

Doç. Dr. Murat ŞEN

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Geçersiz Fesihle İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılması

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No : 2009/9-526
Karar No : 2009/583
Tarihi : 23.12.2009

Taraflar arasındaki “İşçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 6. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.06.2007 gün ve 2006/922 E., 2007/314 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 04.02.2009 gün ve 2007/36071 E., 2009/1496 K. sayılı ilamı ile; (...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin iş sözleşmesi 31.12.2005 tarihinde feshedilmiş ve süresi içinde feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye dair dava açılmıştır. Kesinleşen işe iade kararı üzerine davacı işçi usulüne uygun olarak işe başlama yönünde talepte bulunmuş, işverence süresi içinde işe başlatılmamıştır.

Davacı işçi açmış olduğu bu davada ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle fesih gerçekleştirildiği gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir.

Kararı bu yönden davacı taraf temyiz etmiştir.

İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz. İşçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama

tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesih kullandırılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir.

Kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin işe başlatılmış olması halinde iş ilişkisi feshedilmemiş gibi değerlendirileceğinden daha önce ödenen ihbar tazminatı konusuz kalmış olur ve işçinin bir alacağından mahsubu gerekir. 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 4.fıkrasında sözü edilen mahsup veya iade yükümü de feshin geçersiz sayılmasına bağlı olarak ortadan kalkmasının bir sonucudur.

İşçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde de önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak değerlendirilmektedir. Dairemizin bu yönde kararları istikrar kazanmıştır (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K). Bu durumda yine işçiye geçersiz sayılan fesih sebebiyle ödenen ihbar tazminatı konusuz kalmış olur. O halde işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatı tutarı, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmelidir.

Geçersiz sayılan fesih öncesinde usulüne uygun bildirim yapılarak işçiye ihbar öneli kullandırılmış olması halinde ihbar tazminatının ödenmediği açıktır, bundan başka işçi ihbar öneli içinde işverene olan iş görme edimini yerine getirmiş ve bunun karşılığı olarak ücrete hak kazanmıştır. İhbar öneli içinde işçi ve işveren karşılıklı edimlerini yerine getirmiş olmakla sözü edilen ihbar önelinin daha sonra doğan (olan) bir işçilik alacağın-

dan mahsup edilmesi ya da alacağı ortadan kaldırması düşünülemez. Aynı şekilde geçersiz sayılan fesih öncesinde yapılan bildirimde göre kullandırılan ihbar öneli içinde iş arama izinlerinin verilmemiş olması, işçiye 4857 sayılı İş Kanununun 27. maddesi hükmüne göre zamlı ücret ödeme hakkını tanımaz.

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrasında “işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir” hükmüne yer verilmiş olup, anılan kurala göre de geçersiz sayılan fesih öncesinde verilen bildirim önelinin geçerliliğini koruduğu sonucuna varılması doğru olmaz. Düzenleme, açık biçimde “bildirim süresi verilmemiş” olma halini ele almış olup, böyle bir durumda işçinin işe başlatılmadığı tarihe göre ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği tartışmasızdır. Anılan maddede de bu husus düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde “bildirim süresi verilmişse” işe başlatmama tarihine göre ihbar tazminatı ödeme yükümünün olmadığı düzenlenmiş değildir. İlgili hükmün karşıt anlamından yola çıkılarak, geçersiz sayılan fesihler öncesinde bildirim süresi verildiği hallerde sözü edilen ihbar önelinin geçerliliğini koruduğu şeklinde bir yorum İş Hukukunun kurallarına uygun düşmemektedir. Gerçekten fesih geçersiz sayılarak ortadan kalktığına göre, daha önce tanınmış olan ihbar öneli de bir anlam ifade etmez.

Öte yandan, işe başlatılmayan işçi yönünden 4 aya kadar boşta geçen sürenin hizmet süresine ekleneceği tartışmasızdır. Mahkemece varılan sonucun doğru olduğu kabul edildiği takdirde, boşta geçen süreye ait en çok 4 aylık sürenin ilavesiyle 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde belirlenen ihbar önellerinden bir üst dilime geçilmesi halinde de sorun ortaya çıkar. Geçersiz sayılan fesih öncesinde işçinin hizmet süresine göre 6 haftalık bir ihbar öneli tanındığı bir örnekte, işe başlatmama tarihinde gerçekleşen feshe göre 4 aylık boşta geçen sürenin

de eklenmesiyle 8 haftalık ihbar tazminatı yükümü ortaya çıkabilir. Bu durumda ihbar önelinin bölünmezliği ilkesi de gözetildiğinde, geçersiz sayılan (feshih) öncesinde tanıyan ihbar önelinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Somut olayda işe iade davası sonunda feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye karar verilmiş ve işçi yasal süresi içinde başvurmuş olmakla 31.12.2005 tarihinde gerçekleşen fesih tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmıştır. Davacının iş sözleşmesi işe iade davası sonunda başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş olup anılan tarihe göre davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmelidir. Geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullanılmış olması sebebiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur. İhbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN

Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının ka-

bulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.12.2009 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Olayda tartışmalı olan husus, davalı işverence gerçekleştirilen fesihte, davacı işçiye tanınan ihbar önellerinin yok sayılıp sayılmayacağı yani davacının ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. Gerçekten davalı işveren, dosya içeriğine göre TİS hükümlerinde öngörülen sürelerle uygun bir şekilde yaptığı bildirimle, iş sözleşmesinin sona ereceğini davacı işçiye bildirmiştir.

İhbar tazminatı ödenmesi ile işverenin usule ve yasal esaslara uygun şekilde ihbar öneli tanınması olgularını birbirinden tümüyle soyutlayan sayın çoğunluğun bozma kararına katılamamaktayız. Kararda “..işçiye tanınmış olan ihbar önelinin bir değeri olmaz” sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İş K. 21. maddesinde işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının nasıl bir değeri varsa, işçiye ihbar öneli tanınmasının da bir değeri olduğu açıktır.

Bilindiği gibi İş K. 17. maddesi, işçinin kıdemine göre artan ihbar önellerine uyulmasını, buna aykırılık halinde o süreye ilişkin ücret ve eklerinden ibaret “ihbar tazminatı” ödenmesini öngörmektedir. Bir diğer ifadeyle aslolan işçiye ihbar öneli tanınmasıdır. İşveren ihbar önellerine uymuş, usulsüz bir fesih gerçekleştirilmemişse zaten ihbar tazminatından da söz edilememektedir, İş Kanunu 21. madde, geçerli nedene ya da şekil şartına aykırı feshin sonuçlarını; 17. madde ihbar önellerine aykırılığın sonuçlarını düzenler. Her iki müessesenin ve yaptırımın dayandığı temeller, koruma alanları birbirinden farklıdır ve birbiriyle karıştırılıp iç içe geçemez. Yasa da bu ayrılığın öylesine far-

kindadır ki; geçersiz fesihle işe başlatılmayan işçiye “bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse” bu sürelerle ait ücretin yani ihbar tazminatının ayrıca ödeneceğini düzenlemiştir. Çoğunluğun kabulünün aksine görüşümüz, 21. maddenin 4. fıkrasının son cümlesinin karşıt anlamından yola çıkılarak ulaşılan bir yorum olmayıp, bizatihi hükmün kendisidir. Hüküm, ihbar tazminatının hangi hallerde ayrıca ödeneceğini düzenlemektedir: 1) İşçiye bildirim süresi verilmemişse 2) Bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse. İctihat ise bu haliyle, maddeye ve hükme 3) İşçiye bildirim süresi verilse de ibaresini eklemektedir.

