

Şahin ÇİL

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu

A- GENEL OLARAK

Türk iş hukukunda iş güvencesi yaklaşık on yıldır mevcuttur. İş güvencesi uygulamasının, işçinin iş ilişkisinin devamlılığı anlamında beklenen faydayı sağladığı söylenemez. Kesinleşen işe iade kararlarının ardından işe başlatılan işçi sayısı son derece sınırlıdır. Esasen işçinin açtığı davada temel amacın, her zaman işe iadesini sağlamak olduğu da söylenemez. İşe başlatmama anını fesih tarihi ve işe başlatmama olayını da fesih sayan görüşler ve bu yönde Yargıtay uygulamasının yansımaları olarak, işe iade davaları çoğunlukla tazminat ve işçilik alacaklarının farklarına hak kazanabilmek için açılmaktadır.

İşçinin işverence işe başlatılmadığı tarihin iş sözleşmesinin feshi olarak değerlendirilmesi şeklinde uygulama, temelde işçi yararına gibi görülse de iş güvencesinin amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Sözü edilen uygulama, ilki işe iade davası, ardından işe başlatılmamanın sonuçlarına dair tazminat ve boşta geçen süre ücreti davası ve son olarak da işe başlatmama tarihindeki ücret ve kıdem tazminatı tavanı esas alınarak dört aya kadar boşta geçen sürenin de hizmet süresine eklenmesiyle oluşacak fark isteklere dair üç ayrı davayı gündeme getirmiştir.

Bu durum iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın iş dairelerinin dosya yükünü telafisi güç şekilde artırmıştır. Her bir davanın kesinleşmesine kadar geçen sürenin birkaç yılı bulabildiği¹ dikkate alındığında varılan çözüm işçinin alacağına kavuşması için yaklaşık beş yıl beklemesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Belirtilen süre içinde şirketler iflas edebilmekte veya tasfiye sürecine girebilmektedir. Bu da yıllar süren çaba sonucu hak kazanılan alacakların infazını olumsuz etkilemektedir.

Öte yandan işverenler uzun yıllar bir dizi dava baskısıyla karşı karşıya kalmakta ve özellikle kurumsal yapıya sahip şirketler yönünden açıklanan belirsizlik, gelecek planlamalarında sorunlara neden olabilmektedir.

Sözü edilen sakıncalar, akademi ve uygulama çevrelerince dile getirilmekte ancak çözüm için yasal düzenleme ihtiyacına dikkat çekilmektedir. İş güvencesi hükümlerinde değişiklik yapılması bizim de önerilerimiz arasında olsa da, mevcut yasal düzenlemelerin, işe başlatılmamanın fesih olmadığı yönündeki görüşümüzü desteklediği düşüncesindeyiz. Zira İş Kanunu'nda işe başlatılmamanın, iş sözleşmesinin feshi olarak değerlendirilmesini gerektiren hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Bu çalışmanın amacı, Yargıtay'ın yaklaşık on yıllık uygulamasının sakıncalarını ortaya koymak ve işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı şeklinde bir görüşü tartışmaya açmak ve iş güvencesi uygulamasına daha işlevsel bir görünüm kazandırmaya çalışmaktır.

Çalışmamızda, konuyla ilgili kavramlar ve iş güvencesiyle ilgili yasal düzenlemeler incelendikten sonra işe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesine bağlı uygulama sorunları alt başlıklar halinde ele alınacak, daha sonra da işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı temel varsayımının iş güvencesine ve genelde iş hukukuna olumlu katkılarına değinilecektir.

B- KAVRAMLAR

a- Fesih

Genel olarak iş akdini fesih hakkı, hak sahibine karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıyla iş akdini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırılabilecek yetkisi veren bozucu yenilik doğurucu haktır².

Fesih bildirim, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirim yapılamaz³.

Fesih bildiriminde bulunma hakkı kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Fesih bildirimine ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşması yeterli olup beyanın geçerliliği, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir⁴.

Yenilik doğuran haklar bir kez kullanıldıktan sonra geri alınamazlar, kullanılmakla tüketilirler, iki kez üst üste kullanılamazlar⁵. Fesih hakkı bir kez kullanılmakla ortadan kalkar⁶.

Karşı tarafa bildirilmiş bir fesih beyanının diğer tarafça öğrenilmesinin ardından feshin hükümlerinin ortadan kaldırılması, ancak tarafların anlaşmasıyla mümkündür. Geri alma anında sözleşme henüz varlığını devam ettiriyorsa (bildirim süreli fesih), sözleşmenin devam ettiği, aksi halde yeni bir sözleşmenin meydana geldiği kabul edilir⁷.

Feshin bozucu yenilik doğuran etkisi, haklı nedene dayanan/dayanmayan, geçerli nedene dayanan/dayanmayan, fesihlerde de ortaya çı-

kar. Başka bir anlatımla feshin geçerli nedene dayanmaması ve mahkemece bu yönde yapılacak bir tespit, daha önce gerçekleşen feshi ortadan kaldırmaz.

Feshin geçersizliğinin tespiti davasında işveren feshinin geçerli bir nedene dayanmadığı yönünde varılan sonuç, daha önceki işveren feshini ortadan kaldıran ve iş ilişkisini kendiliğinden kuran inşai bir etkiye sahip değildir.

Ancak Yargıtay'ın bir kararında, geçersiz sayılan feshin mahkeme kararıyla ortadan kalktığı ve bu durumda geçersiz fesihte tanınan ihbar önelinin bir değerinin olmadığı açıklanmıştır⁸.

Buna karşın Yargıtay kararlarında istikrarlı biçimde mahkemece işe iadeye dair verilecek kararın tespit niteliğinde olduğu vurgusu yapılmaktadır⁹.

İşçi ve işveren arasında tek bir iş sözleşmesi vardır ve o da geçersiz sayılan fesihle sonlanmıştır. Zira bir sözleşmenin ancak bir kez feshi olur. Mahkeme kararı sadece fesihte geçerli bir neden olmadığını tespit niteliğindedir. Zira iş ilişkisinin devamı için kesinleşen karar sonrasında işçinin yasal süresi içinde işverene başvurusu ve yine işverenin işçiyi yasal sürede işe başlatması gerekir. İşçi süresi içinde başvurmadığında önceki feshin geçerli feshine dair sonuçları doğuracağı yasa da açıkça düzenlenmiştir¹⁰. Bunun anlamı işçiye önceki feshine göre ihbar tazminatı ile koşulları varsa kıdem tazminatının ödenmesidir. Yasa koyucu işe iade için başvurmayan işçi yönünden önceki feshin türünü "geçerli fesih" şeklinde belirlemiştir. Yoksa maddenin aksi yorumundan işçinin yasal süresi içinde başvurması halinde önceki feshin yok sayılacağı sonucu çıkarılmamalıdır.

Öğretide, geçersizliğin tespiti üzerine işçinin işe başlamak için başvurusuyla geçersizlik yaptırımının hüküm ve sonuç doğuracağı ve bu halde iş ilişkisinin devam ettiğinin kabul edileceği, işverenin işçiyi başlatmamasının yeni bir fesih işlemi olduğu ileri sürülmüştür¹¹. Esasen işe başlatmamayı fesih sayan Yargıtay uygulaması da aynı varsayımına dayalıdır¹².

Bize göre temel sorun, feshin geçersizliğinin tespiti ya da bu tespit üzerine işçinin işe başlamak için işverene başvurusu ile daha önceki işveren feshinin bir anda ortadan kalktığına

İşe başlatmama hangi yolla gerçekleşirse gerçekleşsin niteliği itibariyle fesih değildir.

kabulüdür. Yasal süresi içinde başvurmayan işçi yönünden önceki fesih geçerli feshin sonuçlarını doğururken, işçinin işe başlamak için başvurusuna amacını aşan bir anlam yüklenmesi ve bu başvurunun, işveren feshini ortadan kaldıran bir işlem olarak değer görmesi, yenilik doğuran hakların nitelikleri ile bağdaşmamaktadır.

b- İşe Başlatmama

Feshin geçersizliğinin tespitine dair kesinleşen karar üzerine işçinin işe başlatılmaması, uygulamada üç şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak işveren bir aylık başlatma süresi içinde veya sonunda işçiyi işe başlatmayacağını bildirir. İkinci olarak bir aylık yasal başlatma süresi suskun olarak geçirilir ve işçi bir aylık sürenin sonunda işe başlatılmamış sayılır. Son olarak işveren işçiyi işe davet eder ve işçinin davete icabet etmesiyle işçi, işe başlatılmış gibi görünür ancak verilen iş eski iş değildir ve gerçek amaç işçiyi işe başlatmak yönünde değerlendirilemez.

İşe başlatmama hangi yolla gerçekleşirse gerçekleşsin niteliği itibariyle fesih değildir. Belirtilen yöntemlerden biriyle işçinin işe başlatılmayacağı ortaya konulmuş olur.

İşe başlatmama fesih niteliğinde olsaydı, işverenin bildirimli fesih hakkının da varlığı kabul edilmeliydi. İşveren işe başlatmayacağını açıkladığı anda işçiye bildirim süresi tanıyarak bir fesih yapabilmeliydi. Zira işverenin yasaya göre bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek derhal fesih hakkı olduğu gibi bildirim süresi vererek önelli fesih yoluna gitmesi de mümkündür¹³. Ancak işe başlatılmayan işçiye, işverenin bildirim öneli tanımak suretiyle bir fesih bildiriminde bulunması imkansızdır.

İşverence işçinin işe başlatılmış gibi gösterilmesine rağmen gerçekte başlatılmadığı örneklerde durum daha da karışıktır. Örneğin müdür konumunda olan işçinin eski işi yerine

koridora çıkarılan bir masada görev yapmasının istenmesi, bilgisayar ve internet imkanının sağlanmaması, hiçbir iş verilmemek suretiyle bezdirme taktiği uygulanması halinde işveren gerçek anlamda işçiyi başlatmış sayılmamaktadır. İşverenin gerçek niyetinin belli bir süre (birkaç hafta veya bir ay gibi) bir süre sonra anlaşılması halinde işe başlatmama tarihi (mevcut uygulamadaki kabule göre fesih tarihi) ne şekilde belirlenecektir? Bir aylık başlatma süresinin sonunda feshin gerçekleştiği kabul edildiği taktirde, işverenin çağrısı üzerine işçinin işe gidip gelmek suretiyle geçirdiği hizmetler ayrı bir iş sözleşmesi olarak mı değerlendirilmelidir? İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi iş güvencesine olumsuz etkilerde bulunmaktadır.

Yapılan açıklamalara göre işe başlatmama açık, örtülü, eylemli hiçbir şekilde fesih niteliğinde değerlendirilmemelidir¹⁴.

C- YASAL DÜZENLEMELER

a- İş K. m. 21/1

Yasal düzenleme, mahkemece feshin geçersizliğine karar verileceği yönündedir. Feshin geçersiz sayılması, daha önceki feshin iptali ile ortadan kaldırılması anlamında değildir. Her ne kadar Yasada işçinin işverene başvurmak zorunda olduğu ve işverenin de işçiyi işe başlatma zorunluluğundan söz edilmiş ise de her iki halde de alternatif sonuçlar düzenlendiğine göre temelde işçinin de işverenin de seçimlik hakları söz konusudur.

İşçi yasal süresi içinde işe başlama iradesini açıklamayabilir ve bu halde önceki fesih geçerli feshin sonuçlarını doğurur. İşçi işe iade için başvurursa da işveren bir aylık süre içinde başlatmayabilir ve bu halde işe başlatmama tazminatı öder.

