

Derya KARADEMİR

TİSK Müşavir Avukatı

İşe İade Kararı Sonrasında İşe Başlatılma Kavramı ve Koşulları

**T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ**

Esas No : 2012/10519
Karar No : 2012/8818
Tarihi : 19.03.2012

DAVA

Davacı vekili, davacı işçinin işe iade kararı sonrası işe başlatılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B. Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR**A) Davacı İsteminin Özeti:**

Davacı vekili, davalı işyerinde çalışan ve iş sözleşmesi feshedildiği için feshin geçersizliği ve işe iade kararı alan davacının işe başlatılması için başvurduktan sonra daha önceki bölümünde görevlendirilmediğini, bu nedenle davacının gerçek anlamda işe başlatılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının kesinleşen işe iade kararına dayanarak şirket nezdinde işe başlamak amacıyla başvuruda bulunduğunu şirketin yapılan bu başvuruyu kabul ederek mahkeme kararını yerine getir-

diğini ve davacıyı işe başlattığını, davacının 19/03/2010 tarihinde işbaşı yaptığını, ilk gün çalıştıktan sonra çeşitli bahaneler ileri sürerek kendisine verilen işi yapmadığını, bu durumu tespit ettirdiklerini, davacının kendisine başka bir iş verildiği yönündeki iddiaların yersiz olduğunu, davacının şirketin bütün iyiniyetli yaklaşımlarını reddedererek işi bıraktığını, 3 gün üst üste işe gelmediğini, bunun üzerine iş akdinin şirket tarafından İş Kanunu'nun 25/II maddesi hükümleri gereğince devamsızlık nedeniyle haklı olarak feshedildiğini, davacının tazminat alabilmek için kötüniyetli olarak işbu davayı açtığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacı tanık anlatımlarına itibar edilerek, kesinleşmiş işe iade kararı üzerine davacı işçinin yasal süresi içinde davalı işveren nezdinde işe başlamak amacıyla başvuruda bulunduğu, davalı işverenin yapılan başvuruyu kabul ederek davacıyı işe başlattığı, ancak davalı işverenin davacı işçiyi aynı koşullarla eski işine başlatmak zorunda olduğu halde davacıyı daha ağır çalışma koşulları içeren başka bir işe verdiği, davalı işverenin işe davetinin samimi ve ciddi olmadığı, işe davetin yasanın aradığı koşullarda yapılmadığı, davalı işverenin süresinde yapılan işe iade başvurusunu geçersiz kılmak için bu yola başvurduğu, bu nedenle davacının talep edilen tazminatlara hak kazandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Kural olarak işçi, feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası işe başlatılmak için başvurduğunda işveren tarafından geçer-

sizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işte işe başlatılmalıdır. Kural bu olmakla birlikte, karardan sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik yaratıyor ise, bu durumda işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmelidir.

Diğer taraftan davalı aleyhine dava açanlar tanık olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerekir. Bu beyanların diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Dosya içeriğine göre davacının feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası işe başlatılması için işverene başvurduğunda davalı işveren tarafından önceki bölümünde işe başlatılmadığı, davacının bir gün bu bölümde çalıştıktan sonra ertesi gün verilen işin ağır olduğu gerekçesi ile önceki bölümde çalışacağını belirttiği ve davalı işveren tarafından bunun kabul edilmediği, davacının birkaç gün işe gelip, bekleme odasında beklediği, davalının görevlendirilen yerde çalışmasında ısrar ettiği, davacının daha sonra işe gelmediği ve iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece aynı türden davası olan işçiler davacı tanığı olarak dinlenmiş ve tanık beyanlarına göre sonuca ulaşılmıştır.

Yukarda belirtildiği gibi davalı aleyhine davası bulunan tanıkların beyanı diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Davacının işe başlatılması için başvur-

duktan sonra daha önceki bölüm dışında görevlendirildiği bölümdeki çalışmasının iş şartlarında esaslı değişiklik olup olmadığı, işyerinde uzman bilirkişi ile keşif yapılarak rapor alınması sonucu ortaya çıkacak bir olgudur. Mahkemece bu yönde araştırılma yapılmadan, üstelik tanıklıklarına kural olarak itibar edilemeyecek tanık beyanları ile yetinilerek eksik incele-

me ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

1. UYUŞMAZLIĞA KONU OLAY VE KARAR

İnceleme konusu kararda, kesinleşmiş işe iade kararı üzerine yasal süre içinde başvuru yapan ve başvurusu işverence kabul edilerek işe başlatılan işçinin, başlatılmış olduğu işin niteliği üzerinde durularak;

- İşçinin, kural olarak işveren tarafından geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işte işe başlatılması gerektiği;
- Kural bu olmakla birlikte, işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işverenin öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan iş teklifini yapması gerektiği,
- Bu olanak olmadığı takdirde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunması gerektiği,
- Bu teklifin işçi tarafından kabul edilmesi halinde, bu kez sunulan teklifin iş şartlarında esaslı değişiklik yaratıp yaratmadığının incelenmesinin gerektiği,
- Esaslı değişiklik söz konusu değil ise işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiğinin kabul edilmesi gerektiği,
- Yeni iş teklifinin iş şartlarında esaslı değişiklik yaratması halinde ise, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur.