Üstelik, İş K. 21. madde işe başlatıp başlatmama kararı bakımından işverene 1 aylık mehil tanımakta ve 17. madde de ihbar önellerini asgari 2-4-6-8 haftalık sürelerle düzenlemekte iken, çoğunluk görüşüne göre, işverenin işçiye işe başlatmayacağını (örneğin) 8 hafta önceden yahut toplu iş sözleşmesiyle artırılan süreden önce bildirmesi beklenmektedir. Yasadaki süre 1 ay olduğuna göre, işe iade başvurusunun ardından işverenin 8 hafta sonra işe başlatmayacağını bildirmesinden elbette söz edilemeyecektir. Bunun iş güvencesi sistemiyle de, geçersiz feshin sonuçlarıyla da hiçbir mantıki ve hukuki irtibatı yoktur. Böylelikle, geçersiz fesih ise usulsüz fesih sanki birbiriyle aynı kavramlarmış gibi, geçersiz feshin kendiliğinden ve doğrudan doğruya aynı zamanda usulsüz fesih olduğu varsayımına ulaşılmaktadır. Sadece bildirim sürelerine aykırı feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı da hiçbir unsura bakılmaksızın otomatikman hüküm altına alınır hale gelmektedir.

Onama kararında “ihbar önellerinin bölünmezliği prensibinden” hareket etmek mümkün değildir. Öyle ki Yüksek 9.H.D. yerleşik kararlarına göre söz gelimi geçersiz fesih tarihinde hizmet süresine göre 6 haftalık önel üzerinden “ihbar tazminatı ödenen ve işe başlatılmayan” ancak dört aylık

boşta geçen sürenin eklenmesiyle kıdemi üç yılı aşım da 8 haftalık ihbar öneline tabi hale gelen bir işçi bakımından “fark” ihbar tazminatına hak kazanılacağı görüşündedir. O halde bu içtihatlarda da ihbar önellerinin bölündüğü sonucuyla karşılaşıldığından söz konusu ilkenin, fesih usulüne uyulsa da bunun değersiz sayılacağına gerekçe olamayacağı görüşündeyiz.

İş hukukunun genelde işverenin fesih hakkını sınırlayan müesseseleri, özelde süreli feshle ilişkin düzenlemeleri esasen, işçiye daha çok para alacağı sağlamayı değil; iş sözleşmesini olabildiğince ayakta tutmayı, işçi fesihle karşı karşıya gelecekse bunun da usule, yasal esaslara uygun gerçekleşmesini hedefler. Çoğunluk görüşüne göre işverenin 17. maddeye riayet ederek ihbar öneli tanınması hiçbir hukukî değer taşımayacak ve işveren tekrar ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğünde olacaksa, bu sonuç pek çok işvereni geçerli nedene dayanmayan feshin yanında usulsüz feshle de teşvik edebilecektir. İhbar öneli tanınmadığında yeni iş arama izni verilmeyecek İş Kanunu’nun 27. maddesi de hem işlevi hem yaptırımı bakımından etkisizleşecektir. Neticede işçi, ansızın ve hazırlıksız bir biçimde işsiz kalacaktır.

İhbar önellerinin getiriliş amacı bakımından da, hükmün amacı işçinin Yasa’da öngörülen süreler öncesinden artık iş ilişkisinin sona ereceğini bilmesi ve fesihle sonraki sürece hazırlanabilmesidir. İşveren bu esasa ve Yasa’nın öngördüğü usule uyarak işçiye önceden bilgilendirmiştir. Bu feshin geçerli bir nedene dayanmaması yahut 19. maddedeki şekil kurallarına aykırılık içermesi, feshin 17. madde uyarınca usule aykırılığı ile ilgili bir mesele değildir. 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.

İşverence bu yöndeki menfi iradenin açıklanmasının da yine 17. maddedeki usule göre gerçekleştirileceği hakkında Yasa'da hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Esasen 21. maddenin 1. fıkrası ve buradaki "bir aylık mehil" karşısında, yukarıda açıklandığı üzere, böyle bir usulden ve konunun tekrar 17.madde kapsamına çekilmesinden söz edilemeyeceği tabiidir. 17. maddeye aykırılık bulunmadığına göre o maddenin yaptırımını olan ihbar tazminatı yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

21. maddenin 4. fıkrası, işe başlatılmayan işçinin durumunu düzenlerken onun 18. ve 19. maddelere aykırı fesih esnasında aynı zamanda usulsüz, 17.maddeye aykırı bir feshe

de maruz kalmış olabileceği ihtimalini gözeterek, böyle bir "usulsüz fesih yapılmışsa" bunun yaptırımını olan ihbar tazminatının ayrıca ödeneceğine işaret etmiş ve 17. maddeyi tekrarlamıştır. Buna göre 4. fıkranın son cümlesinde öngörülen iki hal mevcut değilse, işe başlatılmayan işçinin tekrar ihbar tazminatı alacağına hak kazanmayacağı, aksi sonucun Yasa'nın 21. maddesine de açıkça aykırı olacağı kanaatiyle yerel mahkeme hükmünün ihbar tazminatı taleplerinin reddi yolundaki direnme kararının onanması gerektiği görüşündeyiz¹.

A. Nesrin Uygur Yeşil
21. HD. Üyesi

Ö. Hicri Tuna
9. HD. Üyesi

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Karara Konu Olay

Karara konu olay, işe iade davasını kazanaarak feshin geçersizliğini tespit ettiren işçinin, işverene başvurmasına rağmen bir aylık süre içinde işe başlatılmaması halinde, işçiye geçersiz kabul edilen fesih nedeniyle bildirim süresi verilmiş ise işe başlatılmama tarihi itibarıyla yeniden ihbar tazminatının ödenmesinin gerekip gerekmediğine ilişkindir.

Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi 31.12.2005 tarihinde feshedilmiş; fesih bildiriminden itibaren bir aylık süre içerisinde davacı, feshin geçersizliğini ve işe iadesini içeren davayı açmıştır. Mahkemece işe iade kararı verilmiş ve davacı işçi de usulüne uygun olarak işe başlama yönünde talepte bulunmuş ancak işveren, başvuru tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde işçiyi işe başlatmamıştır. Bunun üzerine davacı işçi, ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkeme ise daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle fesih gerçekleştirildiği gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğini reddetmiştir. Mahkemenin ret kararı üzerine davacı işçi, kararı bu yönüyle

temyiz etmiş ve uyuşmazlık Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin önüne gelmiştir.