Şu hale göre yasal düzenleme çerçevesinde feshin geçersizliğinin tespiti tek başına hiçbir anlam ifade etmemektedir. Kesinleşen karar sonrasında önce işçinin ardından işverenin iş ilişkisinin devamı yönünde adımlar atmaları gerekir. Yasada yer alan işçinin işverene başvuruda bulunma zorunluluğu ile işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu bağlayıcı gibi görünse

de taraflara başvurma ya da başvurmama veya başlatma ya da başlatmama yönlerinden seçimlik hak tanımaktan öte bir anlam ifade etmezler. İşverenin mahkeme kararına rağmen işçiyi işe başlatmama özgürlüğü bulunduğu ileri süren yazarlar dahi vardır¹⁵.

Bu durumda mahkemece verilecek kararın tespitten başka bir anlam içermediği, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımıyla gerçekleşen feshi ortadan kaldırmadığı kabul edilmelidir¹⁶.

İşe iade davasının kabulü halinde mahkemenin verdiği kararda, “işçinin işe iadesi”nin yer almakta oluşu işe iade davasını bir eda davası haline getirmez¹⁷.

b- İş K. m. 21/2

İşe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı yönündeki değerlendirmeye alınması gereken bir başka kural, İş Kanunu’nun 21/2. maddesi hükmüdür. Düzenlemeye göre feshin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel hakem, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirlemelidir. O halde işe başlatmama tazminatının ikinci bir uyuşmazlığa mahal verilmeksizin feshin geçersizliğine dair kararlar birlikte tespiti gerekir. Bu durumda işe başlatmama tazminatı işe başlatmama anındaki ücret yerine geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Zira feshin geçersizliğine karar veren mahkemenin ileride gerçekleşecek olan işe başlatmama tarihini bilmesi ve buna göre bu tarihteki ücreti tazminata esas alması imkansızdır.

Feshin geçersizliğine karar verilmiş olsa da işe başlatmama tazminatının dahi geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanacak oluşu, iş ilişkisinin geçersiz fesih tarihinde sonlandığını göstermektedir.

Buna rağmen Yargıtay’ın işe başlatmama tarihini fesih sayan görüşünün bir yansıması da işe başlatmama tazminatının işe başlatmama anındaki ücret üzerinden hesaplanması sonucunu doğurmaktadır.

İşe başlatmama tazminatının yasada yer aldığı üzere feshin geçersizliğinin tespiti davasında miktar olarak belirlenmesi ise iş güvencesine çok olumlu katkılar sağlayacaktır. İşveren işe başlatmamanın parasal yaptırımını ile doğrudan

En çok dört aya ait ücret ve diğer haklar, çalışma karşılığı olmadığından işçinin zararının kısmen giderilmesine dair bir tazminat olarak kabul edilmelidir.

karşı karşıya kalacak ve yeni bir yargı süreci gerekmeksizin sorun çözümlenebilecektir. İşe başlatmama tazminatının derhal ödenecek oluşu da işçinin işe başlatılması noktasında olumlu bir etki yaratabilecektir.

c- İş K. m. 21/3

İş Kanunu’nun 21/3. maddesinde işçiye kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer hakların ödeneceği öngörülmüştür. Yasa koyucu feshin geçersizliğinin tespiti ile feshin ortadan kalktığı ve iş ilişkisinin aramaksızın devam ettiğini kabul etmiş olsaydı, ücret ve diğer haklarının herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın istenebilmesi gerekirdi. Hatta ücret ve diğer hakların istenmesi yönünde bir hükme dahi gerek olmaksızın işveren temerrüdü kapsamında çalışılmayan süre ücret ve diğer haklarının talebi mümkün olabilecekti. Yasa koyucunun boşta geçen süreye dair sınırlamaları, iş ilişkisinin belirtilen süre içinde devam etmediğine işaret etmektedir.

En çok dört aya ait ücret ve diğer haklar ise çalışma karşılığı olmadığından işçinin zararının kısmen giderilmesine dair bir tazminat olarak kabul edilmelidir. Böylece boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların aynı dönemde işçinin başka işyerinde çalışmasına bağlı olarak gelişebilecek çakışan sigortalılık, işçinin emekliliğinin ardından ödenen primlerin emekliliğin iptaline neden olması gibi sorunlar ortadan kalkmış olabilecektir.

d- İş K. m. 21/4

İşe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığına en kuvvetli kanıt, İş Kanunu’nun 21/4. fıkrasında yazılı olan “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler

ait ücret tutarı ayrıca ödenir.” şeklindeki hükümdür. Yasa koyucu işe başlatılmamayı fesih olarak değerlendirmiş olsaydı işe başlatmama anına göre bildirim süresine ait ücretlerin ödeneceğinin öngörülmesi gerekirdi. Bunun aksine işe başlatılmayan işçi yönünden daha önceki geçersiz sayılan feshe bağlı sonuçlara değer verilmiştir.

Konuyu bir örnekle ele almak gerekirse, işyerinde iki yıl on ay süreyle çalışmış bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanmaksızın işverence 01.01.2010 tarihinde feshedildiğini varsayalım. İşveren bu fesih öncesinde usulüne uygun şekilde yasa gereği altı haftalık bildirim öneli tanımış olsun. Feshin geçersizliğinin tespiti davası kesinleşinceye kadar iki yıllık süre geçtiği kabul edildiğinde, işverence işe başlatılmayan işçi yönünden yasanın çok açık hükmü gereği yeniden ihbar tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Oysa katılmadığımız mevcut uygulamaya göre işe başlatmama fesih niteliğinde olmakla dört aya kadar hizmet süresi eklendiğinde işçinin hizmet süresi fiili olarak üç yıl iki ay olmakla ihbar öneli sekiz hafta olarak kullandırılmalıydı. İhbar önelinin bölünmezliği kuralı gereği eksik önel kullanımı geçersiz olmakla, işçiye sekiz hafta tutarında ihbar tazminatı ödenmesi gündeme gelir. Ancak varılan sonuç yasanın 21/4. maddesine aykırı olmaktadır.

Aynı örnekte işveren geçersiz sayılan fesih önel tanımayıp altı hafta tutarında ihbar tazminatı ödediğinde de yasa gereği işe başlatmama anında ihbar tazminatı ödemesi gerekmez. Ancak işe başlatmama fesih olarak değerlendirilirse, işe başlatılmayan işçiye bu defa sekiz haftalık ücret tutarında ihbar tazminatı ödenmesi gerekecektir. Tazminata esas ücret de işe başlatmama anındaki ücret olacaktır.

İş Kanunu'nun 21/4. maddesinde sadece geçersiz fesih öneli düzenlenmemiş, aynı fesih öneli bildirim sürelerine ait ücretin ödenmiş olması halinde de işe başlatmama haline göre bir ödeme yapılmayacağı öngörülmüştür. O halde mahkemece feshin geçersizliğine dair bir tespit kararı verilmiş olsa da belirtilen fesih öneli peşin ödenen ihbar tazminatı da borcu tamamen sona erdirmektedir. Bu durum-

da işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira işe başlatmama anına göre işçinin ücretinin artmış olması kuvvetle muhtemel olduğu halde yasa koyucu daha önce ödenen bildirim süresi ücretini yeterli görmüştür.

Maddede açıkça işe başlatılmayan işçiye hangi durumda ve ne ödeneceği düzenlenmiştir. İşçiye geçersiz sayılan fesih öneli verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, “bu süreler için ücret tutarı ayrıca” ödenecektir. Yasada geçen “bu süreler için” ifadesinden, geçersiz sayılan fesih öneli bildirim süresi tanınmış olsaydı bildirilmesi gereken süreye göre hesaplama yapılacağı sonucu çıkarılmaktadır. Dört aya kadar boşta geçen sürenin etkisinden hiç söz edilmemiştir.

Öte yandan yine yasa da yer alan “bu süreler için ücret” sözcüklerinden de işe başlatılmayan işçiye, işveren feshinin yapıldığı tarihteki ücret üzerinden hesaplama yapılarak ödemeye gidilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İşe başlatmama anındaki ücret üzerinden bildirim sürelerine ait ücretlerin hesaplanacağı öngörülmüş değildir.

e- İş K. m. 21/6

Maddede, yasa koyucu 21. maddenin ilk üç fıkrasının kamu düzenini ilgilendirdiğini ve aksine sözleşme yapılamayacağını düzenlemiştir.

Yukarıda açıklanan hükümlerin mutlak emredici oluşu, işe başlatmama tazminatının dört-sekiz ay ile ve boşta geçen süre ücretinin dört ayla sınırlandırılmasından daha fazla anlam ifade eder. Emredici hükümlerin yasa da yer aldığından farklı şekilde yorumlanamaması da gündeme gelir. Örneğin ilk fıkrada feshin geçersizliğine karar verileceği belirtilmiş olup hükmün feshin iptali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Yine ikinci fıkrada işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesi gerekliliği emredici nitelikte olup, tazminatın süre olarak belirlenmesi ile nihai çözümün ikinci bir uyuşmazlığa ertelenmesi bize göre yasaya açık aykırılık oluşturur.

Son olarak feshin geçersizliği sonrasında bağlı düzenlemelerin yer aldığı ilk üç fıkrada

işe başlatılmayan işçiye nelerin ödeneceği emredici şekilde öngörülmüştür. Dört aya kadar boşta geçen sürenin hizmetten sayılacağı ve aynı sürenin eklenmesiyle kıdem, varsa ihbar farkları ile yine koşulları oluşmuşsa yıllık izin ücreti ödeneceği şeklinde bir düzenleme yer almamıştır. Bu açıdan da işe başlatmamayı fesih sayan yaklaşımla işe başlatmamaya bağlı ilave ödemelere hükmedilmesi, 21. maddenin bütünü içinde değerlendirildiğinde dayanaksız kalmaktadır. Hatta sözü işe başlatmama tarihine ve ücrete göre fark işçilik alacaklarının kabulü yasaya aykırı olarak dahi değerlendirilebilir.

Bunun aksine 4. fıkrada geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar öneline değer verilmiş oluşu, işe başlatmamanın fesih niteliğinde değerlendirilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır.

D- İŞE BAŞLATMAMANIN FESİH OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ ŞEKLİNDEKİ UYGULAMANIN SONUÇLARI

a- İhbar ve Kıdem Tazminatlarının İşe Başlatmama Anına Göre Belirlenmesi

On yıla yaklaşan uygulamada, genellikle işe başlatmama anı fesih olarak değerlendirilmekte ve sözü edilen feshe göre ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁸.

Ancak fesih tarihi işe başlatmama anı olarak kabul edilmekle birlikte kıdem tazminatının feshi izleyen dört ayın sonundaki ücrete göre hesaplanması gerektiğine dair Yargıtay kararlarına da rastlanmıştır. Yargıtay'ca 2005 yılına kadar bir dönem verilen kararlarda, kıdem tazminatı tavanının işe başlatmama anına göre belirleneceği ancak feshi izleyen dört ayı aşan kısım bir tür askı hali olarak değerlendirilerek kıdem ve ihbar tazminatı hesabının feshi izleyen dört ayın sonundaki ücrete göre yapılacağı kabul edilmiştir¹⁹.