Kararda ayrıca, davada dinlenen tanıkların,

davalı aleyhine dava açmış kişiler olduğu ve bu işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerektiği, beyanlarının diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Yerel mahkeme kararı, davacının daha önce çalıştığı bölüm dışında görevlendirildiği, bu bölümdeki çalışmasının iş şartlarında esaslı değişiklik olup olmadığının belirlenmesi için işyerinde uzman bilirkişi ile keşif yapılması ve beyanlarına kural olarak itibar edilemeyecek tanık beyanları ile yetinilerek eksik inceleme yapıldığı gerekçesi ile bozulmuştur.

2. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE KAPSAMI

Karara konu olay, iş güvencesi kapsamı içinde yer alan bir işçiye ilişkin olup öncelikle iş güvencesi kavramı ve güvencenin kapsamı konusunda bazı tespit ve tanımların vurgulanmasında yarar görülmektedir.

Farklı bakış açıları ve kapsamlarla farklı yorumlar yapılmakla birlikte, iş güvencesi; işçinin kurallara uygun çalıştığı sürece, işini yitirmemesi ve işverenin keyfi biçimde iş sözleşmesini sona erdirmesi karşısında, esas olarak yargı tarafından korunması¹ olarak tanımlanabilir.

İş ilişkisinde, her iki tarafın da (işçi-ışveren) sözleşmeyi fesih yetkisi mevcut olmakla birlikte, bu yetkiye işveren açısından bazı sınırlamalar getirilmesi işçiyi koruma ilkesinin ve ona bağlı olarak gelişen iş güvencesi kavramının bir sonucudur.

İş güvencesi bakımından söz konusu olan,

işverenin iş sözleşmesini sona erdirmeye (fesh) hakkının elinden alınması yerine, bu hakkın sınırlandırılmasıdır. Nitekim, çalışma hakkı, iş sözleşmesinin işverenin haklı nedenle feshetme olanağını ortadan kaldırmaz. Çünkü, çalışma hakkına tanınacak böylesine geniş kapsamlı bir içerik, Anayasa'nın (m.48/1) güvencesi altındaki sözleşme özgürlüğü esasını anlamsız kılacaktır. Bu yüzden, çalışmanın salt keyfi sona erdirmeleri önleyecek bir iş güvencesi anlayışı içerdiğini kabul etmek gerekir².

Ancak, işverenin girişim özgürlüğü ve yönetim yetkisi ile işçilerin işten çıkarmalara karşı korunması arasında belirli bir dengenin gözetilmesi zorunluluğu, günümüzdeki ekonomik ve teknolojik koşulların bir gereği olarak ortaya çıkmış, bu gereksinim iş güvencesinin mutlak biçimde uygulanmasını engellemiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları"nı düzenleyen 21. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "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 ibarenin Anayasaya aykırılığı, "feshin geçersiz olduğuna karar verildiğinde işverene, işçiye işe başlatmayıp 4 ilâ 8 aylık ücreti tutarında tazminat ödeme seçeneği sağladığı, bunun iş güvencesini etkisiz hale getirdiği, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 48., 49. ve 53. maddelerine aykırı olduğu" gerekçeleri ile ileri sürülmüş ve bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda ise aşağıdaki değerlendirmelerle iptal isteminin reddi sonucuna varılmıştır³.

"21. maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesine göre, işçinin iş akdinin feshinde, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiği durumlarda işveren, işçiye bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Birinci fıkranın iptali istenilen son tümcesindeki kurala göre, işçiye başvurusu üzerine işveren, süresi içinde işe başlatmaz ise işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü

kılınmaktadır.

21. maddenin birinci fıkrasının iptali istenilen son tümcesindeki, 4 ilâ 8 aylık tazminatın nasıl belirleneceği maddenin gerekçesinde, "Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiye işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, ... mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir." şeklinde belirtilmiştir.

Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir."

Karar gerekçesinde yer verilen "işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumanın Devletin görevi olduğu" ve ayrıca "işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında ölçülü ve makul bir dengenin kurulmasının arandığı" şeklindeki ifadeler kanımızca önem taşımaktadır.

Gerek öğretide gerek yargı kararlarında iş hukukuna hakim olan ilkelerden birinin "işçi yararına yorum" ilkesi olduğu sıkça gündeme gelmekte, söz konusu ilke, karar ve değerlendirmelerin belirleyici unsurunu oluşturmaktadır.

İşçi lehine yorum ilkesi, 1958 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda; "Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiye iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının ge-

rektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatında bu esas benimsenmiş bulunmaktadır⁴.” şeklinde ifade edilmiştir.

1958 yılı ve hatta daha öncesinde benimsenmiş olan bu yaklaşım bugün de geçerliliğini korumakta ve hatta daha da gelişerek varlığını sürdürmektedir.

İşçi lehine yorum iş hukukuna özgü bir yorum yöntemi olmakla birlikte, bunun her durumda geçerli ve mutlak bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yasa hükmünün ruhunun araştırılması asıl olması gerektirir ve bu durum onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar⁵.

İşçi lehine yorum, ilkesinin önem ve gerekliliği bilinmektedir. Ancak söz konusu ilkeye başvurulma sıklığı artarken ve kapsamı giderek genişletilirken, bu yorumla çalışma ilişkisinin diğer tarafını oluşturan işverenin sahip olduğu ve zaten sınırlı biçimde var olabilmiş anayasal ve kanuni haklar arasında “ölçülü ve makul bir denge kurulması” ihtiyacı da giderek daha fazla hissedilmektedir.

Nitekim, sözü edilen “denge” arayışının aynı zamanda “hassasiyet” gerektirdiği ifade edilmekte, ancak bunun çalışma mevzuatına ve uygulamalarına yansımaları sınırlı kalmaktadır.

