir ayrılığı olmamasına rağmen, bazen yargı kararlarında ve bilimsel incelemelerde, ihbar tazminatı tabirinin, bildirim süresine ait peşin ödenen ücret yerine kullanıldığına rastlanabilmektedir.¹⁷ Öyle ki, uygulamada "ihbar tazminatının peşin ödenmesi"nden dahi bahsedilebilmektedir.¹⁸

Kanaatimizce, İş Kanunu'nun 21. maddesindeki "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi ve ödenmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir." ifadesinde dahi ihbar tazminatının mı, yoksa bildirim süresine ait ücretten mi bahsedildiği yeterince açık değildir. Oysa iki kavramın çok farklı olduğu tartışma götürmez bir gerçekliktir.¹⁹ İkisi arasındaki tek benzerlik, miktarlarının birbirine yakın olmasıdır. Bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi işverene tanınmış seçimlik bir haktır. İhbar tazminatı ise iş sözleşmesini süreli feshetmesi gereken ve fakat bu kurala usule uygun şekilde uymayan işçi veya işverenin bu ihlal sebebiyle katlanmak zorunda oldukları bir yaptırımdır. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, işçiye ayrıca ödenecek olan tutar ücret değil, ihbar tazminatı olmalıdır.

4- Değerlendirme

Yukarıda belirtildiği üzere ihbar tazminatı, uyulması gereken bir kurala uymamış olmanın yaptırımıdır. İhbar tazminatı, iş hukukuna özgü bir tazminat türüdür ve zarar koşulu da bulunmamaktadır.²⁰ Kusursuz sorumluluk halleri bir tarafa bırakılırsa, genel hukuk kuralları gereğince bir tazminat ödeme yükümlüğünün doğması için tazminat sorumlusunun uyması gereken ve uyması fiilen mümkün olan bir kuralı ihlal etmiş olması gerekir. İş sözleşmesini feshetmiş olan ve açılan işe iade davası sonucunda işçiyi işe başlatmamayı tercih etmiş işverenin, bildirim sürelerine uyması fiilen imkânsızdır. Salt bu fiili imkânsızlık dahi, tazminat ödeme yükümlüğünün olamayacağını açıklamaya yeterlidir.

İş Kanunumuzdaki iş güvencesine ilişkin düzenlemeler çalışma hayatındaki neredeyse tüm hukuki konuları etkilemektedir. Ne var ki, konunun yalnızca birkaç küçük maddede düzenlenmiş olması ve iş güvencesi kavramının ülkemizde görece yeni olması sebebiyle yoğun tartışmalar ve fikir ayrılıkları yaşanmaktadır. Kanaatimizce bu konularda çok fazla sorun yaşanmasının sebeplerinden ilki, kanuni düzenlemenin, devam etmeyen sözleşmenin devam ediyormuş gibi kabul edilerek farazi bir durum

yaratmayı zorunlu kılmasıdır. Sebeplerden ikincisi ise yargılama sürelerinin uzun sürmesinden dolayı sistemin kanunda öngörüldüğü şekilde işlememesi ve bunun yarattığı mağduriyetlerin yargı tarafından bertaraf edilmeye çalışılmasıdır.

Esasen işçinin işe başlatılması ya da başlatılmaması ihtimallerinde yapılacak ödemelerin hesabı yeterince açıktır. Sorun, işçinin 4 ay daha çalışmış “farz edilmesi” noktasında artmaktadır. Oysa bu hükmün amacı, işçinin kararın kesinleşmesine kadar en fazla 4 aylık süredeki haklarını korumak olsa gerektir; aksine, fiili bir gerçekliği yok saymak değil. Bu itibarla, salt işçinin boşta geçen süredeki haklarını hesaplamak yerine, işçiyi o sürede fiilen çalışmış, işvereni de sözleşmeyi feshetmemiş farz etmek, kanunun sistematığıyla uyum sağlamamaktadır.

Kanun, bildirim sürelerine hangi hallerde uyulması gerektiğini ve bu kuralın muhataplarını ve de müeyyidesini belirtmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmesini, haklı bir neden olmaksızın fesheden taraf bu sürelere uymak zorundadır. İşveren için bildirim süresine ait ücreti peşin ödeme imkânı da tanınmıştır. Bildirim süresine uymayan işveren peşin ödeme de yapmadıysa; bildirim süresine uymayan işçi ise her halükârda, ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır.