Yine Yargıtay'ın bir kararında en çok dört

İşçinin işe başlatılmadığı anda emsal kıdem ve unvanda çalışan işçi olmaması halinde, tazminata esas ücretin tespiti daha da güç olabilmektedir.

aya kadar hizmet süresi için iş sözleşmesinin devam ettiği vurgusunun yapıldığı görülmektedir²⁰. Aynı kararda işe başvurmasına rağmen işveren daveti üzerine işe başlamayan işçi yönünden geçersiz sayılan önceki feshin sonuç doğurduğu kabul edilmiştir.

Ancak daha sonra tazminata esas ücretin de fesih tarihi olan işe başlatmama anına göre belirlenmesi gerektiği Yargıtay'ca kabul edilmiştir²¹.

Tazminata esas ücretin işe başlatmama anına göre belirlenmesi, birkaç yılı bulabilen yargılama sürecinin sonunda işe başlatmama anındaki ücretin ispat sorunlarını beraberinde getirebilmektedir. İşçinin işe başlatılmadığı anda emsal kıdem ve unvanda çalışan işçi olmaması halinde tazminata esas ücretin tespiti daha da güç olabilmektedir.

Kıdem tazminatı tavanı işe başlatmama anına göre belirlenmekte, ücretin tavanı aştığı hallerde bu durum her zaman bir kıdem farkı hakkı doğurmaktadır. Öyle ki sözü edilen tavan artışlarının devreye girmesi veya işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükmüne göre ücret artışlarından yararlanmak için işe iade yargılaması aşamalarının bilerek geciktirilmesi de imkan dahilindedir. En azından işe başvuru süresini başlatacak olan kesinleşen işe iade kararının işçiye tebliği aşaması masraf verilerek geciktirilebilir ve bu yolla yaklaşan bir tavan artışı ya da ücret artışından yararlanma hedeflenebilir.

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirildiğinde ihbar ve kıdem tazminatı haklarının da işe başlatmama anında doğduğu kabul edilmiştir. Bu görüşün yansıması olarak da geçersiz sayılan fesihle işverence daha önce ödenen ihbar ve kıdem tazminatlarının sebepsiz yere ödendiği sonucu ortaya çıkar. Zira feshin ge-

İşe başlatmamayı fesih saymak, zamanaşımı süresinin de işe başlatmama anında başlayacağı sonucunu doğurur.

çersizliğinin tespiti ile fesih ortadan kalkmışsa işverence ödenmiş olan ihbar ve kıdem tazminatları da sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olmalıdır. Bu durumda işçiye daha önce ödenen tazminatların işe başlatmama yoluyla gerçekleştiği ileri sürülen feshi göre ödenecek tazminattan yasal faizi ile mahsubu gündeme gelmelidir. Zira işçi dava açarak feshi iptal ettirmiş olmakla daha önce aldığı ihbar ve kıdem tazminatlarını işverene derhal iade etmelidir.

Bir diğer sorun tazminata esas ücretin tespitinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'a göre son bir yıl içinde ödenen parasal hakların toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktar belirlenmektedir²². İşçinin işe başlatılmadığı ana kadar boşta geçen sürenin dört ayı çok aşması imkan dahilindedir. Bu durumda işçinin sadece dört aylık süre yönünden ücret ve diğer hakları söz konusudur. Bu dört ayın dışında kalan boşta geçen süre için bir alacak talebi yasa gereği olamayacaktır. Tazminata esas ücret tespitinde son bir yılda ödenen ikramiye ve benzeri yardımlar esas alındığında ise dört aydan sonraya ait ve ödemenin söz konusu olamayacağı dönem de bir yıl içinde kaldığından tazminata esas ücretin çok düşük olarak belirlenmesi gündeme gelecektir. Hatta boşta geçen sürenin bir yıl dört ay olduğu bir örnekte, işçiye son bir yıl içinde para ile ölçülen hiçbir sosyal yardım ödenmediğinden tazminata esas ücrete bu kalemlerin yansımaları da olmayacaktır.

İlk çözüm olarak dört aya kadar boşta geçen süreye ait bu tür işçilik haklarının parasal tutarının toplamının yine bu dört aydaki gün sayısına bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutar belirlenmesi ilk yöntem olarak düşünülebilir.

İkinci olarak da ücret dışındaki parasal haklar yönünden fesihden geriye doğru son bir yıl yerine, ödemelerin devam ettiği son bir yıl dikkate alınabilir. Bir başka anlatımla işçiye boşta

geçen süre ne kadar uzarsa uzasın son olarak ödeme yapılması gereken tarih, boşta geçen sürede dört ayın bitimidir. Bu tarihten geriye doğru gidilerek son bir yıl içinde yapılan ödemelerin 365'e bölünmesi, bir çözüm tarzı olabilir.

Son olarak, dört aylık sürenin dışında kalan dönem için de sanki ödeme devam ediyormuş gibi bir hesap yönteminden söz edilebilir.

Kıdem tazminatı ile ilgili olarak bir başka sorun da iş sözleşmesinin fesih tarihi olarak işe başlatmama tarihi kabul edildiği halde, hesaplama en çok dört aylık sürenin esas alınmasıdır²³. Bu konu öğretilerde eleştiri konusu olmuştur²⁴. Yazara göre işe başlatmama anı fesih tarihi olmakla kıdem tazminatına esas alınacak süre dört ayla sınırlı tutulmamalı, işe başlatmama anına kadar hesaplanmalıdır.

İşe başlatmamayı fesih saymak, zamanaşımı süresinin de işe başlatmama anında başlayacağı sonucunu doğurur. Bu durumda 2007 yılında yapılan bir feshin geçerli nedene dayanmadığının belirlendiği, kararın kesinleşmesinin ardından işe başlamama yoluyla feshin 2012 yılında gerçekleştiği bir örnekte, işe başlatmama ya bağlı kıdem ve ihbar farkı gibi istekler 2022 yılına kadar yargılama konusu yapılabilecektir. Çalışma yaşamında bu kadar uzun süreyle dava baskısının hissedilmesi, neden olacağı belirsizlik sebebiyle olumsuz bir durum olarak değerlendirilmelidir.

Görüldüğü üzere işçinin iş sözleşmesinin devamlılığını hedef alan iş güvencesi, amacından uzaklaşmış ve fark menfaatlerin aracı haline gelmiştir. İşe başlatmamayı fesih sayan görüşün bir yansıması olarak, iş güvencesi uygulaması yasada öngörülmeleyen karmaşık sorunlara neden olmuş ve yeni yargılamaları ve ispat sorunlarını beraberinde getirmiştir.

b- İşe Başlatmama Tazminatının İşe Başlatmama Anına Göre Belirlenmesi

Yargıtay uygulamasına göre işe başlatmama tazminatının, işe başlatmama (fesih) anındaki ücret üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerekir²⁵.

Oysa İş Kanunu'nun 21/2. maddesine göre feshin geçersizliği davasında verilen kararda işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının da belirlenmesi gerekir. Düzenlemenin emredici nitelikte olduğu aynı maddenin 6. fıkrasında vurgulanmasına rağmen Yargıtay, işe başlatmama tazminatının miktar olarak belirlenmesini ve terditli şekilde tahsile dair karar verilmesini uygun bulmamakta ve sadece kaç aylık olduğu yönünde tespit niteliğinde karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir²⁶.

Öğretide işe başlatmama tazminatının miktar olarak belirlenmesi gerektiği vurgusu yapılmıştır²⁷.

Gerçekten işe başlatmama tazminatının feshin geçersizliği davasında miktar olarak belirlenmesi iş güvencesine çok olumlu katkılar sağlayacaktır. Aynı ilamda işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarı yazılı olduğunda, sözü edilen tazminat ilamı icraya konu olabilecek ve işe başlatmamanın yaptırımını derhal uygulama alanı bulabilecektir. İşe başlatılmayan işçinin yıllarca sürebilecek yeni bir dava açması zorunluluğu ortadan kalkacaktır. İşverenin işe başlatmamanın yaptırımını derhal bir ödeme yapması zorunluluğu, işçinin işe başlatılması yönünde işveren üzerinde baskı oluşturabilecektir.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin gerekçesinde işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığı ile fesih nedeni ve şekli esas alınarak tazminat miktarının belirleneceği açıklanmıştır. O halde işverenin işe başlatmama anındaki davranışları ve hatta işçinin kıdem süresi bu noktada belirleyici olmamalıdır.

Ancak Yargıtay bu noktada da neredeyse sadece kıdem süresini esas alarak altı ay - beş yıl arasında hizmeti olanlar için dört ay, beş-onbeş yıl arasında hizmeti olanlar için beş ay, onbeş yılı aşan çalışanlar için altı ay ve emeklilik hakkının kazanılması halinde yine dört aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı öngörmektedir²⁸.

Oysa işe başlatmama tazminatı mevcut yasal düzenlemeler karşısında feshin geçersizliğinin tespiti davasında ve geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret üzerinden miktar olarak belirlen-

melidir. Zira daha ileride gerçekleşecek olan işe başlatmama anındaki ücretin mahkemece önceden bilinmesi ve buna göre tazminat hesabı mümkün değildir.

Öte yandan feshin geçersizliğinin tespiti davasında ücretin tartışmalı olması halinde işe başlatmama tazminatının belirlenmesinin yargılamanın uzamasına neden olabileceği varsayımına da katılmadığımızı belirtmek isteriz. Sorun, gerekli bordroların getirilmesi ya da meslek örgütünden ücret araştırması yapılması hatta tanık dinlenmesi yoluyla fazladan bir veya birkaç oturum ile çözülebilir. Aynı konu için yıllarca sürebilecek yeni bir dava açılmasının usul ekonomisine uygun düşmeyeceği açıktır.

İşçinin ücreti belirlendikten sonra işe başlatmama tazminatının miktarının tespiti ise bilirkişiden hesap raporu alınmasını gerektirmemektedir. Zira hakim tarafından resen hesaplama yapılabilmesi mümkündür.

c- Dört Aya Kadar Boşta Geçen Sürenin Hizmet Süresine Eklenmesi

1- Kıdem ve İhbar Tazminatlarının Hesabında Dikkate Alınması

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirildiğinde, boşta geçen en çok dört aya kadar olan süre hizmet süresine eklendiğinden ücret ve kıdem tazminatı tavanı değişmediğinde dahi sözü edilen sürenin tazminat hesaplarında dikkate alınmasıyla, her zaman kıdem farkı doğmaktadır. Ayrıca dört aya kadar boşta geçen sürenin eklenmesiyle ihbar tazminatı dilimi değişebilir ve bu durum da fark ihbar tazminatına neden olabilir.

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi ve her daim sözü edilen feshe göre kıdem farkı doğması yine ihbar farkı ortaya çıkma ihtimali, işverenin sözü edilen işçilik haklarını ödeme konusunda da isteksizliğe yöneltmektedir. İşveren feshinin ardından işçinin işe iade davası açma ihtimali mevcut olduğundan yapılan ödemelerin ihbar ve kıdem tazminatı yönlerinden borcu sona erdirmeyebileceği, işçinin işe başlatmama tarihine göre yine aynı istekler yönünden dava açabileceği bilindiğinden, ilk

İşe başlatılmamanın fesih olarak değerlendirilmesi ciddi bir sorun olup iş yargısını birçok yönden olumsuz etkilemektedir.

fesihte bu yönde ödemeler yapılmayabilmektedir.