Her ne kadar iş hukukunda hareket noktası işçilerin korunması ise de, işçinin ekonomik ve sosyal durumunun düzeltilmesine ilişkin çabaları sınırsız bir biçimde genişletmek mümkün değildir. Çünkü iş hukukunun da son amacı tüm diğer hukuk dallarında olduğu gibi toplum yararındır. İşçilerin mümkün olduğu kadar korunması yönündeki çabalar ekonominin bu yükü taşıyabilme olanakları ile sınırlıdır. Ülke ekonomisi açısından olduğu kadar işletmeler düzeyinde de sosyal yükler, işletmenin ekonomik ve mali durumunu sarsacak boyutlara ulaşmamalıdır. İş hukukunda işçinin korunması bir temel ilke oluşturmakla birlikte, işletmenin ekonomik, mali ve teknik zorunluluklarının, üretim ve verimlilik gereklerinin de göz ardı edilmesi mümkün bulunmamaktadır. İş huku-

kunda işçinin korunması ilkesine mutlak bir geçerlilik tanınmamakta “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasında bir dengenin kurulması da gerekmektedir⁶.

Dengenin kurulmak yerine bozulmakta olduğu, Yargıtay’ın 2009 yılında vermiş olduğu ve iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kararlarının değerlendirildiği toplantıda, “İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde öngörülen geçerli sebebe dayanan işverenin yaptığı fesih işleminin, ayrıca Alman hukukunda öngörülen birtakım ilke ve kavramlar çerçevesinde geçerlilik denetimine tabi tutulması” vesilesi ile gündeme getirilmiş ve bu denetimin uygun görülemeyeceği belirtilerek; “Sözü edilen ilkeler ve önlemler her olayda birlikte arandığı için, bu konuda işverene getirilen yükümlülük insaf ölçülerini de aşmaktadır. Bu durumda, işverenin Anayasa’nın 48. maddesinden kaynaklanan sözleşmeyi fesih özgürlüğünün yine Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olarak sınırlandırıldığı” sonucuna varılmıştır.

İşçiyi koruma ilkesinin sonuçlarından biri olarak gelişen iş güvencesi, yine aynı ilke doğrultusunda genişletilmekte ve inceleme konusu karara olmasa bile pek çok Yargıtay kararına ve akademik değerlendirmeye dayanak teşkil etmektedir. Bu süreçte ise, Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edilen, ölçülü ve makul bir dengenin kurulması ihtiyacı giderek daha fazla kendini hissettirmektedir.

3. İŞE İADE SONRASINDA İŞE BAŞLATMA KAVRAMI VE KOŞULLARI

4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkemece veya özel hakemce feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmakla yükümlü tutulmuş, bu yükümlülüğe uymayan işverenin işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir.

Maddenin diğer fıkralarında ise kararın kesinleşmesine kadar işçiye, çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan

ücret ve diğer haklarının ödeneceği, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarının ayrıca ödeneceği belirtilmiştir.

Madde hükmüne göre işe iade sonrasında 3 durum ortaya çıkabilecektir. Bunlar;

İşçinin, işe iade kararının kesinleşmesinden sonra,

- Süresi içinde işverene başvurmaması,
- Süresi içinde işverene başvurması ve işveren tarafından işçinin işe başlatılmaması,
- Süresi içinde işverene başvurması ve işveren tarafından işçinin işe başlatılması.

Üç olasılığın her birine farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Olasılıklar, Yasada öngörülen durumlardır. Öte yandan haklı nedenle yapılan feshin mahkemece geçerli kabul edilmesi gibi, dava devam ederken ya da sonuçlandıktan sonra işçinin ölmesi, işverenin eski işinden farklı bir işte ya da işyerinde çalışmasını istemesi gibi birçok durum yaşanmakta ve tartışılmaktadır. Yasaların, ortaya çıkabilecek her somut olaya ilişkin hüküm içermesi elbette beklenemez⁸. İnceleme konusu karar, son olasılık çerçevesinde ortaya çıkan bir uyumsuzluğun çözümüne yönelik olmakla birlikte, işçinin eski işinden farklı bir işte çalışıp çalışmadığının belirlenmesi ve bunun sonuçlarına yöneliktir.

İş Kanunu'nun 21. maddesine göre mahkemece veya özel hakemce feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işverene işçiyi işe iade veya tazminat ödeme konusunda bir seçim hakkı tanınmıştır⁹.

İşe iade kararı ve işçinin başvurusu sonrasında işverenin seçimini; sözlü, eylemli veya yazılı olarak yapması mümkündür. Nitekim, Yargıtay bir kararında¹⁰ "İşçinin iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılacağını, somut olayda davacının işe iade başvurusunun davalıya tarihinde tebliğ edildiğini, davalının tarihli yazı ile işe başlatmayacağını açıkladığını" belirtmiştir.

İşverenin işe iade yükümlülüğünün başlan-

gıcını mahkeme ya da özel hakem kararı oluşturmakla birlikte, bu yükümlülük esas itibariyle kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak üzere işverene başvurusuna bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçinin bu sürede başvuruda bulunmaması halinde işverence yapılmış olan fesih geçerli hale gelmekte ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu tutulmaktadır.

Yargıtay'ın çeşitli kararları ile işçinin işe iade başvurusunun geçerliliği açısından bazı esaslar belirlenmiştir. Bu kararlarda başvuru zamanı, avukata yapılmış olan tebligatın sürenin başlamasına etkisi, süre başlamadan önce yapılan başvurunun yasal bir başvuru olarak kabul edilemeyeceği, tebligattaki gecikmelerin sonuca etkisi, başvurunun şekli, kim tarafından¹¹, kime ve nasıl yapılacağı ile başvurunun samimi olması¹² gibi esaslar ortaya konulmuştur.

