

**HİZMET AKDİNİN BİLDİRİMLİ FESHİNDE ÖNEL İÇİNDE
GERÇEKLEŞEN KIDEM TAZMİNATI TAVAN (ÜST SINIR) ARTIŞI
(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**

Yrd. Doç.Dr.Murat ŞEN
A.ü. Erzincan Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
Öğretim Üyesi

I. KARAR METNİ

KARAR ÖZETİ: Davacı işçiye ihbar tazminatı peşin olarak ödenmediğine göre, ihbar öneli içinde gerçekleşen ve Toplu İş Sözleşmesiyle öngörülen ücret artışından yararlanması ve tazminat hesaplarının buna göre yapılması gerekir. Ne var ki önel içerisinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan artışından yararlanması olanağı bulunmamaktadır.

DAVA: Taraflar arasındaki ihbar ve kıdem tazminatlarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi taraflar avukatlarınca istenilmesi ve davalı Avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25.09.2001 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat ile karşı taraf adına Avukat geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI:

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerekçeleri sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

2. Davacı işçiye ihbar tazminatı peşin olarak ödenmediğine göre, ihbar öneli içinde gerçekleşen ve Toplu İş Sözleşmesiyle öngörülen ücret artışından yararlanması ve tazminat hesaplarının buna göre yapılması gerekir. Ne var ki önel içerisinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan artışından yararlanması olanağı bulunmamaktadır. Dairemizin kararlılık kazanmış içtihatları bu doğrultudadır.

Somut olayda kıdem tazminatı hesabı tavan tutarı esas alınarak yapıldığına göre sonuca etkili değilse de, ihbar tazminatının, Toplu İş Sözleşmesinde öngörülen ve ihbar öneli içinde gerçekleşen ücret artışı dikkate alınarak yeniden hesaplanması ve hüküm altına alınması gerekir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte gösterilen nedenle BOZULMASINA, davacı yararına takdir edilen 97.500.000 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.09.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25.09.2001 tarih ve E. 2001/7755, K. 2001/14458 sayılı bu kararı, Çimento İşveren Dergisi cilt: 15, sayı: 6, Kasım 2001'den alınmıştır.)

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karar, esas itibariyle, **işçiye ihbar tazminatının peşin olarak ödenmemesi halinde**, işçinin ihbar öneli içinde gerçekleşen ve Toplu İş Sözleşmesiyle öngörülen ücret artışından yararlanması ve tazminat hesaplarının buna göre yapılması gerektiği; ancak **önel içinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan artışından yararlanma olanağının bulunmadığı** ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin içtihatlarının da bu doğrultuda kararlılık kazandığı hususuna ilişkindir. Bu açıdan hizmet akdinin kıdem tazminatını gerektiren bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye ödenecek kıdem tazminatı miktarının tespitinde dikkate alınacak **üst sınırın hangi andaki üst sınır** olduğu hususu önem kazanmaktadır.

1. Karardan anlaşıldığına göre, davacı işçi, hizmet akdinin işveren tarafından İş K. m. 13'e göre bildirimli olarak feshedilmesi üzerine ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödetilmesini istemiştir. İlk derece mahkemesi de işçinin ihbar tazminatına yönelik talebinde, bildirim öneli içerisinde gerçekleşen ve toplu iş sözleşmesiyle öngörülen ücret artışını dikkate almaksızın, fesih iradesinin açıklandığı (gerçekleştiği) andaki ücreti esas almak suretiyle hesaplayıp sonuca gitmiş; başka bir anlatımla, feshin yapıldığı andaki ücreti esas almış; önel içerisinde meydana gelen artışı dikkate almamıştır. Kıdem tazminatı konusunda da, önel içerisinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan artışını göz önünde bulundurmamış; fesih iradesinin açıklandığı andaki tavan miktarı dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır.

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

Taraflar, vekilleri aracılığıyla, yerel mahkemenin kararı için temyiz başvurusunda bulunmuşlar; Temyiz Mahkemesi de, davacı vekilinin talebi doğrultusunda, ihbar tazminatı peşin olarak ödenmeyen bildirimli fesihlerde, önel içerisinde gerçekleşen ücret artışından işçinin yararlanması, hesaplamaların da buna göre yapılması gerektiğini belirterek ihbar tazminatının yeniden hesaplanması için alt mahkemenin kararını bozmuştur. Bunun yanı sıra Yargıtay, kıdem tazminatı hususunda da, ihbar tazminatının peşin olarak ödenmediği bildirimli fesihlerde önel içerisinde gerçekleşen tavan artışından işçinin yararlanamayacağını, 9. Hukuk Dairesinin kararlılık kazanmış içtihatlarının da bu doğrultuda olduğunu belirtmiştir. Somut olayda ise kıdem tazminatı hesabının tavan tutar esas alınarak yapılması nedeniyle, önel içinde ücrette meydana gelen artışların kıdem tazminatı hesabında sonucu değiştirmeyeceği gerekçesiyle kıdem tazminatı açısından kararı bozmamıştır. Başka bir anlatımla, üst mahkeme, hem işçinin önel içerisinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan miktarı artışından yararlanamayacağını, dolayısıyla fesih iradesinin açıklandığı andaki tavan miktarının esas alınması gerektiğini, hem de kıdem tazminatı hesabının önelden önceki tavana göre yapılması nedeniyle önelde meydana gelen ücret artışından etkilenmeyeceğini ifade etmiştir.

2. Bilindiği üzere, belirsiz süreli hizmet akitleri herhangi bir nedene dayanmaksızın veya bir sebep belirtmeye gerek bulunmaksızın İş K.m.13 gereği tek taraflı bir beyanla ortadan kaldırılabilmektedir¹. Bununla birlikte, belirsiz süreli hizmet akitlerini sürdürmek istemeyen tarafa tanınacak, bu, akdi "nedensiz ve tek yanlı sona erdirmeye" imkanının, karşı tarafa zarar vermemesi de gereklidir. İşte bu nedenle akdin, feshin bildirildiği anda değil, belirli bir sürenin (önelin) geçmesi sonucunda ortadan kalkacağı kabul edilmiş, tarafların menfaatleri arasında bir denge kurulmuştur².

¹ Söz konusu akdi ilişkiden tarafların diledikleri anda kurtulabilmelerini sağlamak gereksinimi her şeyden önce, kişilik haklarının korunması esasına dayanmaktadır. Çünkü akdin belirsiz süreli olması, tarafların hayatı boyunca ifa edilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirecektir ki, bu da kişilik haklarına bir tecavüz teşkil edecek ve sözleşme ilişkisi kölelik sonucu doğurabilecektir. Bu yön, bir Yargıtay kararında "süresi belli olmayan iş akitleri de bugün yürürlükte olan sisteme göre taraflardan birinin irade açıklamasıyla bozulabilir. Çünkü ebedi iş (hizmet) akdi insan hürriyeti ilkesine aykırı düşer" sözleriyle ifade edilmiştir. Bkz. Yarg. HGK, 2929.5.1963, E. 4/39, K. 59 (A. Baki Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1966, s. 351 vd.); Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. B., İzmir 1998, s. 261; F. Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 550; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. s. 287.

² Gerçekten de akdin sona ermesi için geçmesi gereken bildirim süreleri, işverenin yeni bir işçi, işçinin de başka bir iş bulması ve gerekli diğer tedbirlerin alınması için tanınmıştır. Hizmet akdinin hemen sona ermesiyle esasen çoğu kere günü gününe yaşayan işçi, çoluk çocuğuyla açlığın pençesine terk edilmiş; işveren ise, derhal yeni işçi bulamamak yüzünden belki de işi durdurmak çaresizliğinde kalmış olacaktır. Böyle bir sakıncanın giderilmesi amacıyla, taraflara, iş akdinin sona ermesinden doğacak sıkıntıları önlemek için, durumun önceden bildirilmesi ve belli bir önelin verilmesi gerekli görülmüştür. Bu konuda bkz. Çenberci, s. 287; Cevdet İlhan Günay, Şerhli İş Kanunu, C.1, 2. B., Ankara 2001, s. s. 622.

Konuyu düzenleyen İş K.m.13'de yer alan "süresi belirli olmayan sürekli hizmet akitlerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir" hükmü ile bunu izleyen fıkradaki işçinin işyerindeki çalışma süresine göre değişen bildirim süreleri (ihbar önelleri) hükmüne göre, hizmet akdi bu sürelerin sonunda ortadan kalkar. Şu durumda bildirimli fesih yoluyla hizmet akdinin sona erdirilmesi halinde akit derhal son bulmaz; fesih bildiriminden yapılmasından sonra, işçinin çalışma süresinin uzunluğuna göre değişen bildirim sürelerinin bitiminde ortadan kalkar³. Bu itibarla, bildirim karşı tarafa yapılmasından başlayarak geçecek 2-4-6-8 haftalık⁴ sürenin sonunda hizmet akdi sona ermiş olur⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, "bildirim süresine esas olacak çalışma süresi"nin tespitinde, işçinin işe başladığı günden başlayarak, fesih bildiriminden muhataba ulaştığı güne kadar geçen sürenin (muhataba ulaştığı gün de dahil) dikkate alınması gerektiği; buna karşılık hizmet akdinin bildirim süresince devam edecek olan süresinin ise hesaba katılmaması yönüdür. Belirtmek gerekir ki, işçinin işe başladığı gün ile fesih bildiriminden muhataba ulaştığı gün arasında geçecek süre içindeki deneme, hastalık, gebelik, kaza, kısa süreli askerlik ya da kanuni bir ödev, tatil ve izin süreleri ile kanuni grevde geçen süreler (askı süresi) çalışılmış gibi hesaba katılmalıdır⁶. Aralıklı çalışmalarda ise, özellikle "mevsimlik işlerde", Yargıtay'ın sürdürdüğü görüşe göre, zorunlu askı süreleri dışında kalan ve işçinin çalıştığı ya da kanunen çalışmış sayıldığı günler toplanarak çalışma süresi hesap edilmelidir⁷.