Somut olayda tartışmalı olan husus, davalı işverence gerçekleştirilen fesihte, davacı işçiye tanınan ihbar önellerinin, feshin geçersiz sayılıp işe iade edilmesine rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde yok sayılıp sayılmayacağı, başka bir deyişle, işe başlatılmama halinde davacı işçinin o tarih itibarıyla ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

B. Yerel Mahkemenin Kararı ve Gerekçesi

Yerel Mahkeme (İzmir 6. İş Mahkemesi, 13.06.2007, E. 2006/922, K. 2007/314 sayılı kararı ile), önüne gelen ve feshin geçersizliği ile işe iade istemli davada, işe iade kararının kesinleşmesi ve davacı işçinin usulüne uygun olarak işe başlama yönündeki talebine rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde, davacının ihbar tazminatı isteğini, daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle feshin gerçekleştirilmesi gerekçesiyle reddetmiştir.

Mahkemenin kararı, bu yönüyle davacı işçi tarafından temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir.

C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Kararı ve Gerekçesi

Yüksek Mahkeme, (Y.9.HD., 04.02.2009, E. 2007/36071, K. 2009/1496 sayılı ilamı ile) işçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değerinin olmayacağını karara bağlamış ve işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihinin fesih tarihi olduğuna ve bu tarih itibarıyla ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Temyiz Mahkemesi bu sonuca ulaşırken, yerel mahkeme tarafından geçersiz sayılan fesihle kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisinin düşünülmemeyeceğini; ancak, işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödemenin, işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edileceğini; zira işçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde önceki feshin ortadan kalkıp işe başlatılmadığı tarihin fesih tarihi olduğunun istikrar kazanmış kararı olduğuna vurgu yapmıştır.

Burada yerel mahkeme ile yüksek mahkemenin farklı sonuçlara ulaşmasına neden olan temel sorun, feshin geçersizliği ve işe iade kararı verilmesi halinde, işverene başvuran işçinin bir aylık sürede işe başlatılmaması durumunda, feshin hangi tarihte yapılmış sayılacağı ile mahkemece geçersiz sayılan feshe dayalı olarak yapılan ihbar öneli ve ihbar tazminatı gibi uygulamaların bundan nasıl etkileneceği noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda, işe başlatılmayan işçiye, hangi tarih itibarıyla ihbar tazminatı ödeneceği önem taşımaktadır.

Temyiz mahkemesi, özetle, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmayacağını; işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihinin fesih tarihi olacağını ve belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekeceğini karara bağlamıştır.

D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı ve Gerekçesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını bozmasına rağmen, yerel mahkeme, özel dairesinin bozma kararına direnmiş, bunun üzerine uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve Hukuk Genel Kurulu 9. Hukuk Dairesi'nin kararının gerekçelerini yeterli ve tatmin edici bularak oyçokluğu ile yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Hukuk Genel Kurulu'nun oyçokluğu ile aldığı bu karara katılmayan üyeler, karşı oy yazılarında, özetle, ihbar tazminatı ödenmesi ile işverenin usule ve yasal esaslara uygun şekilde ihbar öneli tanınması olgularını birbirinden tüümüyle soyutlayan çoğunluğun bozma kararına katılmadıklarını; geçersiz feshin sonuçlarında nasıl ki işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının bir değeri varsa, aynı şekilde işçiye ihbar öneli tanınmasının da bir değerinin olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Karşı oy yazılarında özellikle, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrasının "İşçiye bildirim süresi verilmemişse" ve "Bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse" bu sürelerle ait ücretin ayrıca ödenmesi gerektiğinin açıkça belirtildiği üzerinde durulup bunun yorum değil hükmün kendisi olduğu vurgulanmış; 9. Hukuk Dairesinin içtihadının ise yorum ile açık hükme (İş K.m. 21/4'e) "İşçiye bildirim süresi verilse de" ibaresinin eklendiği vurgulanmıştır.

Bunun yanı sıra, iş hukukunun amacının işçiye daha çok para alacağı sağlamak değil, iş sözleşmesini olabildiğince ayakta tutmak olmasından hareket edildiğinde çoğunluk görüşünün işverenin usulsüz feshini teşvik ettiği ileri sürülmüş; işverence en geç 1 ay içinde işe başlatılmaması halindeki tutumun 17. maddedeki usule göre gerçekleştirileceği hakkında Yasa'da hiçbir hüküm bulunmadığı vurgulanmış ve dolayısıyla işe başlatmama iradesinin yeni bir süreli fesih olmadığı belirtilmiş ve işe başlatılmayan işçiye yeniden bir ihbar tazminatı ödenmesine gerek olmadığına vurgu yapılmıştır.

E. Geçersiz Sebep ve Feshin Geçersizliği Kavramları

4857 sayılı İş Kanunu'nun "feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlıklı 18. maddesinde, (iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin) işverence yapılacak süreli fesihlerinin geçerli bir nedene dayandırılması zorunluluğu öngörülmüş; işverenin bildirimli olarak iş sözleşmesini feshetmek istemesi halinde, işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerektiği vurgulanmış ve geçerli bir fesih sebebi oluşturmayan nedenler de 158 sayılı Sözleşme'ye paralel olarak (m.5-6) ayrıntılı olarak sayılmıştır. Söz konusu hükümde, geçerli sebep kavramına yer verilmiş; 19. maddede "sözleşmenin feshinde usul" ele alınmış, 20. maddede ise "fesih bildirimine itiraz ve usulü" düzenlenmiştir. 21. maddede ise "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları"na yer verilmiştir.

İş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin geçersizliği değerlendirilirken, sözleşmenin geçersizliğine yol açan haller ile feshin geçersizliği birbirinden ayırt edilmeli, İş K. m.18 çerçevesinde geçerli sebebe dayanılmaması ve 19. maddedeki fesih usulüne uyulmaması halinde feshin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmalıdır². Dolayısıyla, fesih bildiriminde sözleşmenin feshine yol açan geçerli bir sebebin bulunmaması, bildirilen sebebin açık ve kesin şekilde belirtilmemesi veya gösterilen sebebin ispatlanamaması ya da feshin geçerli olarak sonuç doğurabilmesi için uyulması gereken usule uyulmaması (fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılmaması, işçinin davranışına veya verimsizliğine ilişkin sebeplerle fesih halinde işçinin savunmasının alınmaması ya da feshin son çare olarak bakılmamış olması) feshin geçersizliğine yol açan durumlar olarak görünmektedir.

İş Kanunu'nun 21. maddesinde geçersiz feshin sonuçları "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren,

işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

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

Söz konusu hükümde feshin geçersizliği, geçerli bir fesih sebebinin olmamasına dayandırılmış ise de, yukarıda sözü edildiği üzere, İş K. m.19 ile getirilen fesih usulüne aykırılık ile iş güvencesine hakim olan bir takım ilkelere uyulmadan yapılan fesih halinde de geçersiz fesihten söz edilir.