İşçi tarafından yapılacak geçerli bir başvuru üzerine, işveren talep doğrultusunda bir ay içinde bir işlem tesis etmek durumundadır.

İşçinin işe iade başvurusunda olduğu gibi, işverenin işe başlatması konusunda da Yargıtay'ca ortaya konulmuş esaslar bulunmaktadır.

Bunlardan biri, işçinin iade başvurusunda¹³ olduğu gibi işverenin de işe başlatma konusunda samimi olması gerektiğidir. İşverenin işe başlatma yönündeki iradesinin samimi olmadığının bir kanıtının işçinin önceki işine veya işyerine iade edilmemesi olduğu ifade edilmektedir¹⁴.

Öte yandan Yargıtay "kapatılan bölümde çalışan işçinin işe iadesinde işçinin işverence en uygun işyerine daveti samimi olarak değerlendirilmelidir" sonucuna varmıştır¹⁵.

Ayrıca kararlarda işe başlatmanın herhangi bir şarta bağlanmaması gerektiği de ifade edilmektedir¹⁶.

İnceleme konusu kararda sorun, "işe başlatma" kavramı noktasında toplanmaktadır. Kanun sadece işe başlatmadan söz etmekte, hukukumuzdaki diğer örneklerin bazılarında yer aldığı gibi "benzer iş" kavramına yer vermemektedir. Bu durumun iş güvencesi kavramı ve

işçiyi koruma yaklaşımı ile açıklanabilir gerekçeleri bulunmakla birlikte, geçersiz olduğu kararlaştırılan feshe konu iş ilişkisinin dayandığı “iş”e, işçinin iade edilmesinin yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında fiilen kolay olmadığı da gözardı edilmemelidir.

Karara esas teşkil eden olayda, davacı işçinin işe iade davası sonrası 19.3.2010 tarihinde işe başlatıldığı, işe başlatılmaya yönelik açılan davanın ise temyiz incelemesinin 19.3.2012 tarihinde yani iki yıl sonra sonuçlandığı görülmektedir. Geçersizliğine mahkemece karar verilen fesih işleminin ise 19.3.2010 tarihinden iki yıl önce gerçekleşmiş olabileceğini varsayarsak işverenin “dört yıl önceki” işi, davacı işçi için muhafaza etmesi gibi bir fiili gereklilik ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay diğer kararlarında da işverenin işçiyi “eski işine” yahut bu kararda ifade olunduğu gibi “önceki görevi ile ilgili işte” işe başlatması gereğini vurgulamaktadır. Ancak bu noktada “eski iş” kavramı ile “önceki görevi ile ilgili iş” kavramlarının farklı değerlendirilebileceği, ikinci kavramın birincisine göre daha geniş yorumlanabileceği düşünülmekte, hatta yukarıda açıklanan fiili gereklilik çerçevesinde, bunun hayatın olağan akışına daha uygun bir yaklaşım olacağı değerlendirilmektedir.

4. ESKİ İŞ, BENZER İŞ KAVRAMLARI VE İŞ HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMELER

Kararda önem taşıyan unsurlar arasında işçinin iade edildiği işin niteliği gelmektedir.

Karar, işe başlatma konusunda fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işte başlatılması gerektiğini ve bunun kural olduğunu vurgulamaktadır.

Eski iş, benzeri iş, eski işine uygun bir diğer iş kavramları iş mevzuatımızda farklı alanlarda düzenlemelere konu olmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu’nun “Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu” başlıklı 30. maddesi ve “Askerlik ve kanundan doğan çalışma” başlıklı 31. maddesinde “ eski işleri veya benzeri işler” ifadeleri yer almakta, 6356 sayılı

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun “İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi” başlıklı 23. maddesinin ikinci fıkrasında “eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer iş”; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’un “Akdin tatbik edilmediği hallerde fesih” başlıklı 12. maddesinin ikinci fıkrasında ise “eski iş” ifadelerine yer verilmektedir.

İncelememize konu olan kararın dayanağını oluşturan 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrasında ise “ .. feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır...” denilmektedir.

İş Kanunu’nun 21. maddesindeki diğer fıkralarda da “işe başlatma” kavramı tekrarlanmıştır.

Mevzuatımızın işe iade ile ilgili hükümlerine genel olarak bakıldığında maddelerde “işe başlatma” yahut “eski iş” veya “benzeri işler, eski işlerine uygun bir diğer iş” ibarelerine yer verildiği görülmektedir.

Yargıtay, 2008 yılında benzer bir olay çerçevesinde vermiş olduğu kararda¹⁷ “eski iş” kavramı üzerinde durmuş, mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde işverenin işçiyi eski işe başlatması gerektiği, mahkemece işyerinde keşif yaptırılarak iş güvenliği uzmanı bilirkişiden alınan rapor çerçevesinde, davacı işçiye işe iade sonrası verilen işin eski işine göre farklı çalışma koşullarına haiz olduğunun tespit edildiği belirtilerek, işverenin işe davetinin samimi olmadığı sonucuna varmıştır.

Söz konusu karar, metinden anlaşılabilirdiği kadarıyla, iş güvenliği uzmanı olan bir bilirkişinin verdiği eski işine göre farklı çalışma koşullarında çalışma olgusunu esas almaktadır.