Şu halde, **bildirimli fesihlerde hizmet akdi, bildirim önellerinin bitiminde sona ereceğinden, bildirim yapılmasıyla hizmet akdinin ortadan kalktığı tarih arasında kalan iş ilişkisinde, kanundan ve sözleşmeden doğan işçinin ve işverenin hakları ve borçları herhangi bir değişiklik olmadan eskisi gibi aynen devam eder.** Başka bir ifadeyle, iş akdinin feshinin bildirilmiş (feshi ihbar yapılmış) olması tarafların durumunda herhangi bir değişiklik

³ Bu nedenle denilebilir ki, fesih bildiri, akdi o anda sona erdirmemekte, bildirim sürelerinin işle mesini sağlamaktadır. Bkz. M.Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 173; Narmanlıoğlu, s. 269. Ayrıca bkz. Çenberci, s. 290, 304-305.

⁴ Kanunda öngörülen bu süreler asgari olup sözleşmeyle artırılabilir (İş K.m.13/B). Bu nedenle taraflar, iş akdi veya toplu iş sözleşmesi ile kanundaki sürelerin üzerinde bir bildirim süresi belirleyebilirler.

⁵ Bildirim sürelerinin tarafların anlaşmasıyla dahi ortadan kaldırılması, azaltılması veya bölünerek kullanılması mümkün değildir. **İş K.m.13'deki bu yönün "kamu düzeni"ne ilişkin olduğu Yargıtay'ca da ifade edilmektedir** (Bkz. Sabih Selçuki, İlimi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, 3. B., İstanbul 1973, s. 211; Narmanlıoğlu, s. 271 ve dn.71, 72'de belirtilen Yargıtay kararları).

⁶ Saymen, s. 558; Selçuki, s. 231; Oğuzman, s. 185; Narmanlıoğlu, s. 272-273.

⁷ Narmanlıoğlu, s. 273.

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

meydana getirmeyeceği için bildirim önelleri sonuna kadar akit, aynı nitelik ve şartta devamlılığını sürdürür⁸; geçerli bir akdin tüm hüküm ve sonuçlarını aynı şekilde doğurur. Tarafların önel dönemi içinde sözleşmeyle kazandıkları haklara sahip olmakta devam edeceği yönü, işçi hakları çerçevesinde, Yargıtay'ın birçok kararında ifade olunmuştur. Yargıtay'a göre, kendisine fesih bildirim yapılan işçinin, bildirimle ilişkin önel "içinde gerçekleşen bütün işçilik haklarını isteyebileceğini kabul etmek, hukuki bir zorunluluk ifade eder"⁹. Kaldı ki, hizmet akdinin fesih bildirim yoluyla sona erdirilmesi durumunda- bildirim şartına işverence uyulmuş bulunulması- bildirim önellerinin bitimi, işçinin kıdem süresinin de sonu olarak kabul edilir¹⁰. Bunun sonucunda da iş akdinin devam ettiği bu dönem içerisinde işçinin her türlü haktan bu arada kıdem tazminatı tavan artışından da yararlanması gerekir.

İş Kanunu, burada, söz konusu bildirim süresi içinde işveren için, bir yükümlülük bir de imkan öngörmüştür. Yükümlülük, işçiye iş arama izni vermesi zorunluluğu (İş K.m.19); imkan ise, bildirim süresine ilişkin ücretin peşin verilerek işçinin derhal işten uzaklaştırılmasıdır (İş K.m.13/C, II).

3. İhbar Tazminatının Peşin Ödenip Ödenmemesinin Sonuçları Nelerdir?

Somut olayda, üst mahkeme, ihbar tazminatının peşin ödenip ödenmemesine göre sonuca gittiğinden, ihbar tazminatının peşin ödenip ödenmemesinin akdin feshi üzerindeki etkisine de ayrıca değinmekte yarar görülmektedir.

İş K.m.13/C, H'de yer alan, "**İşveren, işçinin ihbar önellerine ait ücretini peşin vermek suretiyle hizmet akdini feshedebilir.**" hükmü (ihbar tazminatının peşin ödenmesi), hizmet akdinin sona erme zamanı üzerindeki tartışmaların da dayanağını oluşturmuştur. Yargıtay uygulamasında ve öğretide "pe-

⁸ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. B., İstanbul 2000, s. 169; Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. 1 Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 170; Saymen, s. 560; Günay, s. 467; Oğuzman, s. 194; Narmanlıoğlu, s. 276; Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 226; Tankut Centel, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, 2. B., İstanbul 1994, s. 187; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Ankara 2002, s. 158; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 2.B., İstanbul 1999, s. 186. Yargıtaya göre de "İhbar tazminatı peşin ödenmediği için aradaki ilişkinin kesin biçimde sona erdiğini söylemek mümkün değildir." (Yarg. 9. HD, 2.2.2000, E. 1999/18386, K. 2000/827 -Günay, s. 654).

⁹ "...(Önel tanımaya ilişkin) kural karşısında davacı işçinin, dört haftalık süre içinde gerçekleşen bütün işçilik haklarını isteyebileceğini kabul etmek hukuki bir zorunluluk ifade eder" Yarg. 9.HD., 11.2.1966, 252/1236, Orhaner, s. 323-324.

¹⁰ Çenberci, s., 427.

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

şin para ile fesih adı da verilen bildirim önellerine ait ücretin peşin verilmesi suretiyle akdin feshine ilişkin bu hüküm, bildirimli feshi düzenleyen İş K.m.13 içerisinde yer aldığı için bildirimli feshin özel bir görünümü müdür yoksa derhal feshin bir türü müdür sorusu, öğretideki görüş ayrılığının da nedenini oluşturmuştur.

Yargıtay'ın çoğu kararlarına¹² da uygun olan¹³, **bir görüşe göre**, işçinin ihbar öneline ait ücretinin peşin verilerek¹⁴ akdin feshedilmesi, işverene tanınan nedensiz bir derhal fesih olanağı olduğu için, fesih beyanının işçiye ulaştığı anda **hizmet akdi de derhal son bulur**¹⁵. Bu nedenle de, bildirim süresi hizmet (çalışma) süresine eklenemez; önel içinde gerçekleşen ücret değişikliği (zammı) işçiye uygulanamaz; dolayısıyla da kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz¹⁶.

¹¹ Bu konuda ayrıca bkz. Ercan Akyiğit, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Öğreti-Uygulama), Ankara 1999, s. 155.

¹² Yargıtay eski görüşünü kural olarak sürdürmekle birlikte buna bazı istisnalar tanımaktadır. Yargıtay'a göre, işveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vererek hizmet akdini feshederse, işçi önel içerisinde gerçekleşecek yeni haklar nedeniyle istekte bulunamaz. Ancak, fesihle işverenin bildirim süresi içinde doğacak **yeni haklardan işçiyi yararlandırmamak amacıyla hareket ettiği anlaşılırsa, o takdirde işçinin bu süre içinde gerçekleşen haklara göre istekte bulunması mümkündür**. Bkz. Çelik, s. 170, dn.45a ve orada zikredilen Yargıtay kararları.

¹³ Yargıtay, peşin parayla fesihten söz edilebilmesini, bildirim önellerine ait ücret tutarının tümünün işçiye fesih açıklamasıyla birlikte verilmesi halinde mümkün görmekte ve akdin ilke olarak o anda son bulunduğunu kabul etmektedir. Örneğin, "Davacı, 31.12.1991 tarihinde önel verilmeksizin iş aktinin feshedildiğini, 01.01.1992 tarihinde kıdem tazminatı tavanının yükseldiğini ileri sürerek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Mahkeme istek doğrultusunda karar vermiştir. İhbar tazminatının hangi tarihte ödendiği dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Şayet bu tazminat 31.12.1991 tarihinde peşin olarak ödenmişse, iş aktinin feshinin anılan tarihte gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu taktirde davacı fark kıdem tazminatına hak kazanamaz. Daha sonraki tarihte ödenmişse, hak kazanır. Bu yön üzerinde durulmadan isteğin hüküm altına alınması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. Dairemizin istikrar kazanmış kararları da bu yöndedir." (Yarg. 9. HD, 06.11.1995, E. 1995/13352 K. 1995/33432- Kazancı Bilişim-İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı İçtihatları Bilgisayar Programı (Kazancı); Ayrıca bkz. Günay, s. 1291).

¹⁴ Bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücret, işçinin en son ücreti olmalı ve çalışmış gibi sayılan süre içinde ücretinde bir değişiklik olmuş ise, (ücret zammı gibi) bunlar da hesaba katılmalıdır. Burada işçiye ödenecek peşin ücretin miktarı, işçinin normal olarak bildirim süresi içinde çalışsaydı alabileceği tutardaki karşılığı olması gereklidir. Bunun için, peşin ödeme anındaki geniş anlamdaki ücret -bildirim süresi içinde vaki değişiklikler de göz önüne alınarak- hesaba alınmalıdır. Örneğin, bildirim süresi içine rastlayan "ikinci yıl zammı" yahut bir "ikramiye" ya da başka nakdi veya aynı ödemeler de hesaba katılmalıdır. Bu şekilde hesaplanarak ödenmesi gereken peşin ücret "tazminat" niteliğinde bir ödeme değil, ücret niteliğinde bir ödeme ve bu nedenle de ücret hakkındaki hukuki rejime tabidir. Bkz. Narmanlıoğlu, s. 261, dn.86; Ekonomi, İş Hukuku, s. 182.