Bazen de işveren iş güvencesinin kendisi hakkında uzun zamana yayılan birkaç davadan ibaret hak taleplerini ortadan kaldırmak için iş sözleşmesinin ikale (bozma sözleşmesi) ile sonlanmasını dayatmakta ve bu yolla işçinin iş güvencesinden yararlanmasına engel olabilmektedir. Halbuki işe başlatılmama fesih tarihi olarak değerlendirilmemiş olsa, işçi işe iade davası açsın ya da açmasın işveren feshinin geçersizliğinin tespitine karar verilsin ya da verilmesin fesih tarihi değişmeyeceğinden, fesih tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi sözü edilen borçları sona erdirebilecektir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işçinin işe başlatılmaması ise sadece "işe başlatılmama" niteliğinde olmakla başlatılmamaya bağlı sonuçlar ortaya çıkacak, bu durumun daha önce ödenen ihbar ve kıdem tazminatına bir etkisi olmayacaktır.

İş sözleşmesi işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar devam ettiği taktirde, işçinin geçersiz sayılan fesih ile işe başlatılmama tarihi arasında bir dönemde yaşlılık aylığı için Kuruma başvurusu ve Kurumca tahsis yapılması halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Şu hale göre kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçinin askerlik borçlanması süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir. Yine aynı durum işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sonucunu doğurur. İşverence daha önce geçersiz sayılan fesihte ihbar tazminatı ödenmiş ya da ihbar öneli kullanılmamışsa mahsubun yapılması gerekip gerekmediği ve ne şekilde yapılacağı sorunu ortaya çıkabilecektir.

Görüldüğü üzere işe başlatılmama tarihinin fesih sayılması ve dört aya kadar olan boşta geçen sürede çalışma olmadığı halde aynı sürenin hizmet süresine eklenmesi, artçı çok sayıda soruna neden olmaktadır.

2- Yıllık İzin Süresine Etkisi

İşe başlatılmamayı fesih sayan görüşler ve uygulamanın bir yansıması olarak, en çok dört aya kadar boşta geçen sürenin izin hakkı yönünden de bir etkisi ortaya çıkabilir. Gerçekten boşta geçen en çok dört aya kadar olan sürenin eklenmesi ile işçinin işe giriş tarihi dikkate alındığında son bir yıllık izin hakkının ortaya çıkması halinde bu ücretin de ödenmesi gerekecektir. İzin ücretinin de son ücretten hesaplanacağı yine yasa hükmüdür²⁹.

İşçinin iş sözleşmesinin işverence feshedildiği tarihte son yıl için çalışmasının sekiz ay olması sebebiyle son yıl iznine hak kazanmadığını düşünelim, mevcut ve katılmadığımız uygulamaya göre dört aylık boşta geçen süre hizmetten sayıldığından işe başlatılmama anına göre son yıl izin hakkı da doğmuş olur.

İşverenin geçersiz sayılan fesihte yıllık izin ücretlerini tam olarak ödemiş ve dört aya kadar boşta geçen süre eklendiğinde artık yıl iznine hak kazanılmadığında dahi, yıllık izin son ücretten ödeneceğinden işe başlatılmama anındaki ücrete göre hesaplama yapılması ve daha önce ödenen yıllık izin ücretinin mahsubu gerekecektir. Bu durum da işvereni yıllık izin ücretlerini ödemekten alıkoyabilmektedir. İlerde açılacak bir davanın sonucuna göre fesih tarihinin değişmesi varsayımına bağlı olarak yıllık izinlerin yeniden hesaplanarak ödenecek oluşu ve daha önce yapılan ödemenin faizsiz olarak mahsup edilmesi şeklindeki uygulamanın belirtilen etkiyi yaratacağı açıktır.

İşe başlatılmamayı fesih sayan uygulama sonucu olarak feshin geçersizliğinin tespiti davası açmış olan işçinin dava devam ederken yıllık izin ücreti talebi yasal değildir. Yıllık izin istekli bir dava açılmışsa işe iade davasının sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁰.

Mevcut uygulamaya göre yıllık izin istekli dava, feshin geçersizliğinin tespitine dair davanın sonucunu beklemekte, şayet feshin geçerli nedene dayanmadığı hükme bağlanırsa yıllık izin davasına devam edilmektedir. Feshin geçerli nedene dayandığı belirlendiğinde ise işçinin yasal süresi içinde başvuruda bulunup bulunmadığı beklenmekte, işçi işe iade için başvurmazsa davaya yine devam edilmektedir.

İşçi işe iade için başvurmuşsa bu defa da işverenin işe başlatıp başlatmayacağı beklenmekte ve işe başlatılırsa yıllık izin istekli dava iş ilişkisi devam ettiği için reddedilmektedir. Bu durumda işçi, yargılama giderleri ve avukatlık ücreti ödeme zorunda kalabilmektedir.

İşveren işçiyi işe başlatmazsa bu durum Yargıtay tarafından fesih olarak değerlendirildiğinden, yıllık izin hakkı bu tarihte doğacağından yine daha önce açılmış olan yıllık izin davasının dava tarihinde feshin gerçekleşmediği gerekçesiyle reddi gerekmektedir.

Yıllık izin istekli davada davacının ıslah yoluyla dava konusu taleplerini artırması ve ıslah tarihinin işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesihten sonraya ait olması halinde ise yıllık izin istekli davanın ıslah edilen bölümü kabul edilebilmektedir.

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi ciddi bir sorun olup iş yargısını birçok yönden olumsuz etkilemektedir. İşveren feshinin her durumda varlığını koruması ve işe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmemesi seçeneğinde ise yıllık izin talebi feshin geçersizliğinin tespiti davasından bağımsız olarak görülebilecektir. Üstelik yıllık izin işverence yapılan fesih tarihindeki süre ve ücret üzerinden belirlenerek ispatla ilgili bir çok sorun da ortadan kalkacaktır.

3- SGK Primi Ödenmesi

Yargıtay'a göre boşta geçen ücret yönünden talep olmasa dahi işe iadenin sonucu olan bu yönden mahkemece resen karar verilmelidir³¹. Öğretide haklı olarak işe başlatmama tazminatı yönünden taleple bağlılık kuralının aranması gerektiği ifade edilmiştir³². İşe iade davasında talep edilmemiş ve mahkemece de bu yönde bir karar verilmemiş olması da sonradan bahsi geçen alacağın istenmesine engel değildir³³.

İşçinin talep etmediği bir konuda karar verilmesi ve bu sürenin fiili hizmet süresine eklenmesi, işverenin aynı süre için SGK primi ödeme yükümünün ortaya çıkmasının temel bir hukuk usulü kuralı olan taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğu düşünülmelidir.

Öğretide işçinin diğer bir işyerinde elde ettiği gelirlerin bu dört aylık ücret ve diğer hak-

lardan indirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁴. Buna karşın işverenin çalıştırmadığı süre için yasa gereği ödenmesi gereken bu ücret ve diğer hakların, işçi başka yerde çalışsın veya çalışmasın işçiye tam olarak ödenmesi gerektiği de belirtilmiştir³⁵. Bu ikinci görüş ağırlık kazanmış ve mahsup yoluna gidilirse, dava sürecinde işçinin çalışma hakkının dolaylı olarak bundan etkilenmiş olacağı belirtilmiştir³⁶. Bizce de, işçinin boşta geçen süre içinde bir başka işyerinde çalışmış ve bu işinden gelir elde etmiş olması, işverenin dört aya kadar ücret ve diğer hakları ile ilgili yükümlülüğünü etkilememelidir.

Dört aya kadar boşta geçen süre ücret ve diğer hakların SGK primine tabi olup olmayacağı tartışılması gerekir. Yasada "ücret" tabiri kullanılmış ise de çalışma karşılığı ödenmediği açıktır. İşçinin boşta kaldığı süre için belli bir ödeme öngörülmüş olmakla, dört aya kadar ücret ve diğer hakların tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80/b. maddesinde sayılan istisnalar arasında boşta geçen süreye ait ücretlerle diğer haklar açıkça sayılmadığına göre sigorta primi ödenmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların istisna kabul edilen ödemelerden herhangi birine benzemediği de açıktır. Bu yüzden sigorta primi ödenmesi gerektiği noktasında kuşku duymamak gerekir. Ancak bu durum dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların niteliği itibarıyla tazminat olduğu görüşümüzü etkilememektedir. Zira 5510 sayılı Yasa'nın 80. maddesinde kazancın niteliğinin alacak veya tazminat olarak ayrımı yapılmış değildir. İstisna kapsamı dışında kalan tazminatlar için de sigorta primi ödenmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, boşta geçen süreye ait olan ve en çok dört aya kadar talep edilebilen bu ücretler için sigorta primi ödenmesi gerektiği Sosyal Sigortalar Kurumu'nun yazısında ifade edilmiştir³⁷. Primlerin ödenme şekliyle ilgili Kurum bir genelge yayımlamış³⁸ ve genelgenin yasa ile bağdaşmayan yönlerinin olduğu haklı olarak öğretide ileri sürülmüştür³⁹.

Anılan Genelgeye göre, mahkeme kararının

İşçiye geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar önelinin geçerliliği tartışmaları, işe başlatmamanın fesih niteliğinde olup olmadığı noktasında son derece belirleyicidir.

temyiz edilmemesi halinde işe iade kararının kesinleştiği, temyiz edildiğinde ve Yargıtay tarafından onandığında onama kararının işverene (veya vekiline) tebliğ edildiği, onama ilamı taraflara tebliğ edilmemişse dosyanın ilk derece mahkemesi kalemine intikal ettiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar prim bildirelerinin verilmesi ve aynı süre içinde ödenmesi gerekmektedir. Aksi halde idari para cezasının uygulanması gündeme gelecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Genelgede Yargıtay'ın onama kararından söz edilmiş ancak yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve Yargıtay tarafından resen hüküm kurulması halinde ne olacağı açıklanmamıştır. Bu durum bir uygulama sorununu gündeme getirebilir.

Genelgede kesinleşen karar üzerine işçinin işe başlamak için başvurusundan hiç söz edilmemesi çok haklı olarak eleştiri konusu olmuştur⁴⁰. Gerçekten en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların doğumu için işçinin başvurusu şarttır. Hakkın doğmadığı ve işverenin henüz ödeme yükümlülüğü olmadığı bir dönem için prim ödeme zorunluluğunun getirilmesi yerinde olmamıştır. Öte yandan işçinin işe iade için başvurmaması da ihtimal dahilindedir. Bu halde esasen prim ödenmesi gerekmektedir.

Yine işçinin işe iade davasının yargılaması sırasında işe alınması halinde Yargıtay tarafından karar verilmesine yer olmadığına dair hükümler kurulmakta ve sadece boşta geçen süreyle ilgili karar verilmektedir. Bu noktada, işe başvuru şartı aranmaksızın boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar doğmak-

tadır. İşçi işe başlatıldığına göre bu tarihten itibaren sigorta prim belgelerinin verilmesi ile ilgili sürenin başlaması gerekir. Kararın kesinleşmesi, tebliği gibi aşamalar çok daha sonra gerçekleşecektir.

İşçinin dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları için yukarıdaki esaslar dahilinde SGK primi ödenmesi gerekmele birlikte, aynı sürenin işçilik hakları hesabında fiili hizmet süresine eklenmesi temel bir sorunu oluşturmaktadır. İşçinin feshin geçersizliği davasının yargılaması sırasında yaşlılık aylığı için tahsis talebinde bulunarak yaşlılık aylığı bağlatması imkan dahilindedir. Çoğu kez uzun süren yargılama aşamasında yeni bir iş bulamamış ya da açmış olduğu dava sebebiyle böyle bir çaba içine girmemiş olan işçinin koşulları mevcutsa emekliliğini talep etmesi, olağan bir durumdur. Ancak yaşlılık aylığının tahsisinin ardından feshin geçersizliğinin tespiti davasının sonucuna göre dört aya kadar süre için ödenmesi gereken ücret ve diğer haklara dair sigorta primi Kuruma ödendiğinde iş ilişkisinin sonlanmadığı şeklindeki bir uygulama ile Kurumca emeklilik işlemi iptal edilmekte ve dört aylık süre hizmet süresinden sayılmaktadır. İşçinin yaşlılık aylığı tahsis kararına göre almış olduğu ödemelerin iadesi istenebilmekte ve dört ayın fiili hizmet süresine eklenmesiyle yeniden tahsis talebinde bulunabileceği bildirilmektedir.