Ancak işe iade sonrası işverence işçinin başlatılmış olduğu işin farklı çalışma koşullarını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi, daha da önemlisi farklı çalışma koşullarının esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi, işyeri ortamının iş sağlığı ve güvenliği kuralları açısından değerlendirilmesi konusunda uzmanlığa sahip iş sağlığı ve güvenliği uzmanı bir kişi tarafından tek başına değerlendirilebilecek

bir husus değildir.

Aynı kararda farklı çalışma koşullarının belirlenmesinde ifade olunduğu üzere, iş sağlığı ve güvenliği uzmanının raporuna itibar edilmiş, inceleme konusu kararda da işyerinde keşif yapılması ve uzman bilirkişiden rapor alınması gereği üzerinde durulmuştur. Uzman bilirkişiye yapılan atfın, iş sağlığı ve güvenliği boyutunun dışında, işyeri organizasyonunun bütünü, genel olarak işin yürütümü ve yargılama sürecinde işyerinde meydana gelmiş olan değişiklikler dikkate alınarak işçinin önceki işiyle teklif edilen iş arasında işçi aleyhine bir ağırlaştırmanın olup olmadığı yönlerinden çalışma şartlarında esaslı değişikliğin var olup olmadığının değerlendirilmesi şeklinde anlaşılması ve uzmanlığın bu kapsamda belirlenmesi uygun olacaktır.

Nitekim çalışma şartlarında değişikliğin iş hukukunun en tartışmalı alanlarından biri olduğu Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “İş hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır¹⁸”.

Bilirkişilik uygulamalarının yargılama sürecinin sorunlu alanlarından biri olduğu bilinmekte, söylenmekte ve yaşanmaktadır. Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlar aksini gösterse de konuyla ilgili olarak yalnızca yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 266'da, “hukuk konusunda bilirkişilik” olmayacağını (HUMK m.275'e oranla) daha da vurgulanması amacıyla, mahkemenin “çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde” bilirkişiye başvuracağını¹⁹ ifade eden görüşlere atıf yapmakla yetinilecektir.

Çalışma şartlarında esaslı değişiklik kavramının hangi bölümlerinin iş hukuku alanında kaldığı, hangi bölümlerinin hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği, hakim tarafından titizlikle ayrıştırılması gereken bir husus olarak değerlendirilmektedir.

5. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK

İnceleme konusu kararda işverenin öncelikle

iş şartlarında esaslı değişikliğe sebep olmadan iş teklifi yapması, buna olanak yoksa o zaman İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunması gerektiği belirtilmektedir. Kararda ayrıca, işçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiğinin kabul edileceği, yeni iş teklifi esaslı değişiklik yaratıyor ise bu durumda 22. madde uyarınca hareket edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Kararda, işçinin önceki işe veya işyerine iade olanağının kalmaması ihtimaline yer verilmiş olması isabetlidir.

Ayrıca, inceleme konusu kararda 2008 yılı kararından farklı ve açık biçimde “değişiklik teklifi” kavramına ve bunun sonuçlarına yer verilmesinin kural olarak doğru olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ancak bu kuralın ya da doğruluğun aşağıda ifade edilmeye çalışılacak çekiçler çerçevesinde de değerlendirilmesinde yarar görülmektedir.

İş Kanunu'nun Gerekeçesi'nde 22. maddenin konuluş amacı şu şekilde açıklanmıştır: “Bu Kanunda benimsenen önemli bir yenilik, işverene belirli koşullarla iş sözleşmesi veya bu sözleşmenin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulaması ile oluşan çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin tanınmış olmasıdır. İşveren çalışma koşullarında değişiklik yapmak istediğinde, bunu yazılı olarak işçiye bildirecektir. İşçi değişiklik önerisini altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ederse, iş ilişkisi bu yeni koşullarla devam edecektir. İşçi değişiklik önerisini kabul etmez ise, işveren değişiklik isteğinin nedenini yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak kaydıyla iş sözleşmesini feshedebilecektir. Kuşkusuz işveren, başka bir geçerli nedene dayanarak da sözleşmeyi feshedebilir. İşçi ise, bu Kanunun 17-21 inci maddeleri uyarınca feshin geçersizliğini öne sürebilecektir. Çalışma şartlarında yapılacak değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacaktır.

Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında

belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.”

Gerekçeden de görüleceği üzere iş güvencesinde olduğu gibi burada da esas amaç, iş ilişkisinin sürdürülmesidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramını ayrıntılarıyla incelediği bir kararında²⁰ çalışma koşulları kavramının içeriğine nelerin dahil olduğu konusunda açıklamalar yapılmıştır. Buna göre;

“İş Hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçları arasındadır. Çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, “çalışma koşulları” olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir (Yargıtay 9. HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K.).

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi

ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.”

Söz konusu Karar, çalışma koşulları kavramının içeriği konusunda çok ayrıntılı açıklama ve tespitler içermektedir. Bunlara bir bütün olarak bakıldığında çalışma koşulları kavramına dahil olmayan iş ilişkisi unsurlarının son derece sınırlı kaldığı ya da neredeyse kalmadığı görülmektedir.

İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında devam etmekte olan bir iş ilişkisinde değişiklik yapılmasının esasları ortaya konulmuştur. Oysa ki inceleme konusu karara esas olan iş ilişkisinin en azından fiilen -hukuki geçerliliği konusundaki tartışmalara girmeksizin- iki yıldan daha uzun bir süre önce sona erdiği unutulmamalıdır. Bu süre içinde işyerinde önemli değişiklikler meydana gelmesi, iş pozisyonlarının, üretim süreçlerinin, kullanılan teknoloji ve malzemelerin ya da iş unvanlarının değişmiş olması muhtemeldir. Diğer yandan işe iade edilecek işçinin geçmişte yaptığı işin artık bir başkası tarafından yerine getirilmesi gündeme gelmiş yahut o iş değişen koşullar çerçevesinde farklı biçimde yürütülmeye başlanmış olabilir.