¹⁵ Ergun İnce, "Peşin Ödeme İle Hizmet Akdinin Bozulmasının Hukuki Sonuçları", İHU. İşK. 13 (No.1); Fehim Üçışık, İHU 1984/11, İşK.13 (No.23); Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 205; Tunçomağ/Centel, s. 186; Çenberci, s. 343-345; Günay, s. 1291.

¹⁶ İhbar tazminatının peşin olarak ödendiği tarihte, hizmet akdinin feshinin gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu tarihte kıdem tazminatı tavanı esas alınarak varsa fark kıdem tazminatına işçi hak kazanır: "İhbar tazminatı peşin olarak ödenmişse bu tarih iş akdinin fesih tarihi sayılacağından

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

Yargıtay, peşin parayla fesihte, kural olarak hizmet akdinin fesih beyanının muhabata ulaşmasıyla sona ereceğini; fakat sözleşmede önellerin kıdeme katılacağı gibi bir hükmün bulunması¹⁷ veya dürüstlük kuralının gerekli kılması gibi¹⁸ durumlarda önellerin eklenmesiyle işçinin bir hak daha kazanması söz konusu ise, hizmet akdinin önel bitiminde son bulacağını, dolayısıyla bu arada gerçekleşen haklardan da işçinin yararlanabileceğini benimsemektedir¹⁹. Ayrıca Yargıtay, işverenin fesih için herhangi bir sebep ve saik göstermemesine dayanarak fesihten bir gün sonra imzalanan ve yürürlüğü geriye götürülen toplu iş sözleşmesinden işçinin yararlanması gerektiğini de kabul etmiştir²⁰. Başka bir anlatımla Yargıtay, peşin parayla feshin derhal fesih sayılacağı kuralını iki şekilde yumuşatmaktadır. Bunlardan biri, uylsaydı verilecek öneller içinde gerçekleşecek (zam vs. gibi) haklardan işçinin

bu tarihten sonraki fark kıdem tazminatına hak kazanamaz." (Yarg. 9. HD, 06.11.1995, E. 1995/13352 K. 1995/33432-Kazancı; Ayrıca bkz. Günay, s. 1291).

"Davacı iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğini ve ihbar kıdem tazminatının ödendiğini, ancak eksik ödendiğinden bahisle fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş akdi 31.8.1995 tarihinde İş Kanununun 13. maddesi uyarınca davalı işverence feshedilmiştir. Davalı işveren davacıya ihbar ve kıdem tazminatını çek ile ödemiştir. Ayrıca çek 08.09.1995 tarihinde davacı tarafından tahsil edilmiş bulunmaktadır. Mahkemece İş K.m.17/1-b ikinci fıkra uyarınca davacının hastalığı nedeniyle aynı Kanunun 13/A-ç maddesinde yazılı kurala göre sekiz haftalık ihbar süresine altı hafta eklemek suretiyle 28.8.1995 tarihinden itibaren yapılan ilave ile sözleşmenin 8.12.1995 tarihinde akdin feshedilmiş olacağından bahisle 15.11.1995 tarihinde yürürlüğe giren tavan artışından yararlandırılması hatalıdır. Zira yukarıda açıklandığı gibi iş akdi 13. maddeye göre feshedilmiştir." (Yarg. 9. HD., 27.01.1998, E. 1997/20340, K. 1998/815-Günay, s. 1297-1298).

¹⁷ Ancak Yargıtay, kanaatimizce isabetsiz bir tutumla, eklenecek önellerin TİS ile öngörülen süreler değil bizzat İş K.m.13'de yer alan öneller olması gerektiğini kabul etmektedir (Yarg. 9.HD., 13.12.1994, E. 15566, K. 17723 -Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 486, dn.971).

¹⁸ Tunçomağ'a göre de, "işveren işçinin bildirim önellerine ait ücretini peşin vererek sözleşmenin feshini bildirdiği takdirde, sözleşme derhal ortadan kalkar; ayrıca bildirim önelinin geçmesi gerekmez; kural budur (İş K.13/C). Ancak işçinin, örneğin yıllık izin, kıdem tazminatı gibi haklarının hesaplanmasında bildirim önelinin göz önünde tutulması haklı olur" (Esaslar, s. 205). Çenberci de, işverenin işçilik haklarından kurtulmak için anılan hükümden yararlanma yoluna gittiğinin kabulü ile "afaki iyiniyet esasları"ndan ve İş K. m.13/son'da öngörülen tazminat hükmünden hareket edilerek bir çözüm yoluna ulaşmanın mümkün olacağı görüşündedir (Çenberci, s. 344-345). Bu konu hakkında ayrıca bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 486.

¹⁹ Yarg. 9.HD., 5.4.1999, 5103/6771-Günay, s. 487-4888.

"Davacı işçinin hizmet akdi sona erdirildikten sonra Mart 1997 ayı içinde Toplu İş Sözleşmesinin 1.8.1996 ve 1.2.1997 ücret zamları nazara alınarak belirlenen ücret üzerinden ihbar tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır. Bu ödeme tarihine kadar yapılan zamlardan davacının yararlandırılması doğrudur. Ancak önel süresi içinde kıdem tazminatı tavan artışı 1997 Temmuz ayında gerçekleşmiş olup, bu tavandan davacının yararlandırılması Dairemizin oluşan içtihatlarına aykırıdır." (Yarg. 9. HD., 02.01.1999, E. 1999/12252, K. 1999/16507-Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2000, s. 17; Kazancı).

²⁰ "Fesihten bir gün sonra imzalanan ve yürürlüğü geriye götürülen toplu sözleşmeden işçi, sözleşmesi peşin ödeme suretiyle feshedilmiş olsa dahi yararlanabilir." (Yarg. 9. HD, 30.04.1992, E.992/16845 K.992/4784-İstanbul Barosu Bilgi Bankası Bilgisayar Programı (İBBB))

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

yararlanacağını hizmet akdi veya TİS ile öngörülmesi hali²¹; diğeri ise, peşin parayla feshin hizmet akdini derhal sona erdirmesinin dürüstlük kuralına (TMK.m.2) aykırı düşmesi durumudur²². Yargıtay, işverenin peşin parayla fesih imkanının sözleşmelerle kaldırılamayacağını, aksini öngören sözleşmenin geçersizlikle karşılaşacağını belirttiği gibi²³, bildirim önellerinin peşin parayla fesihte kıdeme katılacağını öngören sözleşmelere de cevaz vermiyordu²⁴. Ancak daha sonra bunu terk ederek verilmesi gerekli öneller içinde işçinin yeni bir hak kazanması (yeni tavan kazanması) durumunda bundan yararlanacağını öngören sözleşmeleri caiz kabul etmiştir²⁵.

²¹ Bu konuya ilişkin yeni tarihli bir Yargıtay kararında "Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, ihbar tazminatının peşin ödenmesi ile akdin sona erdiği ve ihbar öneli içinde gerçekleşecek haklardan yararlanmak için bu konuda hizmet akdinde veya toplu iş sözleşmesinde açık hüküm bulunması gerektiği kabul edilmektedir." (Yarg. 9. HD., 13.3.2001, 19901/3852-Akyiğit, İş Hukuku, s. 162-163, dn.168).

²² Örneğin, yeni asgari ücretin yürürlüğe girmesinden 4 gün önce yapılan peşin parayla fesihte ve fesihten bir gün sonra TİS'nin imzalanıp yürürlüğe girmesinde böyle bir olgunun varlığı benimsenmiştir (Yarg. 9.HD., 30.4.1993, 16845/4784). Buna karşılık, fesihten bir gün sonra kıdem tazminatı tavanının yükselmesi halinde akdin derhal sona ermesi kabul edilmiştir (Yarg. HGK., 05.6.1987, 9-666/457; Yarg. 9.HD., 14.4.1983, 1392/3679-Akyiğit, İş Hukuku, s. 163, dn. 169). Yine, Yargıtay'a göre "Ciddi ekonomik nedenlerle, iş akitleri ihbar önellerine ait ücretleri peşin ödenerek feshedilen işçiler, işverenin kısa bir süre sonra yürürlüğe girecek katsayı ile oluşacak yeni kıdem tazminatı tavanından yararlandırmamak amacı ile hareket ettiği kanıtlanmadıkça, yeni kıdem tazminatı tavanından yararlanamazlar." (Yarg. 9. HD, 26.10.1993, E.993/3706 K.993/15119-Kazancı).

²³ "İşverenin, işçinin tazminatlarını ödemek suretiyle iş akdini fesih yetkisi sözleşmelerle ortadan kaldırılamaz." (Yarg. 9. HD, 01.04.1996, E.995/34172 K.996/6729-İBBB).