İşçinin boşta geçen süre içinde geçimini temin etmek için başka bir işverene bağlı olarak çalışması halinde, zorunlu olarak sigorta primi ödenmesi gerektiğinden daha sonra dört aya kadar boşta geçen süre için sigorta primi ödenmesi gündeme geldiğinde çakışan sigortalılık durumları ortaya çıkabilecek ve her iki sürenin birlikte sigortalılık süresinden sayılıp sayılamayacağı, sayılamayacaksa çakışan sigortalılıkta tavanı aşan primin kime iade edileceği sorunları ortaya çıkabilecektir.

Uygulamanın ciddi sorunlara yol açtığı açıktır. Dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için yasal zorunluluk sebebiyle sigorta primi ödenmesi gerekse de, sözü edilen prim ödemelerinin ne işçilik ala-

cakları ne de sigortalıkta geçen fiili hizmet süresine etki etmediği görüşündeyiz. Böylelikle emeklilik ve çakışan sigortalılık sorunları ortaya çıkmayacaktır.

4- Geçersiz Sayılan Fesihle Tanınan İhbar Öneli ve İş Arama İzinlerinin Geçerliliği Tartışmaları

İşçiye geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar önelinin geçerliliği tartışmaları, işe başlatmamanın fesih niteliğinde olup olmadığı noktasında son derece belirleyicidir. Gerçekten önel verilerek yapılan fesih geçersiz sayıldığına dahi ihbar öneli sonuç doğurmakta ise iş sözleşmesinin fesih tarihinin mahkeme kararı ile değişmediği kabul edilmelidir.

Mahkemenin feshin geçersizliğinin tespiti-ne dair kararı, işveren feshini ortadan kaldırmakta ise geçersiz bir feshe ilişik ihbar önelinin bir sonuç doğurmaması gerekir. Yine aynı ihbar süresi içinde işçiye verilmiş olan iş arama izinlerinin amaca uygun olarak kullanımını söz konusu olamaz. İşçi fesih bildirimini izleyen bir aylık süre içinde -belki de ihbar öneli bitmeden- işe iade davası açtığına göre asıl amaç eski işine dönmek olmakla, yeni iş ara izni kullanmasına gerek yoktur. Eğer fesih işe başlatmama yoluyla gerçekleşecekse, işçinin, yeni iş arama iznine, işe başlatılması halinde ihtiyacı vardır.

Şu halde geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar öneli bir sonuç doğurmakta ise, bağlı olduğu feshin de varlığı kabul edilmelidir. Bu da işe başlatmamanın fesih olmadığı sonucunu ortaya koyar.

Düşüncemize göre bir yandan geçersizliğin mahkemece tespiti üzerine önceki feshin ortadan kalktığı ve iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş gibi işlem görmesi gerektiği görüşü ile⁴¹ aynı feshe bağlı ihbar önelinin sonuç doğurması gerektiği şeklindeki değerlendirme⁴² birbiriyle çelişir.

Konu Yargıtay tarafından çok kez ele alınmış ve birbirinden farklı şekilde çözüme gidilmiştir. İlk olarak geçersiz sayılan feshe bağlı ihbar önelinin de geçerli olmadığı yönünde karar verilmiş⁴³, ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu

lu direnme kararını, özel daire gerekçesiyle bozmuştur⁴⁴. Karşı oy yazısında ise haklı olarak yasal düzenlemeye dikkat çekilmektedir. Yargıtay'ın sözü edilen kararı, işe başlatmamanın fesih olduğu varsayımından yola çıkıldığında kendi içinde tutarlıdır. Zira iş sözleşmesinin feshi işe başlatmama yoluyla gerçekleştiği kabul edildiğinde, önceki fesih geçersiz olmakla tümünden ortadan kalkıyorsa, aynı feshe bağlı önelin de bir değerinin olmaması gerekir.

Öte yandan varılan sonuç çok açık biçimde yasaya da aykırıdır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise aksi yönde bir karar vermiş, geçersiz sayılan fesihle ihbar öneli tanınan işçi yönünden işe başlatılma anına göre ihbar tazminatı hakkının olmayacağını kabul etmiştir⁴⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2012 yılı sonlarında verdiği kararında önceki görüşünden döndüğünü belirtmiştir⁴⁶. İlgili Dairenin son kararına göre, geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar öneli geçerlidir ve işe başlatılmayan işçiye işe başlatmama tarihine göre ihbar tazminatı ödenmesi gerekmez. Yargıtay'ın sözü edilen karar değişikliği düşüncemize göre yasaya uygun olmakla yerindedir. Ancak iş sözleşmesinin feshinin işe başlatmama yoluyla gerçekleştiği yönündeki uygulama ile açık şekilde çelişmektedir. Bize göre işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı kabulü ile çelişki giderilmiş ve yasaya uygun bir çözüm bulunmuş olur.

Son olarak Yargıtay'ın iş dairelerinin benimsediği çözüm Yasaya uygun olmakla birlikte, işe başlatmama fesih olarak değerlendirilmeye devam ettiği sürece sözü edilen feshe göre ihbar tazminatı ödenmesi gerekip gerekmeyeceği en azından yukarıda C-d bölümünde verilen örnekte olduğu gibi iki haftalık fark ihbar tazminatı ödenmesinin gerekip gerekmediği tartışma konusu olmaya devam edecektir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararına konu örnekte, işveren işçiye fesih tarihinde 42 gün olarak ihbar önelini usulüne uygun şekilde kullandırmış ancak işçinin açtığı davada feshin geçerli nedene dayanmadığı tespit

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi, yaklaşık on yıllık iş güvencesi uygulamasında istikrar kazanmıştır.

olunmuştur. İşçinin yasal süresi içinde başvurusuna rağmen işveren işe başlatmamıştır. Davacı işçi işe başlatmamayı fesih olarak nitelendirerek ihbar tazminatı talep etmiş, mahkemece 14 günlük fark ihbar tazminatına hükmedilmiştir. Yargıtay, ihbar önelinin bölünmezliğine dayanarak, geçersiz sayılan fesih öncesindeki ihbar öneline değer atfetmemiş ve 56 günlük süreye göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının kabulüne karar verilmesi gerektiği yönünden kararı bozmuştur⁴⁷.

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirilmediğinde ise geçersiz fesihle tanınan ihbar öneli sonuç doğuracak ve işverence ikinci kez ihbar tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Yasanın 21/4. maddesindeki düzenleme, işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığını göstermektedir.

Yargıtay iş dairelerinin, daha önceki Hukuk Genel Kurulunun aksine geçersiz sayılan feshe bağlı ihbar önelinin geçerliliği yönünde karar vermeleri yerinde ancak yeterli değildir. İşe iade davasında verilen kararın, bozucu yenilik doğuran bir hakka dayalı olarak gerçekleşen feshi ortadan kaldırmadığı, sadece fesih nedeninin geçerli olmadığı yönünde bir tespit içerdiği, işe başlatmamanın da fesih niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir. Zira aynı iş sözleşmesi iki kez feshedilemez.

E- ÇÖZÜM OLARAK İŞE BAŞLATMAMANIN FESİH OLDUĞU GÖRÜŞÜNÜN TERKEDİLMESİ

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi, yaklaşık on yıllık iş güvencesi uygulamasında istikrar kazanmıştır. Ancak İş Kanunu'nda feshin geçersizliğinin tespiti ne dair verilen kararın önceki feshi ortadan

kaldırdığı yönünde bir düzenleme yer almadığı gibi aynı sonucu doğurabilecek dolaylı bir hüküm de bulunmamaktadır. Aksine 21. madde hükümleri ve özellikle 4. fıkrada geçersiz sayılan feshe yapışik ihbar önelinin geçerli olduğunun kabulü aynı feshin de varlığını sürdürdüğüne işaret etmektedir. Aynı fıkrada, bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde de işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatı ödenmeyeceği açıklanmış olmakla işe başlatmamanın fesih olmadığına işaret edilmiştir.

İşçiye geçersiz sayılan fesihle ihbar öneli verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret ödenmemiş ise işe başlatılmaması halinde "bu süreler için ücret ayrıca ödenir." şeklindeki düzenleme de işe başlatmama anındaki ücret ve süre üzerinden bir ödeme yapılması gerektiği yönünde değerlendirilmemelidir. Geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret ve süreye göre belirlenecek olan bildirim süresi ücretinin ödenmesi öngörülmüştür. Bu durum yasada yer alan "bu süreler için ücret" sözcükleriyle açıklanmıştır. Geçersiz sayılan fesihle ödenmesi gereken bildirim süresi ücreti ne ise işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken tutar da aynı şekilde belirlenmelidir. Aksi halde şu şekilde bir eşitsizlik ortaya çıkacaktır; işverenin işyerinde iki yıl on ay süreyle çalışmış olan iki işçiden birine altı hafta tutarında bildirim süresi tanıyarak fesih yoluna gittiğini, diğer işçiye ise önel tanımadan ve ihbar tazminatı ödenmeden bir fesih yapıldığını varsayalım. Feshin geçersizliğinin tespiti kararı üzerine işe başlatılmayan ilk işçi Yasa ve Yargıtay iş dairelerinin yeni uygulaması gereği ihbar tazminatı alamayacaktır. Diğer işçi ise yine Yargıtay uygulamasına göre işe başlatmama anındaki son ücret üzerinden değişen ihbar öneli dilimine göre sekiz hafta üzerinden ihbar tazminatına hak kazanacaktır.

İşe başlatmamanın fesih niteliğinde olduğu görüşünün terk edilmesiyle yukarıdaki örnekte karşımıza çıkan eşitliğe aykırı durum ortadan kalkacaktır. Geçerli nedene dayanmadığı tespit edilen fesih öncesinde verilmiş olan ihbar öneli geçerli sayılacak ve ihbar

öneli tanınmamış işçi yönünden de aynı tarihteki ücret üzerinden ve altı hafta süre için hesaplanacak olan ihbar tazminatına hak kazanılacaktır.

İşe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığı kabul edildiğinde, işveren çağrısına rağmen işe başlamayan işçi yönünden başvurunun samimi olmadığı şeklinde zorlama yorumlara ihtiyaç kalmayacaktır. Başvuru ve ardından işveren daveti üzerine işe başlamayan işçi, sadece feshin geçersizliğinin tespitine dair haklardan mahrum kalacak ve geçersizliği yönünde tespit kararı olan feshe göre ihbar ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödenecektir. Böylece Yargıtay'ın "samimiyet" yönünden bir değerlendirmeyi içeren çoğunluk görüşü ile çağrıya rağmen başlamayan işçinin kendisinin iş sözleşmesini feshettiği şeklindeki karşı düşünce, tartışma konusu olmaktan çıkacaktır⁴⁸.