Feshin geçersiz sayılmasının sonuçları ise çok daha farklı düzenlemelerdir. İşe iade başvurusu sonrasında seçimlik hakkını işçiyi işe başlatmama ve bunun tazminatını ödeme olarak kullanan işveren, sözleşmeyi bu tarih itibarıyla son erdirdiğini, bu tarih itibarıyla “bildirmiş” olmaz. Sadece bazı hesaplamalarda bu tarih dikkate alınır. Aksini hukuki tutarlılık içinde savunmak, davete rağmen işe başlatmayan işçiden de ihbar tazminatı talep edilmesini gerektirir.

Öte yandan, kanunların hangi hallerde yorumlanacağı ve işçi lehine yorum ilkesinin sınırları izahtan varestedir. Kanunun açık ve amir hükmünün, hakkaniyete uygun olmadığından bahisle, yorum yoluyla uygulanmaması hukuken açıklanabilir bir durum değildir. Kanunun yanlışlığı, kanunun değişmesiyle giderilir. Kanaatimce kanun açıktır. Bu durumda, çeşitli yorum yöntemlerine başvurmak gereksiz,

hakimin hukuk yaratması da imkânsızdır. Bir yargı kararının kanuna açıkça aykırı olduğunu ve fakat neticesi itibarıyla hakkaniyete uygun ve doğru bir karar olduğunu hukuk devletinde söyleyememek gerektir.

Kaldı ki, mevcut kanuni düzenlemenin, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki düşünceye de katılamıyorum. Fesih bildirimimin amacı, tarafların fesih sonrası duruma kendilerini hazırlamalarıdır. Geçersiz fesih sonrası işe başlatılmamış olan işçi, işe başlatılmadığı anda birden bire, hazırlıksız bir şekilde işsiz kalan bir işçi durumunda değildir. Aksine fesihten aylar, belki de yıllar önce haberdar olmuştur ve işe başlatılmama ihtimali de kanunda belirtilen bir ihtimaldir. Keza, işverenin işçiyi işe başlatmama iradesini açıkladığı anda, bildirim süresi tanıyarak, bu tazminattan kaçınabilmesi fiilen imkânsızdır. Kanunun açık hükmü gereği, işveren şayet geçersiz fesih öncesinde ihbar öneli kullandırmadıysa, ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Bildirim süresine ait ücreti peşin olarak ödeyen işverenin yapması gerekebilecek olan ek ödeme ise sadece “diğer haklar” kavramı gereğince yapılacak hesaplamadan kaynaklanacak olup, ihbar önelinin/tazminatının bölünmezliği ilkesiyle çelişen bir durum değildir.

5- Sonuç

Görüldüğü üzere, hukuki tartışma başladığı andan itibaren, iki temel görüş ortaya çıkmıştır. Gereçlerinin birebir aynı olduğunu söyleyebilmek imkânsız olsa da, bu görüşlerinden birinin 9. Hukuk Dairesi'nin HGK tarafından da benimsenen görüşü; diğerinin ise HGK'da yer alan karşı oylardaki görüş olduğunu söylemek mümkündür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi, feshin geçersiz sayılması durumunda, fesih bildiri mi ve ihbar tazminatı konusunda nasıl hareket edileceğini açıkça düzenlemiştir. Buna göre, işe başlatılmayan işçiyi bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir. İşe iade davası sonrasında, işe başlatılmayan işçinin işverenden ihbar tazminatı alabilmesi için kanun şart koşmuştur. İşveren işçiyi bildirim süresi vermiş ise bu şart gerçekleşmemiş

olacaktır. Bu şart gerçekleşmeden, ihbar tazminatı ödenmesini öngören 9. Hukuk Dairesi (ve HGK) kararına katılmıyorum. İnceleme konusu 22. Hukuk Dairesi'nin kararını HGK kararındaki karşı oy gerekçelerine de, katılarak isabetli buluyorum.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, 22. Hukuk Dairesi'nin kurulmasıyla birlikte, daha önce hukukun diğer alanlarında da yaşanan içtihat aykırılıkları sorunuyla iş hukuku da tanişmiş bulunmaktadır. İki daire arasında, başka diğer konularda da içtihat ayrılıkları yaşandığı gözlemlenmektedir. Bu durum, hukuki belirsizlik ve güvensizlik yaratmaktadır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 16/5 maddesi gereğince, Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır. Yine aynı kanunun 45. maddesi gereğince de, içtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacaktır. Bu sebeple, hukuki istikrarın sağlanması açısından, bu çözümlere de başvurulmasının yararlı olacağı kanısındayım.