²⁴ İşverenin ihbar önelini peşin ödeyerek işçinin işine son verdiği durumlarda, ihbar öneli hizmet süresinden sayılmaz. Toplu iş sözleşmesinde bu yönde hüküm varsa geçerli olamaz." (Yarg. HGK, 24.06.1983, E.982/256 K.983/747-İBBB)

²⁵ "Toplu sözleşmede yer alan bir hüküm emredici hukuk kurallarına, ahlak ya da adaba aykırı olmadığı ya da konusu imkansız bulunmadığı sürece hükümsüz olmaz. Örneğin, ihbar tazminatının peşin olarak ve nakden ödenmesi halinde bile, bu sürede uygulamaya giren ücret zammından yararlanmayı olanaklı kılan bir toplu sözleşme hükmü geçerlidir. Ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, olaya özgü ve 9. Hukuk Dairesi "nin yerleşik içtihatları dışında bir karar vermişse, bu karar Daire'yi bağlayıcı değildir... Davacının hizmet akti, 12.08.1991 tarihinde İş Kanunu* nun 13'üncü maddesi uyarınca ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle işveren tarafından feshedilmiştir. Davacı açtığı bu dava ile, işyerinde yürürlükte bulunan 01.09.1990-31.08.1992 sürelili ve 14.01.1991 tarihinde imzalanmış olan TİS'nin 28/b maddesine dayanarak ihbar öneli içerisinde gerçekleşen ücret zammının ihbar ve kıdem tazminatlarına yansıtılmasını ve farkların davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Gerçekten TİS'nin 28/b maddesinde ihbar tazminatının tamamen peşin ve nakden ödenmesi halinde işçi mevcut çalışanlarına yasal bildirim süresinde ilavesiyle ek bir hak kazanabiliyorsa bu haktan faydalanacaktır, hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme fesih bildirim sürelerine saygı şartını emredici bir hüküm olarak düzenleyen İş Kanunu'nun 13'üncü maddesine uygundur. Bir TİS hükmü emredici hukuk kurallarına veya ahlak veya adaba aykırı ya da konusu imkansız ise, hükümsüzdür. Anılan sözleşme hükmünün emredici kurallara aykırılığı söz konusu değildir. Bu durumda davacının 01.09.1991 tarihli 2.yıl ücret zammından yararlanması gerekir. Daire'mizin yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır.

Buna karşılık **diğer görüş**, parası peşin verilse de burada önelli feshin düzenlendiğini, dolayısıyla da akdin yine verilmesi **gerekli önelin bitiminde sona ereceğini**, önellerin kıdeme katılması yanında, önel içinde gerçekleşecek ücret değişikliğinin de (örneğin, yeni bir TİS imzalanıp yürürlüğe girdiyse) kıdem tazminatına esas son ücrete yansıtılacağını ileri sürer. Bu görüşe göre, Kanun burada, işverene nedensiz olarak akdi derhal sona erdirmeye değil, önel boyunca devam edecek akitte (isterse) işçiyi fiilen işten uzaklaştırma, işçinin işgörme ediminden vazgeçme imkanı vermiştir; bu nedenle de burada gerçek anlamda bir derhal fesih söz konusu değildir²⁶.

Kanaatimce de, İş K.m.13/C,II'deki hükümlerle, işverene bildirim süreleri içinde işçiyi çalıştırmayarak ilişkiye **fiilen derhal son vermek** yetkisi tanınmıştır ki, bu da **hukuki yönden bir derhal fesih olmayıp**, bildirim sürelerine uyularak yapılan feshin "**özel bir uygulama şeklidir**"²⁷. Bu nedenle, bildirim süresine ait sonuçlar itibarıyla her şeyden önce bu süre, işçinin çalıştığı günler gibi dikkate alınmalı; kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin yahut bunlar gibi işçinin çalıştığı süreye bağlı tutulan haklardan faydalanma yönünden de hesaba katılmalıdır. Yine, işçi bildirim süresince işyerinde çalıştırılmış olsaydı kanun veya sözleşmeler gereğince hangi hakları kazanacak idiyse, örneğin TİS zammı veya diğer haklardan yahut bu sürede ödenecek ikramiyeden, o haklardan tamamen yararlanmalıdır.

Görüldüğü üzere, hizmet akdinin İş K.m.13'e göre feshinde, ister peşin ödemesiz ister peşin ödemeli olsun, öğretideki baskın görüşe göre, akit önellerin bitiminde sona erer ve önel içinde akit, geçerli bir akdin tüm hak ve borçlarını doğurur. Örneğin işçi, ücrette meydana gelecek artıştan da kıdem tazminatı tavan artışından da yararlanmaya hak kazanır. Öğretideki diğer görüşe ve bu arada Yargıtay uygulamasındaki çoğunluğa göre, ihbar tazminatının peşin olarak ödendiği bildirimli fesihlerde ise akit kural olarak bildirim yapılmasıyla derhal sona erer. Dolayısıyla önel içindeki haklardan işçi istifade edemez. Ancak TİS ile kararlaştırılmış veya dürüstlük kuralına açıkça aykırılık görülüş ise, işçi önel içindeki haklardan yararlanabilir.

Mahkemece emsal olarak gösterilen YHGK kararı Daire'mizin yerleşmiş görüşünü yansıtmadığı gibi, olayına özgü bir karar olup, bağlayıcı niteliği de yoktur. O halde, gerekli araştırma ve inceleme yapılarak gerçekleşecek ihbar ve kıdem tazminatı farklarına hükmedilmek üzere karar bozulmalıdır." (Yarg. 9. HD, 25.01.1993, E. 1992/6468, K. 1993/908-Kazancı; İBBB).

²⁶ Çelik, s. 169; Oğuzman, s. 200; Ünal Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s. 150-151; Güven Esen, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsangücü Yönetimi, C. 2, Bireysel İş Hukuku 2. Kitap, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1985, s. 58-59; Centel, s. 189; Ekonomi, İş Hukuku, s. 177-178, 181; Günay, s. 620-621; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 157; H. Kemal Elbir, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1975 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1975, Eskişehir 1976, s. 7.

²⁷ Aynı görüş için bkz. Ekonomi, İş Hukuku, s. 181; Centel, s. 189.

4. a. Kararda, ihbar tazminatının peşin olarak ödenmemesi durumunda, işçinin ihbar öneli içinde gerçekleşen ve Toplu İş Sözleşmesiyle öngörülen ücret artışından yararlanması ve tazminat hesaplarının buna göre yapılması gerektiği belirtilmekte; ancak önel içerisinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan artışından yararlanması olanağının bulunmadığı vurgulanmaktadır. Bu nedenle, kıdem tazminatında tavan kavramı üzerinde durmakta yarar görülmektedir.

Bilindiği üzere İş Kanununun 14. maddesinde düzenlenen kıdem tazminatı, en az bir yıl çalışmış olan işçinin hizmet akdinin bu maddede sayılan nedenlerden biri ile sona ermesi halinde, işveren tarafından kendisine veya mirasçılara her bir yıl için en az 30 günlük ücret karşılığı olarak ödenen bir paradır²⁸. İşçiye her bir yıl çalışması karşılığı en az 30 günlük (giydirilmiş) ücret ödenmesi gerektiğine göre, istendiği takdirde, bu 30 günlük süre hizmet akdi veya TİS ile artırılabilir (İş K.m.14/XII). Bu artırmanın sınırsız mı yoksa bir belli bir sınıra tabi mi olduğu sorusunun cevabı kıdem tazminatında tavan kavramını da gündeme getirir.

b. Kıdem Tazminatı Miktarında Artırım İmkani, Üst Sınırı (Tavanı) ve Üst Sınıra İlişkin Hükümün Emredici Nitelikte Oluşu

Hemen ifade etmek gerekirse, kıdem tazminatı miktarı, sözleşmeler yoluyla artırılabilirse de bu artırım belli bir noktaya kadar olup sınırsız değildir. Kıdem tazminatının sözleşmeler yoluyla artırılacağı bu miktara (sınıra), uygulamadaki adıyla "kıdem tazminatı tavanı (üst sınırı)" adı verilir.

Yargıtay, kıdem tazminatındaki artırım imkanını, yalnızca her yıl ödenecek "30 günlük ücret'in örneğin "45 günlük ücret veya 60 günlük ücret gibi" kabul edilmesi suretiyle mümkün olduğunu kabul etmekte; yıldan artan sürenin yıla tamamlanması gibi bir şekilde artırımını ise mümkün görmemektedir²⁹. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay, toplu iş sözleşmesindeki 6 ayı aşan sürelerin bir yıla tamamlanacağı³⁰, toplu iş sözleşmesinde kıdem tazminatı hesabında her sezonun

²⁸ Kıdem tazminatı hakkında bkz. Narmanlıoğlu, Kıdem Tazminatı, 1 vd.; Cengiz Abbasgil, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, İstanbul 1994, 27 vd.; Osman Usta, İş Kanunundan Doğan Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, 2.bası, Ankara 1994, 21 vd.; Mahmut Cuhruk, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1978, 1 vd.; Safa Reisoğlu, 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, 17 vd.; Saymen, s. 590 vd.; Oğuzman, s. 236 vd.; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Konya 2000, s. 94-95.

²⁹ Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 669.

³⁰ Yarg. 9. HD. 16.4.1982, E. 1982/3155, K. 1982/3767, Tütis, Mart-Mayıs 1982, s. 22. "Kıdem tazminatı tavanı hizmet akdinin fesih tarihine göre belirlenir ve aşılamaz. Çalışılmış sürelerin kıdem tazminatı hesabında oldukları gibi dikkate alınacağı mutlak emredici hükümle düzenlendiği için toplu iş sözleşmesinde olsa dahi yıldan artan süreler tam yıla iblağ edilemez." (Yarg. 9. HD. 12.3.1996, E. 1995/31229, K. 1996/5255 - Münir Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara 1998, s. 93). Aynı yönde, Yarg. 9. HD. 14.3.1996, E. 1995/31621, K. 1996/5329 - Ekonomi, 1996 Yılı Emsal Kararları, s. 94).

tam yıl sayılacağı , bir yıldan az sürelerin bir yıla tamamlanacağı yolundaki toplu iş sözleşmeleri hükümlerini Kanunun emredici hükmüne aykırı görerek geçersiz saymış³², 300 günün tam yıl olarak hesaplanacağını öngören Toplu İş Sözleşmesi hükmüne de itibar etmemiştir³³.

İş K.m.14/XIII hükmüne göre "**Ancak toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez**"³⁴. Görüldüğü üzere, işçiye kıdem tazminatı ödemesi yapılırken, üst sınırın dikkate alınması ve hesaplamaların buna göre yapılması gerekir. Bu açıdan, kıdem tazminatının üst sınırını aşacak şekilde yıllık tavan üzerindeki miktarlarda ödetilmesi mümkün değildir³⁵. Tavanı aşan ödeme geçersizdir ve hazineye gelir kaydedilir. Ayrıca ödemeyi yapan işveren (veya işveren vekili) de ceza ile karşılaşır (İş K.m.98).