Aradan geçen ve özellikle işyerleri açısından hiç de kısa sayılmayacak bu sürelerin işyerleri üzerinde yarattığı değişim, yeni iş ortamı ve koşulları değerlendirilmeden yahut hiç dikkate alınmadan, işe iade kararı sonrasında münhasıran işçinin iade edildiği işin koşullarının 22. madde çerçevesinde ve fesih tarihindeki koşullarla sınırlı ele alınması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

6. SAYILARIN SÖYLEDİKLERİ

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından yapılan araştırma sonuçlarına göre, Türkiye'de şirketlerin yüzde 65'i ilk beş yıl içerisinde, yüzde 20'si ise kuruluşlarının ilk yılında kapanmaktadır. Kurulduktan sonra 5 ila 10 yıl arasında kapanan Türk şirketlerinin toplam sayı içindeki oranı ise yüzde 24 seviyesindedir²¹.

TİSK'e üye işveren sendikalarının üyesi işyerleri arasında yapılmış olan Çalışma İstatistikleri ve İşgücü Maliyeti araştırmasının 2011 yılı sonuçlarına göre²²; araştırma kapsamındaki

işyerlerinde çalışan tüm personelin yıllar itibarıyla kıdemleri incelendiğinde, 15 işkolunun oluşturduğu genel toplam içinde, 6-10 yıl kıdemli personelin % 21,1 ile en yüksek oranda olduğu görülmektedir. Öte yandan çalışanların % 45,7'si 5 ve daha az yıl kıdeme sahiptir. Ancak bu sonuçların, ülkemizin kayıt içinde yer alan, orta ve büyük ölçekli, ağırlığını sendikali ve toplu iş sözleşmesi düzeninde bulunan işletmelere ait kıdem ortalamaları olduğu dikkate alınmalıdır.

Yargının iş hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarına bakıldığında ise şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

2011 yılı itibarıyla hukuk mahkemelerinin genelinde 214 gün olan ortalama yargılama süresi, iş mahkemelerinde 488 gündür²³.

Yargıtay Hukuk Dairelerinin iş ve sosyal güvenlikle ilgili uyuşmazlıklarına bakan dairelerinden²⁴ en fazla dosyası olan ve incelemeye konu kararı veren 9. Hukuk Dairesi'nde 2011 yılı itibarıyla bir davanın ortalama görülme süresi 455 gündür. Yargıtay'ın tüm dairelerinde ortalama dava görülme süresi ise 214 gündür.

Şirketlerin %65'inin ilk beş yıl içinde kapandığı, çalışanların yaklaşık yarısının 5 yıl ve daha az kıdeme sahip olduğu, iş ve sosyal güvenlik alanında açılan bir davanın ise yaklaşık 2,5 yılda sonuçlandığı dikkate alındığında, uyuşmazlıkların çalışma süresine eşit, ona yakın yahut hatta kimi durumlarda çalışma süresinden çok daha uzun süreleri kapsayabildiği görülmektedir.

Çalışma ilişkilerinin, işyerlerinin verimlilik, kapasite kullanımı ve rekabet gücü açısından taşıdığı önem dikkate alındığında ise bu sonuçların tüm taraflar için (işyerleri, çalışanlar ve yargı organları açısından) fayda-zarar etkisinin daha dikkatle ve hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiği ortadadır.

7. SONUÇ

Yukarıda yer verilen hususlara ilaveten belirtmek gerekir ki, incelenen Karar'da davalı aleyhine davası bulunan tanıkların beyanlarına kural olarak itibar edilmemesi ve bu beyanların diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gereğinin vurgulanmış olması isabetlidir.

Ayrıca karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, davacı birkaç gün işe gelmiş, bekleme odasında beklemiş, davalının görevlendirilen yerde çalışması yönündeki ısrarı üzerine daha sonra işe gelmemiş ve iş sözleşmesi davalı işveren tarafından İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca devamsızlık nedeniyle haklı sebeple feshedilmiştir. Kararda işçinin devamsızlığı ve işverenin ikinci feshi üzerinde durulmamıştır. Bunu, henüz mahkemece geçersiz sayılan ilk fesih işlemi üzerine tesis edilen işe başlatma olgusunun hukuki sonuçlarının belirlenmemiş olması ile açıklamak mümkün olmakla birlikte böylesi bir fiili ve hukuki bir durumda işverenin İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde fiilen nasıl bir işlem tesis edebileceği de belirsizliğini korumaktadır.

Netice itibarıyla, inceleme konusu kararda varılan sonuç, mevzuatımızın mevcut hükümleri itibarıyla yerindedir. Bu yerindediğe rağmen taşınan bazı endişeler ise, yukarıda özetlenmeye çalışılmıştır.

İşe iade davaları genel olarak değerlendirildiğinde, mevzuatın mevcut hükümlerinin inceleme konusu kararda olduğu gibi yeni dava ve uyuşmazlıkları beraberinde getirdiği, işçi ve işveren tarafları üzerindeki belirsizliği ve yargının yükünü her geçen gün biraz daha arttırdığı görülmektedir.