DİPNOTLAR

- 1 Bursa 4. İş Mahkemesi 06.10.2009 Tarih, 2007/1012 E., 2009/645 K.
- 2 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2009 Tarih, 2009/9-524 E., 2009/581 K.; 9. Hukuk Dairesi 01.6.2009 Tarih, 2008/1017 E., 2009/15182 K.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 05.01.2009 Tarih, 2007/34347 E., 2009/1626 K.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.03.2009 Tarih, 2007/41150 E., 2009/6661 K.
- 3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.12.2009 Tarih, 2009/9-526 E., 2009/583 K.
- 4 İzmir 6. İş Mahkemesi, 13.06.2007 Tarih, 2006/922 E., 2007/314 K.
- 5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 04.02.2009 Tarih, 2007/36071 E., 2009/1496 K.
- 6 "Geçersiz Fesihle İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılabilirliği", Doç. Dr. Murat Şen, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 17, s. 160.
- 7 "İşe İade Davasının Kabulü İle Feshin Geçersizliğinin Tespitine Karar Verilmesinin, Fesih Sırasında Usulüne Uygun Olarak Verilen İhbar Önelini De Geçersiz Kılıp Kılmayacağına Dair Karar İncelemesi", Durmuş Özcan, <http://www.karamanbarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=9467&Tip=Duyuru> (Erişim tarihi: 03.08.2012)

- 8 Yrd. Doç. Dr. M. Onat Öztürk, "Karar İncelemesi" (9. Hukuk Dairesi 12.03.2009 Tarih, 2007/41150 Esas, 2009/6661 Karar), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 23, s. 155.
- 9 Uygur Bostancı, "İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 16, s. 124.
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 06.07.2009 Tarih, 2009/20151 E., 2009/19851 K.
- 11 16.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Yasa ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Değişiklik öncesinde bu ödemedeki gelir vergisi kesintisi de yapılmaktaydı.
- 12 Yargıtay son kararlarında işçinin başvurusu ve işverenin işe başlatılması için davet etmesine rağmen işçi işe başlamaz ise geçersizliği saptanan feshin geçerli hale geleceğine karar vermiştir. Bu itibarla, işçinin işe başlasa da başlamasa da başvurmakla boşta geçen süre ücretine hak kazanacağı kuralına bir istisna gelmiştir. Bkz. 9. dipnottaki karar ve inceleme.
- 13 Benzer hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 431 ve devamı maddelerinde de yer almış ve bu Kanun kapsamındaki hizmet sözleşmeleri için de sınırlandırmalar getirilmiştir.
- 14 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25 ile 1475 sayılı Kanunun 14. maddelerinde belirtilen bazı nedenlerle sözleşmenin bildirimden önce sona erdirilmesi halleri ayrık tutulmuştur.
- 15 Basın İş Kanunu, peşin ödemeye fesih hakkını işçiye de tanımıştır: Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, madde 5.
- 16 Yargıtay'ın görüşü bu yönde olmakla birlikte, öğretilerde bu halde de iş sözleşmesinin derhal değil, bildirim sürelerinin sonunda sona ermiş sayılacağı baskın şekilde savunulmaktadır. Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, 22. baskı, s. 200 ve aynı yerdeki dipnotlar.
- 17 Basın İş Kanunu yapılan peşin ödemeyi de tazminat olarak adlandırmıştır. Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, madde 5.
- 18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 21.01.2009 Tarih, 2007/34315 E., 2009/567 K. "Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir."
- 19 "Peşin ödeme, sözleşmenin usulsüz feshinde ödenen ihbar tazminatı değildir. Çalışma olmadan hak kazanılan ücret olduğundan, tazminat niteliği yoktur. Dolayısıyla ücrete ilişkin 5 yıllık zaman aşımı, temlik, haciz ve takas yasağı gibi ücrete ilişkin kurallara tabidir." Dr. Mustafa Kılıçoğlu, Doç. Dr. Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2008, c.1, s. 311.
- 20 "İhbar tazminatı, götürü ve zarar koşuluna bağlı olmayan bir tazminattır." Prof. Dr. Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Ankara, 2003, s. 173.