Kıdem tazminatı tavanına ilişkin bu düzenleme **kamu düzenine ilişkin olup emredici niteliktedir**³⁶. Kıdem tazminatı tavanının aşılmasına ilişkin olan TİS hükmü ise, BK.m. 20/11 uyarınca geçersizdir ve bu durumda İş K.m.14 hükümlerinin uygulanması gerekir³⁷.

Yukarıda sözü edilen ve İş Kanunu'na tabi tüm işçiler için geçerli olan kıdem tazminatındaki tavan "**genel tavan**" (İş K.m.14/XIII) olarak isimlendirilmektedir. Genel tavan açısından ölçüt, en yüksek devlet memuru sayılan Başbakanlık Müsteşarı'na bir hizmet yılı için ödenecek emeklilik ikramiyesidir ve işçiye ödenecek yıllık kıdem tazminatı tutarı bu miktarı aşamaz³⁸. Bunun yanı sıra,

³¹ Çenberci, s. 482.

³² Yarg. HGK, 02.11.1983, E. 734, K. 1119-Çenberci, s. 495.

³³ Yarg. HGK, 10.12.1982, E. 1187, K. 993.

³⁴ 20.04.1967 tarih ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu da kıdem tazminatının tavan miktarına ilişkin (Deniz İş K. Ek Geçici Md.I) iki ayrı maddede de konuyla bağlantılı hükümler getirmiştir.

³⁵ "Bir yıllık kıdem tazminatı tavana erişmediğinden tavan miktarı üzerinden tazminat hesaplanması doğru değildir." (Yarg.9.HD, 15.10.1982, E. 1982/7015, K. 1982/8187-Günay, s. 1307).

³⁶ Yarg. 9. HD. 19.06.1996, E. 1996/1783, K. 1996/14013-Günay, s. 1300; Yarg. 9. HD. 05.7.1994, E. 1994/2454, K. 1994/10531. "...Ödemelerin toplamı tavan sınırını geçtiği takdirde ise bu fazlalığın istirdadı icabeder, aynı döneme rastlıyorsa sözü edilen yasa hükmü gereğince kendisine tavan ciheti gözetilmeksizin yazılı şekilde geri alma isteğinin reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirir." (Yarg. HGK, 18.3.1987, E.987/9-5, K. 206, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Ekim 1990, S. 358, s. 25-30). Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, s. 456;; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 2. B., Konya 2000, s. 114.

³⁷ Tunçomağ/ Centel, s. 220.

³⁸ Başbakanlık Müsteşarına bir hizmet yılı için ödenecek emeklilik ikramiyesi hesaplanırken değişik adlarla bir takım ödemeler, katsayı, gösterge ve ek göstergeler dikkate alınmaktadır. Bu konuda

değişik kamu kuruluşlarında T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmetler için kıdem tazminatı ödenmesine ilişkin olarak da "**özel tavan**" (İş K.m.14/VI) getirilmiş bulunmaktadır. Özel tavan, değişik kamu kuruluşlarında memuriyet statüsünde geçen hizmetlerin belli şartlarla birleştirilmesinde dikkate alınacak tavan olup; kıdem tazminatının T.C. Emekli Sandığına tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktarın, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun emekli ikramiyesi için öngörülen miktarından fazla olamayacağına ilişkindir (İş K.m.14/VI)³⁹. Özel tavan, konumuz dışı olduğu için ele alınmayacak, bu çalışmada kullanılan "tavan" kavramı ise, genel tavanı karşılamak üzere kullanılacaktır.

c. Kıdem Tazminatında Dikkate Alınacak Tavan Hangi Andaki Tavandır?

Burada üzerinde asıl durulacak olan husus, kıdem tazminatı ödenmesinde dikkate alınacak olan tavanın, hangi andaki tavan olduğudur. Diğer bir ifadeyle, kıdem tazminatı ödemesi yapılırken göz önünde bulundurulacak olan tavan, hizmet akdinin bildirimli fesih ile sona ermesi halinde, fesih bildiriminin yapıldığı anda yürürlükte olan tavan mı yoksa bildirim önellerine ilişkin sürenin sona erdiği zamanda yürürlükte bulunan tavan mı olduğu hususudur.

İlke olarak kıdem tazminatında dikkate alınacak tavan, hizmet akdinin kıdem tazminatına imkan verir biçimde hukuken sona erdiği anda yürürlükte bulunan tavandır ve hesaplamalar da, hizmet akdinin hukuken son bulunduğu andaki yani kıdem süresinin sonu kabul edilen zamanda yürürlükte bulunan tavan dikkate alınarak yapılmalıdır. Genel kural bu olmakla birlikte, iş akdinin bildirimli veya peşin para ile feshinde, kıdem süresinin sonu farklı olarak değerlendirilebilmekte,

izlenen formül ve somut değerler için bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 669-670; Abbasgil, s. 189, dn. 418; Usta, s. 397 vd.

³⁹ Bilindiği üzere, değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin belli şartlarla birleştirilmesi mümkündür (İş K.m.14/VI) ve Yargıtay uygulamasına göre işçinin memuriyette geçirdiği süre de bunlardan biridir. Ancak Emekli Sandığına tabi olarak geçen süre, kıdem tazminatına yansıtılırken bu süre işçilikte geçmiş gibi ve işçilikteki esaslar dikkate alınarak hesaplama yapılmamaktadır. Zira, Emekli Sandığına bağlı olarak geçen hizmet süresine ait kısım için ödenecek kıdem tazminatı miktarının, SSK'dan hak kazanılan yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde Emekli Sandığı Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktarı aşamayacağı belirtilmektedir (İş K.m.14/VI) (Yarg. 9. HD. 27.11.1997, E. 1997/16429, K. 1997/19891 -Ekonomi, 1997 Yılı Emsal Kararları, s. 88-89). Yargıtay, bu üst özel sınır hükmünün aksi kararlaştırılmayacak (mutlak emredici) bir hüküm olduğunu, aksini öngören sözleşme hükmünün BK.m.19 uyarınca geçersizlikle karşılaşacağını belirtmektedir (Yarg. 9.HD, 04.02.1981, E. 15856, K. 1400, Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 671, dn. 1340). Görüldüğü üzere, İş K.m.14/VI hükmü kıdem tazminatına Emekli Sandığı'na bağlı geçen süreler için ikinci bir üst sınır getirmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 671-674.

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

dolayısıyla kıdem tazminatında dikkate alınacak tavan zamanı da farklı olarak kabul edilebilmektedir.

Belirtmeye gerek bile yoktur ki, hizmet akdi hukuken son bulduktan sonra yürürlüğe giren yeni tavan miktarının kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün değildir⁴⁰. Esasen bu durum, hizmet akdinin her tür sona erme hali için geçerlidir. Örneğin, hizmet akdinin bildirimli (önelli) feshinde önelin bittiği günden sonra, bildirimsiz (derhal) feshindeyse fesih beyanının muhataba varmasından sonra yürürlüğe girecek yeni tavanın uygulanması beklenemez. Bu açıdan, hizmet akdinin bildirimli fesih ile sona ermesi durumunda, kural olarak, kıdem tazminatında, feshin hukuken tamamlandığı (gerçekleştiği) andaki tavan baz alınmalıdır ki, bu da, bildirim önellerinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan tavan olmalıdır⁴¹. Ancak Yargıtay uygulamasındaki farklılık nedeni ile konuyu ayrıca ele almakta yarar görülmektedir.

Bilindiği üzere, bildirimli fesihte hizmet akdi, kural olarak, kanunda öngörülen veya sözleşmeyle kararlaştırılan önelin bitiminde hukuken son bulur. Başka bir ifadeyle, bu tür feshlerde işçinin kıdem süresi hesap edilirken öneller de dahil edilir ve önelin sonu olan süre, kıdem süresinin de sonudur⁴². Bu nedenle de hizmet akdinin hukuken devam ettiği bu önel içerisindeki dönemde meydana gelen her türlü artıştan, gerek ücrette meydana gelen artışlardan ve gerekse kıdem tazminatı tavan artışlarından işçinin yararlanması gerekir. Yargıtay ise bir kararında, kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesinde, ihbar önelinin dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmiş⁴³; Yargıtay Hukuk Genel kurulu ise, peşin paralı feshlerde ilke olarak fesih bildirim önellerinin kıdeme katılamayacağı kanısını taşımış fakat buna da şu kararındaki gibi bir istisna tanımıştır: "...Yargıtay 9.HD.'nin 24.12.1981 gün ve 12937-15460 sayılı ilamıyla: (...İş Kanunu'na ve yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, ihbar önellerine ait ücret peşin verilme suretiyle hizmet akdinin feshi halinde iş akdi hukuken o anda sona erer ve ihbar öneli hizmet süresine eklenmez ve dolayısıyla işçi ihbar öneli içinde doğacak haklardan yararlanamaz. Olayda davalı işveren, davacının iş akdini ihbar tazminatını peşin vermek suretiyle feshettiğine göre, ihbar önelinin hizmet süresine eklenerek kıdem tazminatı hesaplanması şarttır"⁴⁴. Bir başka kararında da Yargıtay, ihbar tazminatının ödenmesinden sonraki önel içinde gerçekleşen tavan artışlarından işçinin

⁴⁰ Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 674.

⁴¹ Çelik, s. 225.

⁴² Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 486.