Bu genel görünüm içinde ise çözümün ancak hayatın olağan akışına uygun, iş ilişkisinin tarafları arasında ölçülü ve makul dengelyi gözetilen mevzuat düzenlemeleri ile sağlanabileceği değerlendirilmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Tankut CENTEL, İş Güvencesi, Ekim 2012, s. 10-11.
- 2 Tankut CENTEL, İş Güvencesi, s. 11.
- 3 Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.2005 tarih ve Esas:2003/66, Karar:2005/72 sayılı Kararı (Karar, 24 Kasım 2007 tarih ve 26710 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.).
- 4 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, E. 1957/15, K. 1958/5, T. 27.5.1958 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).
- 5 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. baskı, İstanbul 2012, s.23 (İş Hukuku); Bektaş KAR, İş Hukukunda Yorum, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, sayı 28, s.80.
- 6 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s.18.

- 7 Savaş TAŞKENT, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.186-187.
- 8 Uygur BOSTANCI, İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, sayı 16, s.123-124 (Karar incelemesi).
- 9 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s. 650.
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2007/38730, K.2009/7345, T.18.3.2009 (Kararın incelemesi için bkz. Uygur BOSTANCI, Karar İnceleme, s.120 vd.).
- 11 İşe iade başvurusunun işçi adına vekili tarafından yapılması imkan dahilindedir. (Yargıtay HGK, 17.6.2009 gün, 2009/9-232 E., 2009/278 K.); Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2011, s.385 vd. (İlke Kararları).
- 12 İşçinin başvurusunun ve işverenin başlatma isteğinin samimiyeti, 10 günlük başvuru süresinde postadaki gecikmelerden işçinin sorumlu olamayacağı, işverenin işe başlatma kararının bir ay içinde işçiye bildirilmesi gerekmele birlikte, bildirim işçiye bir aylık süreden sonra ulaşması halinde tebligat sorunlarından işverenin sorumlu tutulmayacağı, bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra işçinin bildirim alması halinde işçinin makul süre içinde işe başlaması gerektiği, makul sürenin işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla iki gün, işçinin tebligatı işyerinin bulunduğu yerden farklı bir yerde alması halinde ise en fazla 4 gün olarak değerlendirilebileceği hususları için bkz. Yargıtay 9 HD., 10.12.2009 gün, 2009/18159 E., 2009/34209 K.; Şahin ÇİL, İlke Kararları, s.392 vd.
- 13 Fevzi ŞAHLANAN, İşçinin İşe İade Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti, Tekstil İşveren, Ocak-Şubat 2013, Sayı 391, Hukuk 76, s.2-5 (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin E. 2011/18310, K. 2012/313 sayı ve 20.01.2012 tarihli kararı hakkında).
- Aynı konuda verilmiş bir başka karar, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin E. 2011/6908, K. 2011/2518 sayılı ve 10.10.2011 tarihli kararıdır; "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.
- Somut olayda; davacının işverene işe başlama talebiyle 18.9.2006 tarihinde başvurduğu, işverenin 16.10.2006 tarihinde başlatılacağı yolunda ihtar gönderdiği dosya kapsamından sabittir. Davacının 16.10.2006 tarihinde işyerine avukatıyla birlikte gittiği, işyerine alınan diğer doktorla birlikte çalışmayacağı, masasının değiştirildiği, verilen masanın hemşire masası olduğu iddiasıyla işe başlamadığı işyerinde düzenlenen tutanak ve davacı tanıklarının beyanlarından anlaşılmaktadır. Öte yandan davacının aynı tarihte Sağlık Müdürlüğünde part time olarak işe gireceğine dair dosyaya sunulmuş yazı da mevcuttur. Davacının masasının değiştirildiği, hemşirenin kullandığı masanın kendisine verildiği iddiası iş şartlarında değişiklik ya da ağırlaştırma olarak kabul edilemez, işyerinde başka bir hekimin daha istihdam edilmesi de ihtiyaçla ilgili bir durum-

dur, iki doktorun bir arada çalışmasında hukuka aykırı bir durum yoktur.

Tüm olaylar birlikte değerlendirilip davacının aynı gün Sağlık Müdürlüğü'nde işe başlayacağına dair yazı da dikkate alındığında davacının işe başlama başvurusunun samimi olmadığı, gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının parasal sonuçlarından yararlanmak için başvuruda bulunduğu açık olduğundan davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