Bu çerçevede, iş güvencesi kapsamında olup da iş sözleşmesi geçersiz nedenle feshedilen işçinin, feshin geçersizliği ve işe iade isteğiyle açtığı davada mahkeme feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermiş ise, işçinin kararın tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvurusu; işverenin de en geç bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmak zorunluluğu getirilmiştir. Mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesine rağmen işçinin on işgünü içerisinde işverene

başvurmaması halinde ise işverence yapılmış fesih geçerli bir fesih sayılmıştır. Süresi içerisinde işverene başvuru yapılmasına rağmen işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması halinde ise, işverenin işe başlatma yükümlülüğü tazminat yükümlülüğüne dönüşmekte ve işverenin işçiye en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

Burada, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde işverene, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunluluğu getirilmekte ancak bu zorunluluğa uymayanlara hakim tarafından en az dört ve en çok sekiz aylık ücret tutarında olacak miktarda tazminat yaptırımı öngörülmektedir. Bu nedenle, madde ile öngörülen yaptırımın tam bir geçersizlik yaptırımı olmadığı sonucuna da ulaşılmaktadır. Çünkü geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan fesih bildirimini geçersiz sayılır ve bozucu yenilik doğuran hak, iş sözleşmesi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez, iş ilişkisi taraflar arasında baştan itibaren aynen devam eder; dolayısıyla da işveren işçiyi işe almak ve boşta geçen sürelerle ilişkin tüm ücretini ve diğer haklarını ödemek durumundadır. Başka bir anlatımla, genel hükümlere uygun bir geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan fesih (yani bozucu yenilik doğuran hak), iş ilişkisi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı için, geçersizlik kararının kesinleşmesiyle birlikte iş ilişkisi, işçinin başvurması, işverenin işçiyi işe alması ve boşta geçen sürenin bir kısmının ücretinin ödenmesi gibi hiçbir şarta bağlı tutulmaksızın, aynen devam eder.

Oysa ki, İş K. m.21 ile getirilen geçersizlik yaptırımı, işçinin on işgünü içinde işverene başvuruda bulunması, işverenin de derhal değil bir ay içinde başlatması, başlatıp başlatmama konusunda seçim hakkına sahip olması ve başlatmadığı takdirde tazminat yaptırımı uygulanması, yargının karar vermesiyle birlikte hemen devreye girmemesi gibi özellikler taşıyan ve bu gibi yönlerle genel hükümlere uygun geçersizlik yaptırımı ile örtüşmeyen kendine özgü bir geçersizlik yaptırımıdır³.

Ancak belirtelim ki, kendine özgü bir takım özellikleri bulunsa da “feshin geçersizliği” kav-

ramı ile, işveren tarafından yapılan fesih bir sonuç doğurmamakta, işverenin fesih işlemi mahkeme kararı ile geçersiz kabul edilmektedir.

F. Geçersiz Feshin Sonuçları

Mahkeme feshin geçersizliğini başka bir deyişle geçerli usul ve nedene dayanmadan bir fesih gerçekleştirildiğini tespit ettiğinde, işe iadeye karar verir. Dolayısıyla geçersiz feshin ilk sonucu işe iadeye karar verilmesidir⁴. İkinci sonuç ise, işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin ödenmesi yani çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücret ve diğer haklarının sağlanmasıdır. Bu sonuçları ayrı başlıklar altında ele almakta yarar vardır.

1. İşe İade Kararı

Geçersiz feshin ilk sonucu işe iadeye karar verilmesidir. İşe iade edilen işçinin, bir ay içinde işveren tarafından işe başlatılması gerekir. Bu karar, işverene seçimlik bir hak olarak iki yönde yükümlülük getiren bir sonuç doğurmaktadır⁵. Bunlar, işçinin işverene başvurusundan itibaren bir aylık süre içinde işe başlatılması, işe başlatılmadığı takdirde tazminat ödenmesidir. Belirtelim ki, mahkemenin işe iade ve tazminattan birini seçme, iadeyi uygulanabilir nitelikte görmeyerek sadece tazminata hükmetme yetkisi yoktur⁶.

a. İşçinin İşe Başlatılması

Geçersiz fesihte işverenin birinci tercihi, süresi içinde (yani mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde) işverene başvuran işçiyi bir ay içinde işe başlatmasıdır⁷. İşçinin işe iadesine dair kesinleşen mahkeme kararının ilamlı icra yoluyla uygulamaya koyulması mümkün değildir. Böyle bir mahkeme kararını alan işçi, on işgünü içerisinde işverene müracaat etmelidir⁸. İşveren işe başlatacağı işçiyi eski işinde ve aynı koşullarla çalıştırmak zorundadır⁹. İşçinin işverence işe başlatıldığından söz edebilmek için işe başlatmanın şarta bağlanmaması da gerekir¹⁰.

Bu takdirde mahkemece feshin geçersizliğine hükmedildiği için iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmemiş kabul edilmekte ve buna göre hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

b. İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Tazminat Ödenmesi

İşverenin ikinci tercihi ise, işçiyi işe başlatmaması halinde söz konusu olan bir tazminat ödeme yükümlülüğüdür. “İşe başlatmama tazminatı” veya “iş güvencesi tazminatı” adı da verilen bu tazminat, işçinin “en az dört ay en çok sekiz aylık ücreti tutarında” olup, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararında kesin miktarı süre olarak belirtilen bir tazminattır (İş K. m. 21/I,II). Belirtelim ki, sendikal sebeplerle iş sözleşmesinin feshi halinde ise işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir (Sen. K.m.31/VI).

İşçiye işsizlik sebebiyle verilen ve Gelir Vergisi Kanunu çerçevesinde vergiden istisna tutulan bu tazminat¹¹, işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadarki son çıplak ücreti dikkate alınarak hesaplanır¹².

Bu tazminat işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesinin bir sonucu olduğundan mahkemenin iş güvencesi tazminatına hükmedebilmesi için işçinin ayrıca bu tazminatı talep etmiş olması da gerekmez; işçinin işe iadeyi istemiş olması yeterlidir¹³. Diğer taraftan hakim, iş güvencesi tazminatını miktar (rakamsal) olarak değil de süre (ay) olarak belirlerken, işçinin işyerindeki kıdemini, işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığını, gerektiğinde fesih nedenini ve şeklini de bir ölçüt olarak dikkate alır¹⁴. Bu husus maddenin gerekçesinde, “Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, en az dört aylık ve en çok bir sekiz aylık ücret tutarında olmak üzere, mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir.”¹⁵ sözcükleriyle ifade edilmektedir.

İşe başlatmama tazminatı, işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin on işgünlük süre içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde de işe başlatılmaması halinde muaccel olur. Başka bir anlatımla, işe başlatmama tazminatı işçinin iş sözleşmesinin geçerli bir nedenle feshedilmemiş olmasının değil, işçinin işe başlatılmamış olmasının bir yaptırımını olduğu için, geçersiz fesih tarihi itibariyle değil, en erken, işverenin, işe iade kararı verilen işçiyi süresi içinde işe almadığı tarih itibariyle doğar

ve talep edilebilir hale gelir. Bu itibarla anılan tazminata fesih veya dava tarihinden veya hüküm tarihinden itibaren faiz yürütülmesi mümkün değildir, muaccel olduğu andan itibaren faiz yürütülmesi gerekir¹⁶.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken ve Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesi’nin yerleşik içtihadı olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda oyçokluğu ile yerel mahkemenin direnme kararının bozulmasına neden olan husus, özü itibariyle, tazminat ödeme yükümlülüğünün tercih edilmesi halinde, iş sözleşmesinin hangi tarih itibariyle sona erdiğinin kabul edileceği ve önceki geçersiz feshi dayalı işlemlerin sonucunun ne olacağı ile ilgilidir.