⁴³ "Kıdem tazminatına esas süre belirlenirken, 31.3.1994 fesih tarihine ihbar öneli eklenmek suretiyle tespit edilen tarihe kadar geçen sürenin dikkate alınmaması gerekirken, bu sürenin de eklenmiş olması hatalıdır." (Yarg. 9. HD, 12.05.1997, E. 1997/3749 K. 1997/8787- Kazancı).

⁴⁴ Yarg. HGK., 11.5.1984, E. 1982/9-392, K. 1984/549, İşveren Dergisi, Mart 1985, s. 19-20).

yararlanamayacağını "ihbar öneli içindeki haklardan yararlanma kıdem tazminatı tavanının yükselmesi durumunu kapsamaz"⁴⁵ sözcükleriyle dile getirmiştir⁴⁶.

Yargıtay'ın, bildirimli fesihle baz alınacak tavan miktarının önel içerisinde gerçekleşen tavan olamayacağı yönündeki bu kararının peşin paralı bildirimli fesihlere mi yoksa peşin parasız bildirimli fesihlere mi ilişkin olduğu karardan açıkça anlaşılammaktadır. Zira kararda "01.10.1996-30.9.1998 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 28/b maddesinde yasal bildirim süresinin de ilavesi ile ek bir hak kazanabiliyorsa bu haktan işçinin faydalanacağı yolundaki kural **önel içinde kıdem tazminatı tavanının yükselmesi durumunu kapsamaz**. Ancak Toplu İş Sözleşmesi ile getirilen haklar ile ilgili olarak bu hüküm uygulanmalıdır."⁴⁷ denilmektedir. Buna benzer bir başka kararında ise, peşin paralı fesih halinde TİS ile kararlaştırılması durumunda işçinin önel içerisindeki bütün haklardan yararlanabileceğini belirtmektedir⁴⁸. Yargıtay'ın "peşin ödemeli fesih halinde ihbar öneli içinde

⁴⁵ "01.10.1996-30.9.1998 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 28/b maddesinde yasal bildirim süresinin de ilavesi ile ek bir hak kazanabiliyorsa bu haktan işçinin faydalanacağı yolundaki kural **önel içinde kıdem tazminatı tavanının yükselmesi durumunu kapsamaz**. Ancak Toplu İş Sözleşmesi ile getirilen haklar ile ilgili olarak bu hüküm uygulanmalıdır. Somut olayda bu hüküm uygulanmamış olsa dahi fesih tarihindeki tavanı dikkate alınıp bu tavanın hiçbir surette aşılması gerekir. Fark kıdem tazminatı hesaplanırken söz konusu tavan aşılmamak kaydı ile hak belirlenip sonuca gidilmelidir." (Yarg. 9. HD, 30.11.1998, E. 1998/14967, K. 1998/16977- Günay, s. 1296).

⁴⁶ "Davacı işçinin hizmet akdi sona erdirildikten sonra 17.3.1997 tarihinde ihbar tazminatı kendisine ödenmiştir. Bu ödeme tarihine kadar yapılan zamlardan davacının yararlandırılması doğrudur. Ancak önel süresi içinde kıdem tazminatı tavan artışı Temmuz 1997 de gerçekleşmiş olup, bu tavadan davacının yararlandırılması Dairemizin oluşan içtihatlarına aykırıdır." (Yarg. 9. HD., 22.6.1999, 7747/11197-Günay, s. 657).

⁴⁷ Yarg. 9. HD, 30.11.1998, E. 1998/14967, K. 1998/16977- Günay, s. 1296.

⁴⁸ "...Gerçekten TİS'nin 28/b maddesinde ihbar tazminatının tamamen peşin ve nakden ödenmesi halinde işçi mevcut çalışanlarına yasal bildirim süresinde ilavesiyle ek bir hak kazanabiliyorsa bu haktan faydalanacaktır, hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme fesih bildirim sürelerine saygı şartını emredici bir hüküm olarak düzenleyen İş Kanunu'nun 13'üncü maddesine uygundur. Bir TİS hükmü emredici hukuk kurallarına veya ahlak veya adaba aykırı ya da konusu imkansız ise, hükümsüzdür. Anılan sözleşme hükmünün emredici kurallara aykırılığı söz konusu değildir. Bu durumda davacının 01.09.1991 tarihli 2.yıl ücret zammından yararlanması gerekir. Daire'mizin yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır..." (Yarg. 9. HD, 25.01.1993, E. 1992/6468, K. 1993/908-Kazancı; İBBB).

"TİS'nin 27/a maddesinde "işveren, işçinin ihbar önellerine ait tam yevmiyelerini peşin vermek suretiyle hizmet akdini önceden feshedebilir. Ancak ihbar öneli müddeti bitiminde doğacak bütün haklardan işçi istifade eder" hükmüne göre davacı 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş olan ücret artışlarından istifade eder. Bu duruma göre gerekli hesaplamanın yapılarak fark kıdem tazminatı alacağıının hüküm altına alınması gerekir." (Yarg. 9. HD., 4.11.1996, 9889/20498-Günay, s. 672). Yargıtay'ın buna benzer bir diğer kararına göre de "ihbar tazminatının tamamen peşin ve nakten ödenmesi halinde işçi mevcut çalışmalarına yasal bildirim süresinin de ilavesi ile ek bir hak kazanabiliyorsa bu haktan faydalanacaktır kuralı geçerlidir"(Yarg. 9. HD, 5.4.1999, E. 1999/5103, K. 1999/6771-Günay, s. 657).

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

kıdem tazminatı tavanının yükseltilmesinden davacı işçi yararlandırılmaz görüşü de olumsuz karşıtı ile ele alındığında, peşin ödemesiz bildirimli fesihlerde önel içindeki kıdem tazminatı tavan artışından işçinin yararlanması gerektiği sonucu çıkartabilmektedir. Yine 15.4.1998 tarihli bir kararında ise Yargıtay, kıdem tazminatı tavanının yükseldiği tarihten önce işçiye ihbar tazminatı peşin olarak ödenmiş ise tavan yükselmesinden işçinin yararlanamayacağını; Dairelerinin oluşan içtihatlarının bu yönde olduğunu; kıdem tazminatı tavanının yükselmesinden sonra ödeme yapılması halinde ise işçinin bundan yararlanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁰.

Bunun yanı sıra karşılık Yargıtay, açıkça, ihbar tazminatının peşin olarak ödenmediği yani peşin para ile feshin söz konusu olmadığı bildirimli fesihlerde, işçinin önel içinde gerçekleşen haklardan⁵¹ ve bu arada kıdem tazminatı tavan artışından yararlanabileceğini⁵² ifade etmiştir. Bu yöndeki kararlarında Yargıtay'ın,

⁴⁹ Yarg. 9. HD., 16.10.1996, 9877/19597-Günay, s. 674-675. Aynı yönde Yarg. 9. HD., 23.10.1995, 12791/31908-Günay, 696). Yargıtay'ın 1999 tarihli bir kararında ise, ihbar tazminatının peşin ödenmesi durumunda önel içindeki tavan artışından yararlanamayacağı ifade edilmiştir: "Davacı işçinin hizmet akdi sona erdirildikten sonra Mart 1997 ayı içinde Toplu İş Sözleşmesinin 1.8.1996 ve 1.2.1997 ücret zamları nazara alınarak belirlenen ücret üzerinden ihbar tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır. Bu ödeme tarihine kadar yapılan zamlardan davacının yararlandırılması doğrudur. Ancak **önel süresi içinde kıdem tazminatı tavan artışı 1997 Temmuz ayında gerçekleşmiş olup, bu tavadan davacının yararlandırılması Dairemizin oluşan içtihatlarına aykırıdır.**" (Yarg. 9. HD., 02.01.1999, E. 1999/12252, K. 1999/16507-Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2000, s. 17; Kazancı).

⁵⁰ Yarg. 9. HD, 15.4.1998, E. 1998/4994, K. 1998/6703-Günay, s. 662.

⁵¹ İhbar öneli içerisinde toplu iş sözleşmesi imzalanmış olduğundan ihbar ve kıdem tazminatları hesabında bu toplu iş sözleşmesi dikkate alınmalıdır... İşyerinde 01.03.1993 - 28.02.1995 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi 16.04.1993 tarihinde imzalanmıştır. Dosya içeriğine göre, davacının hizmet sözleşmesi davalı tarafından ihbar ve kıdem tazminatları ödenmeksizin 06.04.1993 tarihinde haksız olarak fesih edilmiştir. Dairemizin oluşan içtihatlarına göre, fesih halinde ihbar tazminatı peşin ödenmediği takdirde ihbar öneli içerisinde gerçekleşen haklardan işçinin yararlanması gerekir. Yukarıda belirtilen tarihlere göre iş akdinin feshinden sonra ihbar öneli içerisinde toplu iş sözleşmesi imzalanmış olduğundan bu toplu iş sözleşmesi dikkate alınarak ihbar ve kıdem tazminatlarının hesaplanması gerekir. Yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir (Yarg. 9. HD, 03.11.1995, E. 1995/13363 K. 1995/33393-Kazancı; Günay, s. 1291)

⁵² "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçinin hizmet akdinin davalı işveren tarafından 12.6.1997 tarihinde feshedildiği, ihbar ve kıdem tazminatının ise 23.7.1997 tarihinde ödendiği ... anlaşılmaktadır. 1.7.1997 tarihi itibarıyla kıdem tazminatı tavanı da artmış bulunmaktadır. Davacı ihbar ve kıdem tazminatının ödendiği 23.7.1997 tarihinden önce gerçekleşen TİS zammından ve kıdem tazminatı tavanından yararlanması gerektiğinden söz ederek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.. Mahkemece fesih iradesinin 12.6.1997 tarihinde davacıya ulaştığı ve bu tarih itibarıyla sonuçlarını doğurduğu gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiş ise de az önce açıklandığı üzere ihbar tazminatı peşin ödenmediği için aradaki ilişkinin kesin biçimde sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Davacının işyerinde 10 yıl 1 ay 24 gün çalıştığı taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmadığına göre TİS nin 61. maddesi uyarınca bu süreye tekabül eden **9 haftalık ihbar öneli içinde gerçekleşen zam ve kıdem tazminatı tavanından davacının yararlandırılması icab eder.** Buna göre davacının fark kıdem tazminatının hesaplatılarak

önel içindeki tavan artışından işçinin yararlanabilmesi için ihbar tazminatının ödenmemiş olmasını, yani feshin peşin para ile yapılmamış olmasını aradığı görülmektedir⁵³. Şu kararlar da bu duruma örnek olarak zikredilebilir: "**Fesih tarihinden sonra ve ihbar tazminatının ödenmesinden önce kıdem tazminatı tavanı yükseldiği takdirde işçi, yükselmeden kaynaklanan fark kıdem tazminatı hakkını isteyebilir**"⁵⁴; "İhbar ve kıdem tazminatı çekle ödenerek hizmet akdinin feshine rağmen işçinin sonraki tavan artışından yararlandırılması hatalıdır"⁵⁵;

hüküm altına alınması gerekir. Karar bu yönüyle bozulmalıdır." (Yarg. 9. HD., 2.2.2000, 18386/827-Günay, s. 654).