- 14 Yusuf YİĞİT, İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmamasının Sonuçları, Sarper Süzek'e Armağan, Cilt II, Ekim 2011, s.1172.
- 15 Şahin ÇİL, İlke Kararları, s.392 vd.; Yargıtay 9 HD., 10.12.2009 gün, 2009/18159 E., 2009/34209 K. kararına göre; "Somut olayda davacının daha önce çalıştığı T... işyerinin kapandığı, davalı tarafın bu işyeri dışında İstanbul'da başka işyerlerinin de bulunduğu sabittir. Davacı işçi süresi içerisinde işe başlatılmak için işverene başvurmuştur. Davalı işveren 10 günlük süre içerisinde yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı iş belirtilerek İstanbul'da ona en uygun olan işe davet edildiği açıkça belirtilmektedir. Mahkemece davalı işverenin davetinde teklif ettiği iş koşullarının mahiyeti konusunda bir açıklık getirmediği, bu nedenle iyiniyetli olmadığı yönündeki değerlendirmesi hatalıdır. Davalı tarafça yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı işe göre kendisine en uygun olan işe davet edilmiştir. Davacı işçi işe başlama konusunda samimi değildir. Davacı işçi işe davete rağmen işe başlamadığından boşta geçen sürelerle ilişkin ücret alacağı ve işe başlatmama tazminatı talebinde bulunamaz."
- 16 Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, E. 2004/3377, K. 2004/15404, 21.6.2004; "Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir. Davacı 8.9.2003 günü işyerine gitmiş saat 16.00'ya kadar işyerinde çalışmadan bekletilmiş sonra işverenin söz konusu şartını duyunca ayrılmış ve bir daha işe gelmemiştir. Burada yasanın aradığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez."
- 17 Yargıtay 2008 yılında benzer bir olay çerçevesinde vermiş olduğu kararda "eski iş" kavramı üzerinde durmuştur. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; E. 2007/42521, K. 2008/12221, T. 13.5.2008) "Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin iş sözleşmesi işverence 24.6.2005 tarihli bildirimle 23.8.2005 tarihinden itibaren feshedilmiş, davacının açmış olduğu işe iade davasında feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye dair karar verilmiştir. Davacı işçi yasal süresi içinde işverene başvurmuş ve işverence 3.8.2006 tarihinde işe başlaması bildirilmiştir. Davacının belirtilen günde iş başı yapmak üzere işyerine gittiği tartışmasızdır. Davacı işçi daha önce lojistik şefliğine bağlı yedek parça ve satın alma sorumlusu olarak çalıştığı halde, işe iade sonrasında atölyeler ve yardımcı tesisler müdürlüğüne bağlı bakım onarım departmanında depo sorumlusu olarak görevlendirilmiştir. Mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işe iadesine karar verildiğine göre işverence yapılması gereken 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi hükmüne uygun olarak eski işine başlatılmasıdır. Davacının işe başlama yönündeki yazısına cevaben

işverence noterde düzenlenen 28.7.2006 tarihli işe davet yazısında da davacının eski işine başlatılacağı bildirilmiştir. Buna rağmen davacı işbaşı yapmak üzere işyerine gittiğinde, farklı bir birimde ve daha ağır çalışma koşullarında iş görmesi istenmiştir. Mahkemece işyerinde keşif yapılmış ve iş güvenliği uzmanı bilirkişiden rapor alınmıştır. Davacı işçinin işe iade öncesi ve sonrası yapmış olduğu işler bakımından gerekli araştırmaya gidilmiş ve davacı işçiye işe iade sonrası verilen işin eski işine göre farklı çalışma koşullarını haiz olduğu tespit olunmuştur.

İşçinin işe başlama yönündeki iradesinin samimi olması gerektiği gibi, işverenin 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.

Yapılan bu açıklamalara göre davacı işçi işe iade sonrasında yeni görevlendirildiği işyerinde birkaç gün süreyle çalışmış olmasına rağmen, işverenin işçiyi eski işine iade etmemiş olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine uygun biçimde gerçek anlamda işe başlatmadan söz edilemez. Bu durumda davacı işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine, aynı zamanda kıdem tazminatı farkına hak kazandığına dair mahkeme kararı, açıklanan nedenlerle yerindedir. Bununla birlikte, davacı işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanındığı gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur. Davacı işçiye 24.6.2005 tarihinde yapılan bildirimle ihbar öneli tanınmak suretiyle bir fesih bildirim yapılmış ise de, sözü edilen feshin geçerli bir nedene dayanmadığı işe iade yargılamasında tespit edilmiştir. Davacı işçinin iş sözleşmesi işverence işe çağrılmış olmasına rağmen eski işine başlatılmamış olması sebebiyle 3.8.2006 tarihinde feshedilmiş sayılmalıdır. Anılan feshin göre de davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerekir. Bu bakımdan geçersiz sayılan fesih öncesinde tanınmış olan ihbar önelinin sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Daha önce davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmiş olsaydı, 3.8.2006 tarihinde gerçekleşen fesih sebebiyle hak kazandığı tutardan indirilmesi gerekirdi. Ancak bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığında, işçi önel içinde işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu mümkün değildir.

Mahkemece davacının ihbar tazminatı isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.”

Söz konusu Karar ayrıca, yasal ihbar sürelerine uyarak işçinin iş akdini fesheden işverenin, işe iade davasını kazanarak işe başlatılma başvurusunda bulunan işçiyi işe başlatmaması halinde ihbar tazminatı ödemekle yükümlü tutulması yönünde vardığı sonuç itibarıyla de eleştirilmiştir. Eleştiriler için; Fevzi ŞAHLANAN, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s.174 vd.; Benzer yöndeki bir başka kararın eleştirisi için: Münir EKONOMİ, Feshin Geçersizliği Kararı Sonucu İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmesi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2008/10, s.305 vd.).

- 18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2007/24548, K.2008/19209, T. 7.7.2008.
- 19 Ejder YILMAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Dergisi, 2011/ 2, s. 244.
- 20 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; E. 2009/10242, K. 2011/10048, T. 4.4.2011.
- 21 <http://www.dunya.com/elti-kavgasi-sirket-kapattiriyor-166372h.htm>.
- 22 2011 Çalışma İstatistikleri ve İşgücü Maliyeti, TİSK Yayını, Yayın No: 330, s.9-10.
- 23 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2011.
- 24 Yargıtay Hukuk Dairelerinin iş ve sosyal güvenlikle ilgili uyuşmazlıklara bakan dairelerinin sayısı 2013 yılı itibarıyla beşe yükselmiştir. 26 Ocak 2013 tarih ve 28540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 21 Ocak 2013 tarih ve 2013/1 sayılı Kararı ile 2013 yılından itibaren, iş ve sosyal güvenlik davalarının temyiz incelemesinin 7. Hukuk Dairesi tarafından da yapılacağı belirtilmiştir.