Kanaatimize¹⁷, öğretilerdeki baskın görüşe¹⁸ ve Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına¹⁹ göre, işverence işe başlatmama tazminatının ödenmesi tercihi yapıldığında, işverenin önceki feshi geçersiz sayıldığı için devam eden iş sözleşmesi, işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik davranış veya irade açıklamasıyla feshedilmiş olur²⁰. İşveren tarafından yapılmış olan bu yeni fesih de bir süreli fesihtir; işçiye ihbar öneli tanınmadığı veya bildirim süresine ilişkin ücreti peşin verilmediği için usulsüz fesih kabul edilir. Ancak bu yeni feshin geçerli olup olmadığı tartışılmaz ve geçersizliği de talep edilemez²¹. Dolayısıyla işveren, işçiyi işe başlatmamakla yeni bir fesih yapmış olduğu için bu feshin hukuki sonuçlarından doğan tazminatları da işçiye ödemek zorundadır. İşçiye bu tarih itibariyle bildirim süresi verilmemiş olduğu için ihbar tazminatına ve yine bu tarih dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatına ilişkin ödenimin yapılması gerekecektir. Şayet geçersiz fesih tarihi itibariyle ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş ise, sözleşme işçinin işverence işe başlatılmadığı tarihte sona erdiği ve bu arada sözleşme devam ettiği için, geçersiz fesih tarihi ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen süreye ilişkin fark da ödenmelidir²². İşçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanınmış ise, bu takdirde bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığından, işçi, önel içinde işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu mümkün olamayacaktır. Yargıtay’ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir²³.

Fakat İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "...İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir." şeklindeki hüküm farklı bir anlam taşımakta ve işçiye geçersiz kabul edilen feshe dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı yükümlülüğünün bulunmayacağı hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Söz konusu hükme ilişkin gerekçede de "Ancak, bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı işçiye peşin ödenmişse, bu tutar yapılacak ödemeden düşülecek; buna karşılık, peşin ödeme yapılmamış ve de bildirim süresi verilmemiş ise, bu süreler için ücret tutarı işçiye ayrıca ödenecektir." denilerek, mahkemece geçersiz kabul edilen fesih sonucunda işçiye bildirim süresinin verilmesi veya peşin ödeme yapılması ile bu borcun sona ereceğine işaret edilmiştir. Başka bir anlatımla, söz konusu hüküm, açıkça işçiye geçersiz fesih tarihi itibarıyla tanınan bildirim süresinin veya yapılan bildirim süresine ait peşin ücret ödemesinin yeterli olduğunu anlatmaktadır. Böyle olunca da, mahkemece geçersizliğine hükmedilen fesih tarihi itibarıyla bildirim süresi verilmiş ise veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse, işçinin ihbar tazminatı alacağına kalmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa ki bu sonuç, işe başlatılmama halinde işçinin işe başlatılmayacağına ilişkin irade açıklamasının yapıldığı veya bir aylık sürenin dolduğu tarih itibarıyla feshin yapıldığı sonucuna aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle işçinin işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, İş K. m. 21/IV'de yer alan ikinci cümledeki hüküm nedeni ile, ya "yargı tarafından geçersiz kılınan feshin geçerli hale dönüşmesi"nden²⁴ ya da "genel hukuk kurallarına aykırı olmasına rağmen yaptırım, kanun tarafından açıkça tespit edilen bir hüküm"den söz etmek gerekecektir. Kaldı ki, Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda karşı oy yazılarının dayandığı temel yasal dayanak da bu hükümdür.

Hukuk Genel Kurulu üyelerini farklı kanaatlere ulaştırılan husus, davalı işverence gerçekleştirilen fesihte, davacı işçiye tanınan ihbar önel-

lerinin yok sayılıp sayılmayacağı yani davacının ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı hususudur. Hatta, davalı işverenin kanunda öngörülen 2, 4, 6, 8 haftalık sürelerle değil, TİS'de öngörülen daha uzun süreli bildirimlerle iş sözleşmesini sona erdirdiği anlaşılmaktadır. Karşı oy yazısı yazarlar, ihbar tazminatı ödenmesi ile işverenin usule ve yasal esaslara uygun şekilde ihbar öneli tanınması olgularını birbirinden tümüyle soyutlayan çoğunluk görüşüne katılmadıklarını, adeta "...işçiye tanınmış olan ihbar önelinin bir değeri olmaz" sonucunun kabul edilemeyeceğini vurgulamakta, bizatihi hükmün kendisinin işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının da işçiye tanınan ihbar önelinin de bir değerini olduğunu ifade etmektedirler.

Söz konusu hükmün yorum suretiyle değil, bizatihi kendisinin, geçersiz fesihte işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatının ancak "1) İşçiye bildirim süresi verilmemişse" "2) Bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse" ayrıca ödeneceğini düzenlediğini vurgulamakta; oysa ki, çoğunluk görüşünün, maddeye ve hükme bir de "3) İşçiye bildirim süresi verilse de" ibaresini eklediğini ifade etmektedirler.

Gerçekten, söz konusu hükümde, işçinin işe başlatılmamasının bir sonucu olarak ihbar tazminatı ödenmesi düzenlenmektedir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmesi muhal olduğuna göre, burada kastedilenin önceden (geçersiz fesihle) verilen bildirim süresi olduğu açıktır. Zira, hüküm ile, işverenin geçersiz fesih kararı ile kendisine başvuran işçiyi işe başlatmayacağını (örneğin) 8 hafta önceden yahut toplu iş sözleşmesiyle artırılan süreden önce bildirmesinin beklendiğinin yasadaki işe başlatma süresinin 1 ay olması nedeniyle kastedilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, Kanun, yukarıda açıkladığımız genel hükümlerin aksine olarak, özel bir düzenleme getirmekte ve işçiye bildirim süresi verilmiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesine gerek olmadığını, şayet ödenmedi ise ayrıca ödeneceğini hüküm altına almaktadır.

Ayrıca karşı oy yazılarında, ihbar önellerinin bölünmezliği ilkesinin buna engel oluşturmayacağı, iş sözleşmesinin usule uygun feshinin

de cezalandırılmaması gerektiği hususları gerekçelerle açıklanmış bulunmaktadır.

Belirtelim ki, işverenin işçiyi işe başlatmaması ile kıdem ve ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, zamanında ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatlarına sözleşmenin feshedildiği tarihten itibaren faiz yürütülmelidir²⁵.

2. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi

İş sözleşmesinin feshinin geçersizliği yönünde mahkemeden karar alan işçi işe başlatılmadığı takdirde iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı gibi ayrıca işe başlatılsın veya başlatılmasın boşta geçen sürelere ilişkin en çok dört aylık ücretini ve diğer haklarını da isteyebilir. Başka bir ifadeyle, işçiye mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (İş K.m.21/III)²⁶. Maddenin gerekçesine göre, "Dava, seri mahkeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte, sonuçlanması uygulamada. öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Böyle bir durumda -işveren işçiyi ister işe başlatmış, isterse başlatmamış olsun - işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını alabilecektir."

Belirtelim ki, söz konusu ücretin hüküm altına alınması için bu konuda bir talep zorunluluğunun bulunmadığı²⁷ İş K. m. 21/III'deki hükümden de anlaşılmaktadır: "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir."