İşçinin işe başlatılmaması olgusu üzerine kurguladığımız bu çalışmada işe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığını, her durumda işveren feshinin sonuç doğuracağını açıklamış bulunmaktayız. Bu durumda kurgunun işçinin işe başlatılması ihtimaline göre geliştirilmesi gerekmektedir. İşçinin feshin geçersizliğinin tespiti, başvurusu ve işveren çağrısı üzerine işe başlaması halinde iş ilişkisinin kaldığı yerden devam ettiği kabul edilmelidir. İşçinin işe başlatılmasıyla işveren feshi, işçinin de iradesiyle yani geri alınmış olmaktadır. Bozucu yenilik doğuran irade açıklaması (fesih), mahkemenin tespiti ile değil, tarafların iradesiyle yani işe başlatma suretiyle eylemli olarak ortadan kaldırılmıştır.

İşçi eski işine başlatılmak zorunda olduğundan işveren çalışma koşullarını yeniden belirleyemez. Fesih tarihinde mevcut haklar korunacağı gibi, boşta geçen sürede emsalleri yönünden gerçekleşen tüm haklar işçiye sağlanmalıdır.

Bu noktada işe başlatılan işçi açısından dört aya kadar boşta geçen sürenin, işe başlatılma ile devam eden hizmet süresine eklenip eklenmeyeceği sorunu gündeme gelebilir. Dört aya kadar ücret ve diğer haklarının niteliğinin tazminat olarak değerlendirilmesi

İşveren feshinin sonuç doğurması düşüncesi, işverenin ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi konusunda tereddüdünü ortadan kaldıracaktır.

sonucu olarak bu sürenin, işe başlatılan işçi yönünden de hizmet süresine eklenmemesi gerektiği söylenebilir. Ancak başka bir görüş olarak da 5510 sayılı Yasa gereği sigorta primi ödenen bu sürenin salt işe başlatılan işçiyle sınırlı olmak üzere hizmet süresine eklenmesi gerektiği de ileri sürülebilir. Zira işe başlatılmayan işçi yönünden dört aya kadar sürenin hizmet süresine eklenmemesi şeklindeki görüşümüz, feshi izleyen bir döneme ait olmasından kaynaklanmaktadır. İşçinin işe başlatılması halinde fesih taraflar iradesi ile ortadan kalkmakla, prim ödenmiş olan dört aya kadar sürenin hizmet sürelerine eklenmesi düşüncesi, işe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığı yönündeki görüşümüze aykırılık oluşturmaz.

F- GEÇERSİZ SAYILAN FESHİN SONUÇLARI

a- İhbar ve Kıdem Tazminatlarının Geçersiz Feshe Göre Hesabı

İşçinin işe başlatılmamasının fesih niteliğinde olmadığı görüşü benimsendiği takdirde geçersizliği yönünde bir tespit kararı olsa da bu kararın inşai etkisi olmadığından aynı feshin sonuç doğurduğu kabul edilmelidir. Mahkeme kararı, feshin geçerli nedene dayanmadığını tespit etmesinin dışında bir anlam ifade etmez.

Belirtilen kabul tarzının sonuçları iş güvenliği kurumuna olumlu katkı sağlar. İlk olarak ihbar ve kıdem tazminatları her zaman geçerli nedene dayanmadığı tespit edilen ancak fesih olarak varlığını sürdüren işveren feshine göre hesaplanır. Kıdeme esas süre fesih tarihindeki hizmet süresiyle sınırlı olmalıdır. Aynı tarihteki kıdem tazminatı tavanı hükme esas alınmalıdır.

Tazminata esas ücretin tespitinde, ücretin eki niteliğindeki diğer parasal haklar da fesihden geriye gidildiğinde son bir yıl içinde ödenenlerin 365'e bölünmesi suretiyle belirlenir.

İşveren kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı ödemiş ise daha sonra sözü edilen feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmiş olsa dahi, yapılan ödemeler yeterli sayılır ve ücret artışı, tavan artışı, dört aya kadar sürenin ilavesi gibi nedenlerle fark tazminatlara hak kazanılamaz. Bu durum iş güvencesi uygulaması kapsamında rutin hale gelen yeni bir dava açılması yönündeki eğilimi ortadan kaldırır.

İşveren feshinin sonuç doğurması düşüncesi, işverenin ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi konusunda tereddüdünü ortadan kaldırabilir. Feshin geçerli nedene dayanmadığının tespitine ilişkin dava ne şekilde sonuçlanırsa sonuçlansın fark tazminatlar oluşmayacağından, tazminatların ödenmesi için işe iade davası açma süresinin beklenmesi ya da dava açılmışsa sonucunun beklenmesi uygulamaları sona erer.

Tazminat hesabında fesih tarihindeki son ücret esas alınarak işe başlatılmama tarihindeki ücretin tespiti ile ilgili belirsizlikler ortadan kalkar.

İş güvencesi uygulaması özellikle ihbar ve kıdem tazminatı farklarını hedef alan yapısından uzaklaşır ve gerçek anlamda işe dönmeyi isteyen işçilerin başvuracağı bir yol olarak hak ettiği değerini alır.

Sonradan geçerli nedene dayanmadığı belirlenen fesih sırasında ihbar ve kıdem tazminatları ödenen işçi, ihbar öneli tanınan işçi veya hiçbir ödeme yapılmayan işçi yönlerinden eşitsizlik ortadan kalkar ve her durumda aynı fesih tarihine göre hesaplamaya gidilir. İşe başlatılmayan işçiye de geçersiz sayılan fesih tarihine göre ihbar ve kıdem tazminatları ödenir.

Tek sorun kıdem tazminatı faizi konusunda ortaya çıkabilir. İşe iade davasının sonunda işçinin işe başlatılmaması ile iş ilişkisinin yeniden aynı işverenle kurulamayacağı ortaya çıkmış olmakla işe başlatılmayan işçinin kıdem tazminatı faizine hangi tarihte hak kazanacağı tartışma konusu olabilir. Düşüncemiz işveren geçerli nedene dayanmamış olsa

da ihbar ve kıdem tazminatlarını yasa gereği peşin ödemekle yükümlü olduğundan, açılan feshin geçersizliğinin tespiti davası bu konuda yasal yükümlülüğü etkilememelidir. Başka bir anlatımla işe başlatılmayan işçi yönünden de kıdem tazminatı faiz başlangıcı, geçerli nedene dayanmadığı belirlenen işveren feshi tarihi olmalıdır. Zira işe başlatılmama fesih niteliğinde değildir. İşveren işçiyi işe başlatmış olsaydı kıdem tazminatı ödemesi gerekmecekti. İşe başlatılmayarak daha önce gerçekleşmiş olan fesih tarihine göre kıdem tazminatını ödemek zorundadır. İhbar tazminatı faizi yönünden ise işverenin temerrüde düşürülüp düşürülmediğinin önemi vardır.

Feshe bağlı hakların geçersiz sayılan feshe göre hesabı, işçinin kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin feshin geçersizliğinin tespiti davasından bağımsız olarak davaya konu edilebileceği sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Böylece işçi feshin geçersizliğinin tespiti davasının sonucu beklenmeksizin kıdem ve ihbar tazminatlarını talep edebilir, mahkemelerin de bu hususu bekletici mesele yapmaları gerekmez.

İşçinin işe başlatılması halinde daha önce ödenen ihbar ve kıdem tazminatları, İş Kanunu'nun 21/4. maddesi uyarınca boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan mahsup edilerek işverene iade edilir. Kanımızca ihbar ve kıdem tazminatlarının dava yoluyla ödenmiş olması da bu sonucu değiştirmez.

b- Yıllık İzin Ücretinin Fesih Tarihine Göre Hesabı

İşe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığı görüşü benimsendiğinde, yıllık izin ücreti de geçersizliği tespit edilen fesih tarihine ve aynı tarihteki son ücrete göre hesaplanmalıdır. Esasen işçinin çalışmasının olmadığı dört aya kadar boşa geçen sürenin yıllık izin yönünden çalışılmış süreler eklenmesi yerinde değildir. Yıllık izin yönünden çalışılmış gibi sayılan hallerin düzenlendiği İş Kanunu'nun 55. maddesinde de boşa geçen sürenin yıllık izin hesabında dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür.

Yıllık izin ücretinin fesih tarihine göre belirlenmesi ile işe başlatılmama tarihindeki ücret

tin ispatı ile ilgili sorunlar ortadan kalkar. Dört aya kadar boşa geçen sürenin ilavesiyle artık fark yıllık izin ücreti gündeme gelmez. Hatta işyerinde sadece sekiz ay çalışmış olan işçinin açmış olduğu dava sonucunda feshin geçersizliğinin tespiti halinde dört aylık boşa geçen sürenin ilavesiyle ilk defa yıllık izin hakkının doğumu gibi İş Kanunu'nun 55. maddesine aykırı bir sonuç ortaya çıkmaz.

Yıllık izinleri tam olarak kullandırmamış olan işveren işçinin işe iade davasını açıp açmaya-çağını ve açılmışsa davanın sonucunu beklemeksizin fesih tarihindeki ücrete göre ödemeyi yapmak suretiyle borcunu eda etmiş olabilir.

İşçinin işverence işe başlatılması halinde yıllık izinlerin hesabı bir soru olarak akla gelebilecektir: İşçinin işe iade davası sonrasında işe başlatılması halinde iş ilişkisinin kaldığı yerden devam ettiği kabul edilebilir. Bu halde yıllık izin hesabı da aralıklı çalışma esasına göre belirlenir. İşçinin önceki izinlerinin kullanılması veya fesihte karşılığının ödenmesi halinde, yıllık izne esas toplam çalışma süreleri bakımından tüm hizmetler gözetilse de ancak sonraki çalışmaları için yıllık izin hesabı yapılır. Örneğin beş yıl altı ay çalışmış ve iş sözleşmesi geçerli neden olmaksızın feshedilen bir işçiye fesihte yıllık izin hakları ödenmiş olsun, işe iade davası sonrasında işçi işe başlatılırsa işçinin meslek kıdemi beş yılı aşmakla sonraya ait yıllık izinler yirmi gün üzerinden hesaplanır. Üstelik İş Kanunu'nun 54. maddesi hükmü gereği altı aylık artık süre, yeni hizmetlerine eklenir ve işçi, işe iade sonrasında sadece altı ay çalışmakla yıllık izin hakkını kazanır.

c- Dört Aya Kadar Boşa Geçen Süre Ücretinin Tazminat Olarak Değerlendirilmesi

Boşa geçen süre ücret ve diğer haklarının çalışma karşılığı olmaması ve işçinin boşa geçen süreye ilişkin uğradığı zararın giderimine yönelmiş oluşu sebebiyle tazminat olarak değerlendirilmesi yerinde olur. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı nedene dayanmaksızın işverence feshinde işçiye ödenmesi gereken bakiye süre ücretine benzetilebi-

li ve aynı bakiye süre gibi dört aya kadar boşa geçen süre de hizmet süresine eklenmemelidir. Aksi halde feshin geçersizliğinin tespiti davası her zaman, işçinin fark istekler için yeni taleplerde bulunması amacına hizmet etmiş olur.

d- Fesihte Tanınan İhbar Öneli ve İş Arama İzinlerinin Yasal Geçerliliği

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirilmediğinde, geçerli nedene dayanmadığı saptanan fesihte bildirim süresi tanınmış veya bildirim sürelerine ait ücret peşin ödenmişse işe başlatmama olayına göre ihbar tazminatı ödenmesi gerekmez. Bildirim süresi tanınmışsa verilen iş arama izinleri de geçerliliğini sürdürür. İş arama izinlerinin geçersiz feshi yapılan ihbar öneli içinde kullanıldığı gerekçesiyle geçersiz olduğu ve İş Kanunu'nun 27. maddesine göre zamlı ücretle ödenmesi gerektiği ileri sürülemez. Böylece güncel bir sorun⁴⁹ temelden çözümlenmiş olur ve konuyla ilgili uygulama İş Kanunu'nun 21/4. maddesi hükmüne aykırı olmaktan çıkar.