"Davacı işçinin 30.6.1997 tarihinde hizmet akdinin sona erdirildiği dosya içeriğinden anlaşılmakta ise de, ihbar tazminatının hangi tarihte kendisine ödendiği belli değildir. Hukuk Genel Kurulunun denetiminden de geçen dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre fesih tarihinden sonra ve **ihbar tazminatının ödenmesinden önce kıdem tazminatı tavanı yükseldiği takdirde işçi yükselmeden kaynaklanan fark kıdem tazminatı hakkını isteyebilir**. Bu durumda mahkemece yapılacak iş ihbar tazminatının ödendiği tarih tesbit edilerek ödemenin 1.7.1997 tarihi ve sonrasında ihbar öneli içerisinde gerçekleştiği sonucuna varıldığı takdirde fark tazminat isteğinin kabulüne, aksi halde şimdiki gibi reddine karar verilmelidir." (Yarg. 9. HD., 13.04.1998, E. 1998/4280 K. 1998/6443-Kazancı; Günay, s. 1297)

⁵³ Hizmet akdinin feshinden sonra ihbar öneli içerisinde toplu iş sözleşmesi imzalanmış olduğunda bu toplu iş sözleşmesi dikkate alınarak ve kıdem tazminatı tavanı yükselmişse ona göre hesaplama yapılmalıdır. Bkz. Günay, s. 1291.

Yargıtaya göre de, hizmet akdi Aralık ayında feshedilen ve kıdem tazminatı ödenen işçiye bildirim süresine ait ücreti peşin olarak Ocak ayında ödendiği belirlendiğinde, 1 Ocak da yükselen tavan göz önünde tutularak kıdem tazminatı farkı ödenmesi gerekir: "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı, davalı işveren yanında çalışırken Aralık 1996 tarihinde işverence iş akdinin feshedilerek ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiştir. Ne var ki ihbar tazminatının hangi tarihte ödendiği konusunda dosyada herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Gerçekten ihbar ve kıdem tazminatı yeni yılda ödenmiş ise 1.1.1997 tarihinde yükselen tavan gözönünde tutulmak sureti ile davacı yararına ihbar ve kıdem tazminatı farkı doğacaktır. Mahkemece bu husus üzerinde durulmadan anılan isteklerin reddi hatalıdır." (Yarg. 9. HD., 28.04.1998, E. 1998/7461, K. 1998/7816-Ekonomi, 1998 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s. 12-13; Kazancı).

⁵⁴ "Davacı işçinin 30.6.1997 tarihinde hizmet akdinin sona erdirildiği dosya içeriğinden anlaşılmakta ise de, ihbar tazminatının hangi tarihte kendisine ödendiği belli değildir. Hukuk Genel Kurulunun denetiminden de geçen dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre fesih tarihinden sonra ve ihbar tazminatının ödenmesinden önce kıdem tazminatı tavanı yükseldiği takdirde işçi yükselmeden kaynaklanan fark kıdem tazminatı hakkını isteyebilir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş ihbar tazminatının ödendiği tarih tesbit edilerek ödemenin 1.7.1997 tarihi ve sonrasında ihbar öneli içerisinde gerçekleştiği sonucuna varıldığı takdirde fark tazminat isteğinin kabulüne, aksi halde şimdiki gibi reddine karar verilmelidir." (Yarg. 9. HD., 13.04.1998, E. 1998/4280 K. 1998/6443-Kazancı; Günay, s. 1297)

⁵⁵ "Davacı iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğini ve ihbar kıdem tazminatının ödendiğini, ancak eksik ödendiğinden bahisle fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş akdi 31.8.1995 tarihinde İş Kanununun 13. maddesi uyarınca davalı işverence feshedilmiştir. Davalı işverence davacıya ihbar ve kıdem tazminatını çek ile ödemiştir. Ayrıca çek 08.09.1995 tarihinde davacı tarafından tahsil edilmiş bulunmaktadır. Mahkemece İş K.m.17/l-b ikinci fıkra uyarınca davacının hastalığı nedeniyle aynı Kanunun 13/A-ç maddesinde yazılı kurala göre sekiz haftalık ihbar süresine altı hafta eklemek suretiyle 28.8.1995 tarihinden itibaren yapılan ilave ile sözleşmenin 8.12.1995 tarihinde akdin feshedilmiş olacağından

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

"Dairemizin oluşan içtihatlarına göre kıdem tazminatı tavanının yükseldiği 15.11.1995 tarihinden önce davacı işçiye ihbar tazminatı peşin olarak ödenmiş ise tavan yükselmesinden yararlanamaz. Daha sonra ödeme yapıldığında ise yararlanması gerekir. Ödeme tarihi belirlenmeden isteğin hüküm altına alınması isabetsizdir"⁵⁶.

İnceleme konusu yaptığımız kararda ise Yargıtay, ihbar tazminatı peşin olarak ödenmemesine rağmen işçinin önel içerisinde meydana gelen kıdem tazminatı tavan artışından yararlanma olanağının bulunmadığını ifade etmekte ve Dairelerinin istikrar kazanmış uygulamasının da bu yönde olduğunu belirtmektedir. Bu yönüyle de yukarıda zikredilen çoğu kararlarına ters düşmüş görünmektedir. Zira Yargıtay, yukarıda bazı örnekleri verilen kararlarında, ihbar tazminatının peşin ödenmemesi halinde işçinin önel içerisinde meydana gelen kıdem tazminatı tavan artışından yararlanacağını kabul etmektedir. Şu halde, Yargıtay, ihbar tazminatının peşin ödenmediği bildirimli fesihlerde, kıdem tazminatının hesabında fesih bildiriminin yapıldığı andaki mi yoksa önel içerisindeki tavanın mı baz alınacağı konusunda, inceleme konusu yaptığımız kararla önceki kararları arasında farklı görüşler ileri sürmüş bulunmaktadır.

Ancak, hizmet akdinin peşin parayla yapılmayan bildirimli feshinde önel içinde meydana gelen tavan artışının dikkate alınması gerektiği yönündeki kararlarının istikrar kazanmış nitelikte olduğu görünmektedir⁵⁷. Kaldı ki, Yargıtay, bildirim öneline ait ücret tutarının işverence (fesih anında işçiye) ödenerek akdin feshedilmesi halinde akdin o anda sona ereceği düşüncesinden hareketle o tarihten sonra yürürlüğe giren tavan artışından işçinin yararlanamayacağını⁵⁸ ancak

bahisle 15.11.1995 tarihinde yürürlüğe giren tavan artışından yararlandırılması hatalıdır. Zira yukarıda açıklandığı gibi iş akdi 13. maddeye göre feshedilmiştir." (Yarg. 9. HD., 27.01.1998, E. 1997/20340, K. 1998/815-Günay, s. 1297-1298).

⁵⁶ Yarg. 9. HD, 15.4.1998, E. 1998/4994, K. 1998/6703-Günay, s. 662.

⁵⁷ "İşçi, iş akdinin feshi için kendisine verilen önelin sona erdiği tarihi izleyen gün itibarıyla yükselen kıdem tazminatı tavanından yararlanamaz...Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacı işçinin 70 günlük önel vermek suretiyle usulüne uygun biçimde iş akdinin fesih edildiği, önelin bitim tarihi 31.12.1994 tarihine tesadüf ettiği, böylece 31.12.1994 tarih itibarıyla iş ilişkisi sona erdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının 01.01.1995 tarihi itibarıyla yükselen kıdem tazminatı tavanından yararlandırılması olanağı bulunmamaktadır. Anılan tarihte çalışması olmadığına göre yükselen tavan dikkate alınmak suretiyle fark kıdem tazminat isteğinin hüküm altına alınmış olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD., 25.06.1996, E.996/6468 K.996/14270- Günay, s. 1300; Kazancı).

⁵⁸ "Kıdem tazminatı tavanının yükseldiği tarihten önce işçiye ihbar tazminatı peşin olarak ödenmek suretiyle iş akdi feshedilmiş ise, işçi tavan yükselmesinden yararlanamaz...Davacı işçinin hizmet akdininin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine göre önel verilmeksizin feshedildiği feshin 30.10.1995 tarihinde gerçekleştiği tartışmasızdır. Davacı işçiye ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş olup bu dava ile 15.11.1995 tarihinde yükselen kıdem tazminatı tavanı için fark tazminat istenmiştir. Mahkemece fesih tarihinden itibaren ihbar öneli içinde tavanın yükselmesi nedeniyle

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

davranışın açıkça dürüstlük kuralına aykırı olması halinde işçinin bu artıştan bile yararlanması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁹.