Burada söz konusu olan dört aylık ücret tutarında bir tazminat değil, işçinin boşta geçirdiği dört aya kadar olan sürenin ücreti ve işçinin bu süredeki diğer haklarıdır²⁸. Boşta geçen süreye ilişkin ücret ve bu süreye ilişkin diğer haklar işçinin süresi içinde işe başlamak üzere işverene başvurduğu an muaccel olacağından, bu tarihteki ücret esas alınmalıdır²⁹. Boşta geçen süreye ilişkin ücretin süre olarak tespiti yapıp miktar olarak belirlenmemesi gerekir. Ayrıca bu ücret, işçiye iş sözleşmesi feshedilmeyip çalıştırsaydı ödenecek ücret olduğu için giydirilmiş ücret (geniş anlamda ücret)

olmalıdır³⁰. Sigorta primlerinin ödenmesi de bu kapsamda olup³¹ "Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği"nin³² 115/6-e hükmü konuya ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir: "4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesine istinaden iş mahkemelerince veya özel hakem tarafından verilen kararlar uyarınca, göreve iadesine karar verilen sigortalı için, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının, sigortalıya tebliğinden sonra on iş günü içinde sigortalı işverene işe başlamak üzere başvurduğu takdirde, onuncu iş gününün içinde bulunduğu ayı takip eden ay başından... başlamak üzere Kurumca çıkarılacak tebliğde belirtilecek süreler içinde ödenirse yasal süresi içinde ödenmiş kabul edilir."

İşçinin iş sözleşmesinin feshinden fesih kararının geçersizliğine kadar geçen süreçte en çok dört ayla sınırlı ücret alacağı da, süresi içinde (on işgünü içinde) işverene başvurduğu anda muaccel olan bir alacaktır. Başka bir söyleyişle, dört aya kadar ücret talebi de, tazminat gibi, işe iade talebinin mahkemece kabulüne bağlı haklar niteliğinde olup, faizin başlangıcı dava tarihi değil, işçinin işverene başvurduğu tarihtir. Yargıtay'a göre de, "...Tazminat miktarı belirlenirken davacının brüt ücreti üzerinden hesaplanma yapılmalı; ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır. Öte yandan en çok 4 aylık ücret alacağı işçinin işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olacağından faiz başlangıcı da bu tarih olmalıdır. Yazılı şekilde ücret alacağına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de hatalıdır³³."

Ayrıca, İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre; "İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedden mahsup edilir." Dolayısıyla, işverence yapılan fesih gereği peşin ödenmiş olan bildirim süresine ait ücreti ve ödenen kıdem tazminatı, hukuki dayanaktan yoksun kaldığı için işverene iade edilir. Ancak iadesi gereken bildirim süresine ait ücreti, yetmediği takdirde kıdem tazminatı, işçiye işverence ödenmesi gereken dört aylık süreye ilişkin ücret ve eklerinden mahsup edilir³⁴ (İş K. m. 21/IV).

Dört aylık sürenin öngörülmesinde işçinin iş

mahkemesine dava açma süresi ile dava süresi esas alınmıştır. Anayasa Mahkemesi de bu konuya ilişkin bir kararında, “4857 sayılı Yasa’nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasa koyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemede ölçü olarak kullanılmıştır... Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır.”³⁵ gerekçesiyle 4 aylık sürenin Anayasaya aykırı olmadığına oyçokluğuyla hükmetmiştir.

Öğretide tüm boшта geçen sürenin ücretinin ve haklarının ödeneceğine ilişkin bir düzenlemenin daha uygun olacağı da ileri sürülmekte; davaların uzun sürmesinin bedelinin ekonomik bakımdan güçsüz olan ve iade sürecinde ücretinden yoksun kalan işçilere yükletilmemesini savunmaktadır³⁶.

İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrası “Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.” şeklinde bir hüküm getirdiği için, üçüncü fıkrada yer alan “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.” hükmüne aykırı bir sözleşme hükmünün veya mahkeme kararının anlamı olmayacağı açıktır. Yargıtay da, bu hükme aykırı olarak yerel mahkemece verilen işçinin çalıştırılmadığı süre için altı aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesine ilişkin kararı bozmuştur³⁷.

II. SONUÇ

İşveren tarafından geçersiz nedenle işten çıkarılan ve işe iade davası sonunda feshin geçer-

sizliğini tespit ettiren işçinin iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi devam etmekte, işverenin fesih işlemi ise geçersiz görülmektedir. Böyle bir durumda on işgünü içerisinde işverene başvurması halinde işverenin işçiye bir ay içerisinde işe başlatması zorunluluğu bulunmaktadır.

İşçinin işe başlatılmaması halinde sözleşme, başlatılmadığı tarih itibariyle sona ermekte ve bu tarih itibariyle feshedildiği kabul edilerek hüküm ve sonuç doğurması beklenmektedir. Dolayısıyla da, işveren, işçiye işe başlatmamakla yeni bir fesih yapmış olduğu için bu feshin hukuki sonuçlarından doğan tazminatları da işçiye ödemek zorunda kalmaktadır. Şayet geçersiz fesih tarihi itibariyle ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş ise, sözleşme işçinin işverence işe başlatılmadığı tarihte sona erdiği ve bu arada sözleşme devam ettiği için, geçersiz fesih tarihi ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen süreye ilişkin fark da ödenmeli; işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanınmış ise, bu takdirde bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığından, işçi, önel içinde işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu da mümkün olamamalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yerleşik kararları ile Hukuk Genel Kurulu’nun oyçokluğu ile almış olduğu bu karara göre, işe iadeye karar verilmiş ve işçi yasal süresi içinde başvurmuş ise, daha önce gerçekleşen fesih tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmış olup iş sözleşmesi işe iade davası sonunda işçinin işverene başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş kabul edilmekte ve davacı işçiye, bu tarihe göre ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği, geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullandırılması sebebiyle ihbar tazminatı isteğinin reddedilmemesi gerektiği, genel hukuk kuralları çerçevesinde karara bağlanmaktadır.

Ancak İş Kanunu’nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “... İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir.” şeklindeki hüküm, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin sonucu olarak ihbar tazminatına yönelik özel bir düzenleme

getirmektedir. Bu nedenle hukukun genel hükümlerine aykırı tarzdaki bu hüküm gereğince, işçiye (mahkemece geçersiz kabul edilen feshe dayanarak) bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü kalmamaktadır. Burada, ya “genel hukuk kurallarına aykırı olmasına rağmen, yaptırımı kanun tarafından açıkça tespit edilen bir hüküm”den ya da karşı oy yazısında söz edilmemekle birlikte “yargı tarafından geçersiz kılınan feshin geçerli hale dönüşmesi”nden söz edilebilir.

Sonuç olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında ifade edilen, Kanun'da genel hükümlere aykırı fakat yoruma ihtiyaç bırakmayacak tarzda açık bir şekilde düzenlenen hüküm nedeniyle, işe başlatılmayan işçiye, işveren tarafından yapılan ve mahkemece geçersiz sayılan feshe dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde, işe başlatılmaması nedeniyle söz konusu olan fesih için ayrıca ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğini ileri süren karşı oy yazılarına katılıyorum. Dolayısıyla, işe iadeye rağmen işe başlatılmayan işçiye, işverenin geçersiz feshi nedeniyle bildirim süresi verilmiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmiş ise, işe başlatılmaması nedeniyle söz konusu olan fesih için ayrıca ihbar tazminatı ödenmesine gerek yoktur.

Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunun yerel mahkemenin direnme kararını bozan, hukukun genel hükümlerine uygun fakat Kanun'daki açık hükme aykırı olan, işçinin iş sözleşmesinin işe iade davası sonunda başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş olduğu ve anılan tarihe göre işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği, geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullanılmış veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmiş olması halinde dahi ihbar tazminatına hak kazanacağı yönündeki kararına ise katılmıyorum.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.12.2009, E. 2009/9-526, K. 2009/583, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları, www.legalbank.net.
- 2 Ercan Akyiğit, İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. B., C. I, Ankara 2008, s. 884; Eda Manav, İş Huku-

kunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 167-168.

- 3 Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. Baskı Tıpkı Basım, İstanbul 2009, s. 580; Münir Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, ÇİD, Mart 2009, Özel Ek, s. 16; Fevzi Şahlanan, İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Nisan 2003, s. 19; Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 3. B., Ankara 2008, s. 760-762; Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması” (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, 2003, S.1, s. 23; Mehmet Uçum, “İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları”, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2, 2006, s. 185. Kanunda yer verilen feshin geçersizliği deyimi, genel anlamdaki geçersizliği ifade etmektedir. Genelde geçersizlik işverence yapılan feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç yaratmaması, sözleşmenin aynen devam etmesi anlamındadır. Oysa, buradaki geçersizliğe, maddede görüldüğü üzere, işçiyi işe başlatma veya başlatmamaya göre farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Feshin geçersizliği sözü, 25. maddedeki haklı nedenle yapılan feshin hukuki sonuçları ile buradakilerin ayırt edilmesini sağlama amacıyla, feshin kanuna aykırılığını belirtmek için kullanılır. Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. B., İstanbul 2009, s. 237.
- 4 Hükümün gerekçesindeki, “Mahkemenin veya özel hakemin yapılan feshi geçersiz bulması, dolayısıyla işçinin işe iadesine karar vermesi durumunda” sözcükleri geçersiz feshin sonucunun işe iade olduğunu anlatmaktadır. Murat Şen, İş Kanunları Sosyal Güvenlik Kanunları, Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleriyle, Ankara 2008, s. 42.
- 5 Akyiğit, Şerh, s. 893; Ömer Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, Mercek, Yıl 7, S. 28, Ekim 2002, s. 107; Mahkemece feshin geçerli bir nedene dayanmadığının kararlaştırılması halinde, işverenin işçiyi işe başlatmak yerine tazminat ödemeyi tercih edeceği genellikle daha baskın bir olasılık olduğundan iş güvencesi yasasının tazminat yaptırımına ağırlık tanıdığı söylenebilir. Bkz. Süzek, s. 579; Alp, s. 22. “...Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır.”, Y9HD., 06.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/26161, Sinerji.
- 6 Çelik, s. 245; Ekmekçi, İş Güvencesi Yasası, s. 107.
- 7 İşe iade yönündeki bu hüküm işyeri sendika temsilcilerine de uygulanacağı için (Sen.K.m.30/D); daha önceki düzenlemede kesin bir şekilde işyerine iade edilen temsilci, bu hükümle, kesin olarak işe iade olanağı elde edememekte, işe başlatılmama durumunda tazminat yaptırımı devreye girmektedir. Bu açıdan, 4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen düzenleme işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesinde bir geriye gidış anlamı taşımaktadır. Bkz. Polat Soyer, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşverenin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 292; Mehmet Uçum, “Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki

- Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 219-220; Fevzi Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 241-246; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. B., Konya 2008, s. 211.
- 8 Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 415.
- 9 Süzek, s. 584; Çelik, s. 243-244.
- 10 "...Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir. Davacı 08.09.2003 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. ...", Y9HD., 21.06.2004, E. 2004/3377, K. 2004/15404, Sinerji.
- 11 Danıştay, 3. Dairesi, 15.02.2007, E. 2006/3799, K. 2007/414, Sinerji.
- 12 Ekonomi, s. 16-17.
- 13 Ömer Ekmekçi, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, 1, Ocak-Mart 2004, s. 178; Ali Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 108; Soyser, s. 63; Süzek, s. 586.
- 14 "Mahkemece sonuç itibari ile feshin geçersizliğine karar verilmesi doğrudur. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işe başlatmama tazminatının 4 ile 8 ay arasında belirlenirken, işçinin kıdemi ve fesih sebebi gibi nedenlerle yasal sınırlar içinde belirlenmesi gerekir. Davacının emekliliğe hak kazandığı sabittir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması uyarınca, emekliği gelen ve iş sözleşmesi işletmeden kaynaklanan nedenle feshedilen, ancak geçerli neden kanıtlanmadığı hallerde fesih sebebine göre işe başlatmama tazminatının alt sınır olan 4 ay üzerinden belirlenmesi gerekir.", Y9HD., 20.02.2007, E. 2006/33626, K. 2007/4743, Sinerji; "4857 Sayılı Yasanın 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Fesih nedeni de dikkate alınarak, emekli olarak çalışan davacı için anılan tazminatın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmiş olması hatalıdır.", Y9HD., 30.04.2007, E. 2007/5646, K. 2007/13561, Sinerji.
- 15 Şen, İş Kanunu, s. 42.
- 16 Tankut Centel, "Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S. 286, Ekim 2003, s. 34; Ekmekçi, İş Güvencesi Yasası, s. 110.
- 17 Murat Şen, "4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade" (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.07.2003 tarihli ve E. 2003/12442, K. 2003/13123 sayılı Kararı Çerçevesinde, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, s. 772.
- 18 Mollamahmutoğlu, s. 765; Fevzi Şahlanan, "4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri", 4857 Sayılı Yeni İş Kanununu Değerlendirme Konferansları, 2003, s. 90; Ekonomi, s. 16; Devrim Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 85.
- 19 "...İşe iade davası sonunda feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye karar verilmiş olmakla 13.7.2006 tarihinde gerçekleşen fesih ortadan kalkmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/4. maddesinde, işçinin işe başlatılması durumunda peşin ödenen bildirim süresine ait ücretlerle kıdem tazminatının mahsup edileceği hükmüne bağlanmıştır. Sözü edilen hükümde ihbar öneli verilmiş olması halinde ihbar süresinden indirme gidileceği öngörülmediği gibi, bu durum ihbar önelinin bölünmezliği kuralına da aykırılık oluşturur. Kaldı ki davacı işçi geçersiz sayılan fesih öncesinde 2.6.2006-13.7.2006 tarihleri arasında işyerinde çalışmış ve karşılığında ücrete hak kazanmıştır. Bu sürenin ya da ücretinin işe başlatmama suretiyle fesih tarihinde ödenmesi gereken ihbar tazminatından mahsubu doğru olmaz. Davacının iş sözleşmesi bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 21.8.2007 tarihinde feshedilmiş olup, anılan tarihe göre davacı işçiye 56 günlük ihbar tazminatı ödenmelidir. Geçersiz sayılan fesih öncesinde kullandırılmış olan ihbar önelinin bildirim süresinden düşülmesi doğru değildir.", Y9HD., 17.06.2008, E. 2008/12025, K. 2008/16090, Sinerji.
- "...Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakim, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmesinin bir süre devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen 4 aylık süresinin kıdem tazminatına esas süre ile yıllık ücretli izin süresinden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.", Y9HD., 06.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/26161, Sinerji.
- 20 Savaş Taşkent, "İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi", Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, s. 127; Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler", Genel Bir Değerlendirme, Legal İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 37-38; Güzel, s. 102; Mollamahmutoğlu, s. 767; Ekonomi, s. 16-17; Akyiğit, Şerh, s. 889.
- 21 Ulucan, s. 85; Mollamahmutoğlu, s. 765; Ercan Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 325; Akyiğit, Şerh, s. 889, 894.
- 22 Ekonomi, s. 59; Mollamahmutoğlu, s. 767; Süzek, 585; Mehmet Uçum, "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", Sicil İHD, Eylül 2008, s. 53; Ulucan, 85; Çelik, s. 243-245; Fevzi Demir, En Son Yargı-