G- İŞE BAŞLATMAMANIN SONUÇLARI

a- İşe İade Davasında İşe Başlatmama Tazminatının Miktar Olarak Belirlenmesi

Fesih ve işe başlatmamayla ilgili kavramlar yerli yerine oturduktan sonra iş güvencesi uygulamasının gerçek kimliğine bürüneceği düşüncesindeyiz. İşçi işe iadesini talep ediyorsa feshin geçersizliğinin tespiti yönünde davasını açabilecektir. Kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin hakları yönünden ilerde fark isteklerin doğabileceği düşüncesi ile sözü edilen tespit davası açılmayacaktır. Böylece iş davaları sayısında yaklaşık 1/3 oranında azalma yaşanabilecek ve bu durum feshin geçersizliğinin tespiti davalarının yasada yer alan sürelerle yakın bir sürede sonuçlanabilmesine imkan sağlayabilecektir.

Asıl önemli fayda, feshin geçersizliğinin tespitine karar verildiğinde işe başlatmama tazmi-

natının da miktar olarak belirlenmesi ile ortaya çıkacaktır. Fesih tarihindeki ücret üzerinden dört-sekiz aylık süreler için (sendikal nedende bir yıldan az olmamak üzere) hesaplama yapılarak işe başlatmama tazminatının miktarının da belirlenmesiyle İş Kanunu'nun 21/2. maddesindeki emredici kurala uygun bir karar verilmiş olacaktır. Bu yolla işe başlatılmayan işçinin, mahkemenin belirlediği miktarı ilamlı icraya konu edebilmesi bir görüş olarak ileri sürülebilecektir.

Mevcut uygulamada yasaya aykırı şekilde miktar yerine süre olarak yapılan tespitten sonra işe başlatılmayan işçi işe başlatmama tazminatını ya da boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını ilamsız icra takibine konu edebilmektedir. Borçlu işverenin itirazı üzerine açılan itirazın iptali davalarında daha önce ücret miktarı belirlenmemiş olmakla genelde bir miktar sorunu yaşanmakta ve bu nedenle icra inkar tazminatına hükmedilmemektedir⁵⁰.

İşveren de işe başlatmadığı işçiye derhal bir ödeme yapması gerektiğini bildiğinden işe iade yönünde bir karar almasında bu durum etkili olabilecektir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, mahkemenin kararı feshin geçersizliğinin tespiti şeklinde olmalıdır. İşe iade yönünde bir karar verilmemelidir. Gerçekten İş Kanunu'nda işçinin işe iadesi yönünde karar verileceği düzenlenmemiştir. Mahkemece "feshin geçerli nedene dayanmadığının tespitine, kesinleşen kararın işçiye tebliğinden itibaren işçinin on iş günü içinde işe başlamak için başvuruda bulunması halinde işverence bir ay içinde işe başlatılmadığı takdirde ... TL işe başlatmama tazminatının davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine" şeklinde hüküm kurulmalıdır.

Yargıtay 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen hükümler çerçevesinde ilk dönemde verdiği kararlarında da işe başlatmama tazminatının miktarını belirlemiştir. Ancak kısa süre sonra bu uygulamadan vazgeçmiş ve miktar yerine süre olarak belirleme niteliğinde kararlar vermeye başlamıştır⁵¹.

Yargıtay'a göre işe iade davası hukuken tespit niteliğinde olduğu için maktu karar ve ilam harcına tabidir. Öğretide Harçlar Kanunu'nun

15. ve 16. maddeleri çerçevesinde maktu değil nispi harç alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁵².

Yine öğretide haklı olarak feshin geçersizliğinin tespiti davasında, karar ve ilam harcının işe iadenin gerçekleşmeme ihtimaline göre işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen en çok dört aylık süre ücret ve diğer haklar tutarı toplamı üzerinden nispi olarak hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³. Bu durumda harçla ilgili yukarıdaki görüşü paylaşan yazarlar tarafından da, feshin geçersizliğinin tespiti davasında, işe başlatmamanın sonuçlarının miktar olarak hüküm altına alınmasının kabul edildiği izlenimi doğmaktadır.

Yargıtay'ın işe iade kararını bütünüyle tespit hükmü sayan görüşü de öğretide ele alınmış ve eleştirisi konusu olmuştur⁵⁴.

Bize göre davanın tespit hükmü olan kısmı feshin geçersizliğinin belirlendiği bölümdür. İşe başlatmama ihtimaline göre belirlenecek olan işe başlatmama tazminatı ile işçinin başvuru koşuluna bağlı dört aya kadar boşta geçen süre ücretleri yönünde miktar belirtilerek şarta bağlı da olsa tahsil hükmü kurulmalı ve nispi karar ve ilam harcına hükmedilmelidir. İşe başlatmamanın sonuçları yönünden şarta bağlı eda hükmü kurulabilmelidir. Kararın avukatlık ücreti ve yargılama giderleri bölümleri ise tamamen eda hükümleridir⁵⁵. Bu açıdan feshin geçersizliğinin tespiti davası sonuçlarıyla birlikte ele alındığında, tespit, şarta bağlı tahsil ve eda hükümlerini içeren atipik bir dava türüdür.

Öğretide, işe iade davaları bakımından Yargıtay'ın kararlarında geçen feshin geçersizliği, tazminat ve ücret kısımlarının tamamının tespit niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁵⁶. Yargıtay'ın kabul ettiği karar formatına göre başka türlü sonuca varmak da mümkün değildir. Bizim görüşümüz, karar formatının yukarıda açıklandığı şekliyle tümüyle değişmesi ve belli şartlara bağlı tahsil hükmü kurularak, ilamın icraya elverişli hale getirilmesi yönündedir.

Bu bölümde son olarak belirtmek gerekir ki, işe başlatmama tazminatı feshin geçersizliği davasında miktar olarak belirlense de faize dair hüküm kurulmamalıdır. Davanın özelliği gereği hüküm tarihinden itibaren faiz uygulanması da söz konusu olmaz. Zira hüküm işçinin işe

başlatılmaması şartına bağlı olarak kurulmuştur ve bu şart gerçekleşmeden tazminatın tahsil kabiliyeti yoktur. Şartın gerçekleşmesine rağmen ödememe halinde ayrıca temerrüde düşürülmeksizin kesinleşen hükmün bir sonucu olarak yasal faiz uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

b- Dört Aya Kadar Boşta Geçen Süre Ücret ve Diğer Haklarının Hüküm Altına Alınması

Feshin geçerli nedene dayanmadığını tespit eden mahkeme, işe başlatmama halinde ödemesi gereken tazminat miktarını belirledikten sonra kararın kesinleşmesine kadar boşta geçen süreye ait en çok dört ayla sınırlı ücret ve diğer hakları da hüküm altına almalıdır. Hesaplamanın da fesih tarihindeki ücret üzerinden yapılması pratik faydalar sağlayacaktır. Diğer haklar da fesih öncesindeki son ay dikkate alınarak belirlenebilecek bir husustur.

Yargıtay uygulamasına göre boşta geçen en çok dört aya ait ücret ve diğer hakların da miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır⁵⁷.

Oysa Yargıtay 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen hükümler çerçevesinde ilk dönemde verdiği kararlarında boşta geçen süreye ait ücretlerin tahsiline dair kararlar da vermiştir⁵⁸.

Bu konudaki görüşümüz de ikinci bir uyuşmazlığa mahal verilmemek üzere hüküm fıkrasında miktar belirtilmesi şeklindedir. İşçinin boşta geçen süreye ait ücret ve diğer alacaklara hak kazanması, işe iade yönünde yasal süresi içinde işverene başvurmasına bağlı olduğundan, mahkeme kararında "işçinin yasal süresi içinde işe başlama yönünde başvurusu halinde TL boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların davalıdan tahsiliyle davacıya verilmesine" şeklinde karar verilmelidir.

Kararda, faize dair hüküm kurulmamalıdır. İşçinin işe başvurması halinde mahkeme kararında geçen şart gerçekleşmiş olmakla işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesinin gerekmediği, işçinin işe başlamak için başvurduğu tarihten sonrası için faiz istenebileceği kabul edilmelidir. Yine görüşümüz, boşta geçen süre

ücreti ve diğer haklar çalışma karşılığı olmadığından ve işçinin boşta geçirdiği süredeki zararının kısmen giderilmesini hedeflediğinden, tazminat niteliğinde olan bu istek için de yasal faizin yürütülmesi gerektiği şeklindedir. İşçinin en çok dört aya kadar süre içinde başka bir işverene bağlı olarak çalışması karşılığı elde ettiği ücret ve diğer gelirlerin düşülmemesi de tazminat savını güçlendirmektedir.

SONUÇ

Yargıtay'ın 2011 yılı istatistiklerine göre Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne bir önceki yıldan devredilen dosya sayısı 44.049 olup, aynı yıl 55.000 yeni dosya gelmiştir. Bir yıl içinde çözümlü gereken dosya sayısı 99.049 olmuştur. İlgili Daire yıl içinde 17.815 dosyayı incelenmek üzere ilgili Dairelere göndermiş, 32.532 dosya ise karara bağlanmıştır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi yeni kurulmuş olmasına rağmen aynı yıl içinde 18.698 dosya gelmiştir. Her iki Dairenin yıl içindeki toplam iş yükü 117.747 dosya olmuştur⁵⁹.

İş Kanunu'nun 20/3. maddesinde, feshin geçersizliğinin tespiti davalarının iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve Yargıtay'ın bir ay içinde karar vereceği belirtilmektedir. Bu düzenleme, genel olarak çok ağır iş yükü bulunan mahkemeler bakımından gerçekçi değildir⁶⁰.

Yargıtay'ın iş dairelerinin iş yükü 4857 sayılı İş Kanunu'nun özellikle iş güvencesi hükümlerinin uygulanma şeklinden kaynaklanmaktadır.

Feshin geçersizliği davasında işe iadeye karar verilmekle birlikte, işe başlatmama tazminatının miktar olarak belirlenmemesi ve boşta geçen en çok dört aya kadar isteklerle ilgili olarak tahsil hükmü kurulmaması, uyuşmazlığı başka bir yargılamaya ötelemektedir. İşe iade davasının bir an önce sonuçlanması gerektiği açıktır. İşe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait hakların belirlenmesinin davayı uzatan bir etkisinin olacağı ileri sürülebilirse de, işçinin başvurusunun veya işverenin işe başlatmamasının sonuçları hükme bağlanmamakla ilamın infaz yönü eksik kalmaktadır. İşçinin işe başlatılmaması halinde başlatmamanın sonuçlarının veya boşta geçen süreye ait ücretlerin yeni bir dava ile talep edilmesi gerekliliğinin, hak sahibi ko-

numundaki işçiye açıklanması zor bir durumdur. Feshin geçersizliğinin tespiti davasında verilen ilamın infaz yönünün eksik oluşu da yargıya duyulan güveni zedelemektedir.

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirildiği uygulamanın, dava sayısının artmasında etkisi vardır. Geçerli nedene dayanmadığı tespit edilen fesihte işverence yapılan ödemeler hiçbir zaman borcu sona erdirmemekte, işçi işe başlatılmadığında, işe başlatmama tarihine ve bu tarihteki ücrete göre her zaman fark tazminat ya da işçilik alacakları talebi gündeme gelmektedir.