5. Somut olaya gelince, bildirimli fesihte hizmet akdi, kanunda öngörülen veya sözleşmeyle kararlaştırılan önelin bitiminde hukuken son bulacağına, diğer bir ifadeyle, feshi ihbar süresi boyunca devam edeceğine göre, akit o dönem içerisinde hukuki varlığını sürdürmekte ve tarafların hak ve borçları da devam etmektedir. Bu nedenle, hizmet akdinin devam ettiği önel içerisindeki her türlü haktan işçinin de yararlanması gerekir.

Olayda ise, alt mahkeme, peşin ödemeli olmayan bildirimli fesihlerde, ihbar önelleri içerisinde ücrette meydana gelen artışı ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate almamış, üst mahkeme ise, yerel mahkemenin kararını, önel içerisinde ücrette meydana gelen artışın ihbar tazminatı hesabında dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle bozmuş; ancak işçinin, kazanabileceği bir diğer hak olan önel içerisinde meydana gelen kıdem tazminatı tavan artışından ise yararlanma

istek gibi hüküm kurulmuştur. Mahkemece dayanılan bu gerekçe hatalıdır. **Dairemizin oluşan içtihatlarına göre kıdem tazminatı tavanının yükseldiği 15.11.1995 tarihinden önce davacı işçiye ihbar tazminatı peşin olarak ödenmiş ise tavan yükselmesinden davacı yararlanamaz. Daha sonra ödeme yapıldığında ise yararlanması gerekir.** Ödeme tarihi belirlenmeden isteğin hüküm altına alınması isabetsizdir." (Yarg. 9. HD, 15.04.1998, E. 1998/4994 K. 1998/6703-Kazancı, Günay, s. 662).

"İş akdinin feshinden sonra artan kıdem tazminatı tavanından, işçinin yararlanması mümkün değildir...Taraflar arasındaki "kıdem tazminatı" dâvasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gebze İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 28.12.1994 gün ve 1993/141-1994/323 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine; Yargıtay 9. HD'nin 20.6.1995 gün ve 10888-22336 sayılı ilâmı; (...Dosyadaki bilgi ve belgelere ve dinlenen tanık ifadelerine göre, işyerinin davacının çalıştığı enjeksiyon bölümünün ekonomik güçlükler nedeniyle kapatılmasına gerek görüldüğü ve durumun Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirildiği, davacının ihbar ve kıdem tazminatı peşin ödenmek suretiyle, iş aktinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda fesihten sonra artan kıdem tazminatı tavanından, davacının yararlanması mümkün değildir. Gerçekten, salt kıdem tazminatı tavanının yükselmesinden birkaç gün önce feshin gerçekleşmiş olması, az önce açıklanan olgular karşısında davalı işverenin feshi kötüniyetle gerçekleştirdiği şeklinde yorumlanamaz. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davanın reddine karar verilmelidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Yarg. HGK, Kararı: HGK'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, HGK'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır (Yarg. HGK, 06.03.1996, E. 1995/9-1060 K. 1996/118-Kazancı).

⁵⁹ "Ciddi ekonomik nedenlerle, iş akitleri ihbar önellerine ait ücretleri peşin ödenerek feshedilen işçiler, işverenin kısa bir süre sonra yürürlüğe girecek katsayı ile oluşacak yeni kıdem tazminatı tavanından yararlandırmamak amacı ile hareket ettiği kanıtlanmadıkça, yeni kıdem tazminatı tavanından yararlanamazlar." (Yarg. 9. HD, 26.10.1993, E.993/3706 K.993/15119).

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

olanağının bulunmadığı, 9. Hukuk Dairesinin kararlılık kazanmış içtihatlarının da bu doğrultuda olduğu gerekçesiyle bozmamıştır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Yargıtay'ın "Dairemizin kararlılık kazanmış içtihatları da bu doğrultudadır" ifadesi, sözü edilen olay açısından kararı bozmama gerekçesi olarak ileri sürülemez, sadece gerekçenin tutarlılığı açısından teyit amacıyla kullanılabilir. Gerçekten, Yargıtay'ın, önel içerisinde ücrette meydana gelecek artışların dikkate alınacağını ama kıdem tazminatı tavan artışının göz önünde bulundurulmayacağını kabul etmesinin hangi gerekçeye dayandığını kararda açıkça ifade etmesi beklenirdi. Oysa Yargıtay, Dairemizin kararlılık kazanmış içtihatları da bu doğrultudadır gibi gerekçe sayılmayacak bir ifadeye yer vermiştir.

Sonra, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin kararlılık kazanmış içtihatlarının o doğrultuda olup olmadığının ne derece gerçeği yansıttığının araştırılmasında da yarar vardır. Zira Yargıtay'ın eski tarih yeni tarih ayırımı yapılmaksızın pek çok kararında peşin parasız yapılan bildirimli feshlerde, önelin kıdeme dahil edileceği ve önel içindeki kıdem tazminatı tavan artışından da işçinin yararlanması gerekeceği belirtilmiştir.

Yargıtay, 1995 tarihli bir kararında, Dairelerinin istikrar kazanmış kararları olarak şu ifadelerle yer vermektedir: "Davacı, 31.12.1991 tarihinde önel verilmeksizin iş aktinin feshedildiğini, 01.01.1992 tarihinde **kıdem tazminatı tavanının yükseldiğini** ileri sürerek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Mahkeme istek doğrultusunda karar vermiştir. İhbar tazminatının hangi tarihte ödendiği dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Şayet bu tazminat 31.12.1991 tarihinde **peşin olarak ödenmişse**, iş aktinin feshinin anılan tarihte gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu takdirde **davacı fark kıdem tazminatına hak kazanamaz. Daha sonraki tarihte ödenmişse, hak kazanır.** Bu yön üzerinde durulmadan isteğin hüküm altına alınması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. **Dairemizin istikrar kazanmış kararları da bu yöndedir.**"⁶⁰. O halde 1995 yılı itibariyle Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararları, peşin parasız bildirimli feshlerde bildirim öneli içindeki tavan artışından işçinin yararlanması gerektiği yönündedir.

1998 yılı itibariyle Yargıtay'ın görüşü, "**Hukuk Genel Kurulunun denetiminden de geçen dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre fesh tarihinden sonra ve ihbar tazminatının ödenmesinden önce kıdem tazminatı tavanı yükseldiği takdirde işçi yükselmeden kaynaklanan fark kıdem tazminatı hakkını isteyebilir.**"⁶¹ yönündedir. Buna göre 1998 yılı itiba-

⁶⁰ Yarg. 9. HD, 06.11.1995, E. 1995/13352 K. 1995/33432-Kazancı; Ayrıca bkz. Günay, s. 1291.

⁶¹ Yarg. 9. HD., 13.04.1998, E. 1998/4280 K. 1998/6443-Kazancı; Günay, s. 1297.

Kamu-İş; C: 7, S: 1/2002

riyle de Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin ve Hukuk Genel Kurulu'nun görüşü değişmiş, 1995 yılındaki kararlılık kazanmış içtihatları ile aynı yönde devam etmiştir.

Yargıtay'ın 2000 yılı itibariyle görüşü de, işçinin, hizmet akdinin bildirimli feshinden sonra fakat ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesinden önce gerçekleşen TİS zammından ve kıdem tazminatı tavan artışından yararlanması gerektiği doğrultusundadır⁶².

Değerlendirme konusu yaptığımız 25.09.2001 tarihli Yargıtay kararında ise, "Dairemizin kararlılık kazanmış içtihatları bu doğrultudadır." denilerek, Yargıtay'ın hangi tarihli daire kararlarına yollama yaptığını tespit etmek şu durumda oldukça zor görünmektedir.

Şu halde, bildirimli fesihte, hizmet akdinin sona ermesi kanunda öngörülen veya sözleşme ile kararlaştırılan bildirim önellerinin geçmesi ile son bulmuş sayılacağından, önellerin son bulunduğu tarihte yürürlükte bulunan kıdem tazminatı tavan miktarı dikkate alınmalı ve hesaplamalar ona göre yapılmalıdır. Zira bu tür fesihlerde işçinin çalışma süresinin tespitinde, önel süresi de işçinin kıdemine katılmaktadır⁶³.

III. SONUÇ

Yargıtay, somut olayda, işçinin önel içerisinde meydana gelen TİS ile öngörülen ücret artışlarından yararlanması gerektiğine isabetli olarak işaret etmekte ve hesaplamaların da artış üzerinden yapılması gerektiğini vurgulamakta ve bu nedenle de ilk derece mahkemesinin kararını bozmaktadır. Ancak bozma kararının bu yönü kanaatimizce ne kadar isabetli ise, önel içinde gerçekleşen kıdem tazminatı tavan artışından işçinin yararlanamayacağının belirtilmesi yönü de, o derece isabetsiz görünmektedir. Bu nedenle, ihbar tazminatının peşin olarak ödenmediği durumlarda, önel içerisinde meydana gelen kıdem tazminatı tavan artışından işçinin yararlanamayacağı ve Dairelerinin kararlılık kazanmış içtihatlarının da bu doğrultuda olduğu gerekçesine katılmıyor, isabetsiz buluyorum.

⁶² Yarg. 9. HD., 2.2.2000, 18386/827-GÜnay, s. 654.

⁶³ Çelik, s. 225; Saymen, s. 600-601; Oğuzman, s. 247; Ekonomi, İş Hukuku, s. 255; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 526.