- tay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, s. 244; Güzel, s. 102; Eyrenci, s. 37-38; Manav, s. 388.
- 23 "...Davacı işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanındığı gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur. Davacı işçiye 24.06.2005 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 03.08.2006 tarihinde feshedilmiş sayılmalıdır. Anılan feshe 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, 03.08.2006 tarihinde gerçekleşen fesih sebebiyle hak kazandığı tutardan indirilmesi gerekirdi. Ancak bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığından, işçi, önel için de işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu mümkün değildir.", Y9HD., 13.05.2008, E. 2007/42521, K. 2008/12221, Sinerji.
- 24 Akyiğit, Şerh, s. 894.
- 25 "Davacı işçinin iş sözleşmesi 13.08.2003 tarihinde davalı işveren tarafından feshedilmiş, davacı işe iade davası açmış ve feshin geçersizliğini tespiti ile işe iadesine dair mahkemece karar verilmiştir. Davacı yasal süresi içinde işe başlamak için işvereni 11.03.2005 tarihinde başvurmuş, işveren bir aylık işe başlatma süresi sonu olan 11.04.2005 tarihinde işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını ödemiştir. Bu durumda davacı işçi yönünden iş sözleşmesinin feshedildiği tarih, işe başlatılmayacağına açıklandığı ve haklarının ödendiği 11.04.2005 tarihidir. Kıdem tazminatı faizi için sözleşmenin feshedildiği bu tarih yerine, geçersiz sayılan fesih tarihinden itibaren faize karar verilmesi hatalı olmuştur", Y9HD., 06.11.2007, E. 2007/24092, K. 2007/32631, Sinerji.
- 26 "1475 sayılı İş Kanununa 4773 sayılı kanunla eklenen 13/D maddesi uyarınca işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Gerçekten, anılan yasanın 13/D maddesi "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğu karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar vermediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davanın ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır." Bu açıdan "feshin geçerli nedene dayanmadığı iddiasıyla dava açmış işçi, dava sırasında işveren tarafından işe başlatıldığı takdirde, boşta kaldığı süreye ilişkin ücreti isteyemez." (Y9HD., 08.07.2003, E. 2003/12444, K. 2003/13125, Tekstil İşveren, S. 285, Eylül 2003, s. 36-37). Bu karara ilişkin ne alt mahkemenin kararının gerekçesine ve varmış olduğu sonuca ve ne de Yüksek Mahkeme'nin gerekçesine katılmanın, hukuken mümkün görünmediği yönündeki değerlendirme için bkz. Tankut Centel, "Boşta Kalınan Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren, S. 285, Eylül 2003, s. 37-38).
- 27 "...İşçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup, mahkemece bu konularda da karar verilmelidir." Y9.HD., 11.09.2003, E. 2003/14994, K. 2003/14267, Sinerji.
- 28 Ekmekçi, İş Güvencesi Yasası, s. 108; Alp, s. 22.
- 29 "Boşta geçen süre ücreti ve bu dönemde doğan diğer haklar bakımından da işverenin temerrüde düştüğü tarih işçinin fesih geçersizliğine ilişkin kararın tebliğinden itibaren süresi içinde işverene işe başlatılmak için başvurduğu gündür. Bu nedenle fark ilave tediye, fark ikramiye ve ücret farkı alacaklarına davacının işe başlamak için işverene gönderdiği ihtarnamenin tebliğ tarihi esas alınarak bu tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerekirken işe iade kararının Yargıtay'ca onandığı tarihten itibaren faiz uygulanmasına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y9HD., 25.12.2006, E. 2006/15816, K. 2006/33753, Sinerji.
- 30 Mollamahmutoğlu, s. 769; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 337; Süzek, s. 588; Alp, s. 24; Ekonomi, s. 59; "4773 Sayılı Yasa ile değiştirilen 1475 sayılı Yasanın 13-D maddesi II. fıkrasında feshin geçersizliğinin kabulü halinde işçinin Mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların kendisine ödeneceği düzenlenmiştir. Dosya içeriğinden davalının ikramiye ve yemek ücreti haklarının olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu hakları nazara almadan brüt çıplak ücret üzerinden karar vermesi ve belirlemesi hatalıdır.", Y9HD., 01.12.2003, E. 2003/19181, K. 2003/19777, Sinerji.
- 31 Can Tuncay, "İş Güvencesi, Karar İncelemesi", ÇİD, Mart 2004, s. 60; Süzek, s. 589.
- 32 RG., 28.08.2008, S. 26981.
- 33 Y9HD., 06.11.2003, E. 2003/18733, K. 2003/18729 Sinerji.
- 34 "...Ayrıca davacı işçinin hizmet akti ihbar tazminatı peşin ödenerek feshedildiğine göre, davacı işçiye ödenen bildirim süresine ait bu ücretin işverence işe başlatılması halinde davalıya ödenecek boşta geçen günler ücretinden mahsubuna da 4773 sayılı yasanın 13/D-B fıkrası gereğince karar vermek gerekirken bu konuda bir hüküm verilmemesi de hatalıdır.", Y9HD., 15.10.2003, E. 2003/16116, K. 2003/17101, Sinerji.
- 35 AYM., 18.12.2008, E. 2005/2, K. 2008/181, RG., 07.10.2009, S. 27369.
- 36 Süzek, s. 588.
- 37 "Mahkemece, fesih için geçerli neden bulunmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve davalının işe iadesine, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın davalının 4 aylık ücret tutarı ile davalının çalıştırılmadığı süre için 6 aylık ücret ve diğer haklarının belirlenmesine karar verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nin 3. Fıkrası'nda "kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir" kuralı öngörülmüş olup, buna göre feshin geçersizliğine karar verildiğinde davacı işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının belirlenmesi gerekir. Mahkemece anılan hükme aykırı olarak davalının çalıştırılmadığı süre için altı aylık ücret ve diğer hakların hüküm altına alınmış olması doğru değildir. Yasal düzenleme gereği davacı işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre için ücret ve diğer haklarının belirlenmesine karar verilmelidir.", Y9HD., 05.06.2006E. 2006/11727, K.2006/16256, Sinerji.