İş güvencesi hükümleri yönünden yasa değişikliği ihtiyacı hissedilse de, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde dahi, öğretinin olumlu katkısı ve Yargıtay'ın birkaç konuda yapabileceği içtihat değişiklikleriyle iş güvencesine ciddi bir ivme kazandırılabilir ve iş yargısını detaylara boğan ve gereksiz davalara neden olan yaklaşımlardan sıyrılabilir. Ortaya çıkabilecek sonuçlar işçi ve işveren yararına olacağı gibi iş yargısının yoğun iş yüküne de olumlu yönde katkı sağlayacaktır.

Yargıtay iş dairelerinin her ikisinin de geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelini geçerli saymaları ve işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatı verilmeyeceğini kabul etmeleri⁶¹ ve yasal zemine dayanan bu görüşün öğretide kabul görmesi⁶², işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı yönündeki düşüncemizi dolaylı olarak destekler mahiyettedir.

Özellikle Yargıtay'ın son kararında⁶³, "...Fesih geçerli nedenden yoksun olsa ve 20. maddedeki dava neticesinde bu yön tespit edilse dahi hüküm, çözülen iş ilişkisinin fiilen yeniden sürmesini gerçekleştirmeye yeterli değildir. Belirleyici olan işçinin süresi içinde başvurusunun ardından işverenin "azamî" 1 ay içinde nasıl bir tutum sergileyeceğidir..." şeklinde ifadeler yer vermesi, yukarıda açıkladığımız görüşümüz doğrultusunda değişim umudu vermektedir. Kararda mahkemenin verdiği tespit kararının feshi ortadan kaldırmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Yine Yargıtay'ın 2013 yılında verdiği onama kararı ile de geçersiz sayılan fesihte veri-

len ihbar önelinin, dört aya kadar boşta geçen sürenin ilavesiyle artması halinde, artan kısım itibarıyla ihbar tazminatı istenemeyeceği kabul edilmiştir⁶⁴.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Yargıtay HGK. 17.06.2009 gün, 2009/9-232 E. 2009/278 K. karşı oy yazısı, karar için bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009, s. 248.
- 2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 529.
- 3 Esener, Turhan: İş Hukuku Bası 3. Ankara 1978, s. 223; Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Aktinin Feshi, İstanbul 1955, s. 172; Süzek, Sarper: İş Aktini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s. 106.
- 4 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25. bası, İstanbul 2012, s. 199.
- 5 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 529.; Yenilik doğuran haklar ve fesih konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 232 ve 381 vd.
- 6 Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklilikleriyle Feshi, İstanbul 2003, s. 10.
- 7 Saymen, Ferit, H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 570; ve aynı yönde Tunçomağ, Kenan: Türk İş Hukuku, İstanbul 1971, s. 439.
- 8 Yargıtay 9. HGK, 23.12.2009 gün, 2009/9-256 E, 2009/583 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011, s. 380.
- 9 Yargıtay 9. HD. 07.02.2005 gün, 2005/1606 E, 2005/3297 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006; Yargıtay 9. HD. 03.06.2004 gün, 2004/1531 E, 2004/13357 K. Bkz. Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 1277; Yargıtay 9. HD. 24.12.2010 gün 2009/43415 E, 2010/40486 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011, s. 366.
- 10 İş K. m 21/5.
- 11 Bkz. Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 392 vd.
- 12 Yargıtay 9. HD. 10.10.2005 gün, 2005/2277 E, 2005/32778 K. Bkz. Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. Cilt, s. 1476.
- 13 İş K m. 17.
- 14 İşe başlatmamanın fesih olduğu yönündeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 655 vd.
- 15 Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 483.
- 16 Mahkemece verilen feshin geçersizliğine dair kararın önceki feshi ortadan kaldırdığı görüşü için bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011, s. 930 vd.

- 17 Yılmaz, Ejder: İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil Haziran 2009, Sayı 14, s. 130.
- 18 Yargıtay 22. HD. 30.04.2012 gün, 2011/4289 E, 2012/8251 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 426 vd.
- 19 Yargıtay 9. HD. 12.04.2005 gün, 2004/18066 E, 2005/12952 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. Cilt, s. 1501.
- 20 Yargıtay 9. HD. 11.07.2005 gün, 2005/20810 E, 2005/24800 K. Karar ve inceleme için bkz. Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Eylül 2006, Sayı 3, s. 103 vd.
- 21 Yargıtay 9. HD. 01.12.2005 gün, 2005/10324 E, 2005/37706 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 1010.
- 22 Yargıtay 9. HD. 02.07.2012 gün, 2010/18004 E, 2012/25532 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 974 vd.
- 23 Bkz. Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011, s. 1284.
- 24 Bkz. Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011, s. 1018.
- 25 Yargıtay 22. HD. 30.04.2012 gün, 2011/14289 E, 2012/8251 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 426 vd.
- 26 Yargıtay 9. HD. 30.01.2006 gün, 2005/38852 E, 2006/1802 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 900 vd.
- 27 Bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 658.
- 28 Yargıtay 9. HD. 02.05.2012 gün, 2012/13655 E, 2012/15216 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 419 vd.
- 29 İş K. m. 59.
- 30 Yargıtay 9. HD. 10.12.2005 gün, 2004/29557 E., 2005/109 K.
- 31 Yargıtay 9. HD., 30.05.2005 gün, 2005/16342 E., 2005/19713 K. "...Ayrıca işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücreti talep olmasa da resen dikkate alınmalıdır."
- 32 Ekmekçi, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal, İHSGHD Ocak-Mart 2004, s. 178.
- 33 Yargıtay 9. HD. 02.05.2005 gün, 2004/20805 E., 2005/15386 K. "...İşe iade davasında talep edilmediği için belirlenmeyen, çalışılmayan dört aya kadar ücret ve diğer hakların dava veya icra takibi yoluyla "ilamsız takip" davalıdan talep edilmesi mümkündür. Bu davanın açılması bir aylık hak düşürücü süreye tabi değildir."
- 34 Ekmekçi, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal, İHSGHD Ocak-Mart 2004, s. 179.
- 35 Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004. s. 142.
- 36 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 662.
- 37 Kamu-İş Bilgi Bülteni, yıl 7 sayı 49, sayfa 2'de bulunan anılan Kurum yazısı.
- 38 SSK Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü Sigorta Primleri Dairesi Başkanlığı 4.3.2004 gün ve 16-330 sayılı Genelgesi.
- 39 Ekmekçi, Ömer: S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararları İçin Prim Belgeleri Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İSGHD, sayı 7, s. 966-972.
- 40 Ekmekçi, Ömer: S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararları İçin Prim Belgeleri Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İSGHD, sayı 7, s. 968.
- 41 Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011, s. 936.
- 42 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 656 vd.
- 43 Yargıtay 9. HD. 04.02.2009 gün, 2007/36071 E, 2009/1496 K.
- 44 Yargıtay HGK. 23.12.2009 gün, 2009/9-526 E, 2009/583 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011, s. 379 vd.
- 45 Yargıtay 22. HD. 14.05.2012 gün, 2012/6929 E, 2012/9822 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 280 vd.
- 46 Yargıtay 9. HD. 24.12.2012 gün, 2012/5080 E, 2012/43839 K. "...Fesih geçerli nedenden yoksun olsa ve 20. maddede ki dava neticesinde bu yön tespit edilse dahi hüküm, çözülen iş ilişkisinin fiilen yeniden sürmesini gerçekleştirmeye yeterli değildir. ...Dairemizce yukarıda 2 numaralı bentte açıklandığı somut uyuşmazlıkta, geçersizliğine karar verilen fesihle verilen önelin yasanın açık hükmü karşısında usulüne uygun olduğu kabul edilmiştir."
- 47 Yargıtay 9. HD. 17.06.2008 gün, 2008/12025 E, 2008/16090 K. Bkz. Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011, s. 1284.
- 48 Yargıtay 9. HD. 11.07.2005 gün, 2005/20810 E, 2005/24800 K. Karar ve eleştirisi için bkz. Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Eylül 2006, Sayı 3, s. 103 vd.
- 49 Bkz. Yukarıda D-c-4 bölümündeki açıklamalar.
- 50 Yargıtay 9. HD. 19.04.2010 gün, 2008/24821 E, 2010/11311 K.; Yargıtay 9. HD. 21.10.2010 gün, 2010/27791 E, 2010/29938 K. Bkz. Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011, s. 1314 vd.
- 51 Yargıtay 9. HD. 30.10.2003 gün, 2003/18346 E, 2003/18347 K.; Yargıtay 9. HD. 13.11.2003 gün, 2003/17457 E, 2003/19298 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 986 vd.
- 52 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Aralık 2006, Sayı 4, s. 24.
- 53 Özekes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş

Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İstanbul 2005, 131-170.; Aynı yönde, Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 239.

- 54 Özekes, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, Sicil Aralık 2006, s. 33 vd.
- 55 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil Mart 2010, Sayı 17, S. 51.
- 56 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil Mart 2010, Sayı 17, S. 50.
- 57 Yargıtay 22.HD 14.06.2012 gün, 2012/1443 E, 2012/13542 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 421 vd.
- 58 Yargıtay 9. HD. 30.10.2003 gün, 2003/18346 E, 2003/18347 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 988 vd.
- 59 Canbolat, Talat: Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, yayımlanmamış tebliğ.
- 60 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Aralık 2006, Sayı 4, s. 26.
- 61 Yargıtay 22. HD. 14.05.2012 gün, 2012/6929 E, 2012/9822 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 280 vd.; Yargıtay 9. HD. 24.12.2012 gün, 2012/5080 E, 2012/43839 K. kişisel arşiv.
- 62 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 657.
- 63 Yargıtay 9. HD. 24.12.2012 gün, 2012/5080 E, 2012/43839 K.
- 64 Yargıtay 9. HD. 14.01.2013 gün, 2012/39270 E, 2013/26202 K. Onama kararı, Kırıkkale 2. İş Mahkemesinin 01.11.2012 gün ve 2012/742 E, 2012/257 K. "...Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanunu'nun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeliği kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp, işçiyi 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 ise başlatılmayan davacıya İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddine karar vermek gerekmiştir."

KAYNAKLAR

- Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Eylül 2006, Sayı 3.
- Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
- Canbolat, Talat: Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2011

Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, yayımlanmamış tebliğ.

- Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25. bası, İstanbul 2012.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 1., 2. Cilt.
- Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012.
- Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011.
- Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009.
- Ekmekçi, Ömer: S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararları İçin Prim Belgeleri Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İSGHD, sayı 7.
- Ekmekçi, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal, İHSGHD Ocak-Mart 2004.
- Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklilikleriyle Feshi, İstanbul 2003.
- Esener, Turhan: İş Hukuku 3. Bası, Ankara 1978.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004.
- Kamu-İş Bilgi Bülteni, yıl 7 sayı 49, sayfa 2'de bulunan anılan Kurum yazısı.
- Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011.
- Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Aktinin Feshi, İstanbul 1955.
- Özekes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İstanbul 2005.
- Özekes, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, Sicil Aralık 2006.
- Saymen, Ferit, H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SSK Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü Sigorta Primleri Dairesi Başkanlığı 4.3.2004 gün ve 16-330 sayılı Genelgesi.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012.
- Süzek, Sarper: İş Aktini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976.
- Tunçomağ, Kenan: Türk İş Hukuku, İstanbul 1971.
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil Haziran 2009, Sayı 14.
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Aralık 2006, Sayı 4.
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil Mart 2010, Sayı 17.