

## YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞE İADE DAVALARININ SONUÇLARI

**Doç. Dr. M. Fatih UŞAN\*\***

S. Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku  
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,

### I. GENEL OLARAK

İş güvencesi kurumu Türk Hukukuna ilk kez 2003 yılında 4773 sayılı Kanunla İş Kanununda değişiklik yapılarak girmiştir. 4857 sayılı Kanun da bir takım değişikliklerle sözkonusu müesseseyi benimsemiştir. Gerçekten, İş K.m.21'e 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*

---

\*\* Bu çalışma, Adana Barosunun Avukatlar Günü Kutlama Etkinlikleri 31 Mart-7 Nisan Adana, çerçevesinde, 1.4.2008 Salı günü sunulan tebliğin gözden geçirilmiş halidir.

*verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.*

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

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

İşte çalışmada yalnızca işe iade davalarının sonuçları üzerinde durulacaktır.

## **II. FESHİN GEÇERLİ HALE GELMESİ**

İş K.m.21/5'e göre, *“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”.*

Kanunkoyucu, işçinin işe iade davasını kazanmasından sonra, on iş günü içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurmasını aramıştır. Söz konusu süre hak düşürücü süre olup, riayet edilmemesi halinde fesih geçerli bir fesih halini alır. Bu durumda sözleşmenin sona eriş biçimi ile ilgili olarak tazminat hakları doğabilir<sup>1</sup>. Dolayısıyla işçi önceden kıdem ve ihbar tazminatı almamış ise, kendisine bahsi geçen tazminatlar verilmelidir.

<sup>1</sup> “Şayet davacı 10 gün içerisinde işe başlatılması için işverene başvurmamış ise 31.12.2004 tarihinde yapılan fesih geçerli hale gelecektir. Bu taktirde şimdi olduğu gibi davacının işçilik alacaklarının tespitinde 31.12.2004 tarihinin esas alınması doğrudur. Şayet davacı işçi, 10 gün içerisinde işe başlatma için müracaat etmiş ve işveren tarafından yasal süre içerisinde işe başlatılmamış ise, bu durumda kesinleşen işe iade davası ile 31.12.2004 tarihinde yapılan fesih geçersiz hale geldiğinden artık 31.12.2004 tarihinde yapılmış bir fesihten söz edilemez. **Bu durumda, dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre, iş akdinin feshi işe iade kararı üzerine işçinin işe başlatılmadığı tarihte gerçekleşmiş olacaktır.** Her dava açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirileceğinden, işçilik alacakları ile ilgili bu davanın **açıldığı tarihte yapılmış bir fesihten bahsedilemeyeceğinden, feshe bağlı olarak talep edilebilen ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacak taleplerinin reddine karar vermek gerekecektir**”, Yarg.9.HD., 22.06.2006, 38631/18287, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.184-185.

### III. FESHİN GEÇERSİZ SAYILMASI

#### A) GENEL OLARAK

İş K.m.21/1'e göre, "... feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır".

İşe iade davası esnasında, mahkemenin incelemesi sonrası, fesih için geçerli sebep gösterilmemesi veya gösterilen sebebin geçersiz olduğu sonucuna varılırsa, fesih geçersiz sayılır. Bunun sonucunda işçinin işine iadesi sözkonusu olur. Bu halde ayrıca, bir kısım haklar (boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar ile işçinin işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatı gibi) da doğar<sup>2</sup>.

İşverenin işe iade davası sonrası işçiyi işyerinde çalıştırıp çalıştırmama konusunda kendisine bir **seçimlik hak** verilip verilmediği hususu öğretide tartışmalıdır. **Bir görüş**, iş sözleşmesinin Borçlar Hukuku sözleşmesi olmasından hareketle, sözleşmenin ifa edilmemesi halinde bu sefer sözkonusu yükümlülüğün tazminat borcuna dönüşmesini doğal bir sonuç olarak görmekte, ayrıca burada tazminata ilişkin bir hüküm kurulmasının usul ekonomisi gereği olup, ikinci bir dava açmanın oluşturacağı olumsuzlukları gidermeye yönelik olduğunu ileri sürmektedir<sup>3</sup>.

Buna karşın **öğretideki hâkim kanaat**, Kanunun işverene işçiyi işe başlatmak veya başlatmamak konusunda seçimlik bir hak verdiği yolundadır. İş K.m.21 gereği işveren işçiyi çalıştırmak zorunda olmakla birlikte, bunun yerine getirilmemesi halinde öngörülen sonuçlara da katlanmak zorundadır. Dolayısıyla işçiyi tekrar çalıştırmak istemeyen işveren, tazminatları ödeyerek sorumluluktan kurtulabilir<sup>4</sup>. Buna karşılık, işçinin seçimlik bir hakkı bulunmamaktadır. Sadece dava açarak işe iade isteyebilir<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> İşe iade davalarında feshin geçersiz sayılması durumunun özel hukukta sözkonusu müeyyide türleri ile ilgisi konusunda bkz. **SARIBAY**, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, s.186 vd. Ayrıca bkz. **ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20.B., İstanbul 2007, s.237; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005, s.592; **AKYİĞİT**, Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s.315.

<sup>3</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.592-593.

<sup>4</sup> **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005, s.480. Görüşler için bkz. **SARIBAY**, s.193 vd.

<sup>5</sup> **ÇELİK**, s.237; **SÜZEK**, s.480.

## B) İŞÇİNİN İŞVERENE BAŞVURMASI

### 1. Genel Olarak

İşe iade davasının sonucunda feshin geçersiz sayıldığına ilişkin kararın tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işverene başvurmak gerekir. Bununla birlikte, iade kararının tebliğinden önce işverene başvurulmuş olması, yasal bir başvuru anlamına gelmez. Böyle bir halde, kararın tebliğinden itibaren yeniden bir başvuru yapılmalıdır<sup>6</sup>.

Bununla birlikte işçinin karar kesinleşmeden işveren tarafından işe başlatılması halinde, Yargıtay uygulaması, işe başlatmanın yeni ve farklı bir sözleşmeye dayandığı ileri sürülmedikçe kararın hukuki sonuçlarını doğurduğu şeklinde gelişmiştir<sup>7</sup>. Bu halde işçi boşta geçen süre ücretini talep edebileceken, işe başlatıldığı için iş güvencesi tazminatını alamayacaktır<sup>8</sup>.

Burada işçinin işverene yapmış olduğu başvurunun niteliğine bakmak gerekir. **İşçi, işverene işe iade için başvurmalıdır.** Yoksa tazminatları almak ya da boşta geçen ücreti talep etmek maksadı ile işverene başvuru yapılırsa, bu takdirde başvuru hiç yapılmamış sayılır ve işverenin feshi artık geçerli hale gelir<sup>9</sup>.

Başvuru niteliği itibariyle kurucu yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır. İşçinin iradesinin açıklanması ile sonuç doğar, bunun için işverenin kabulüne de gerek yoktur.

### 2. Başvuru Süresi

İş K.m.21/5'e göre, "İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde" işe başlamak üzere işverene başvurmak zorundadır. Yasada mahkeme kararının kesinleşmesi aranmaktadır. Bununla birlikte, işçinin on iş günü

<sup>6</sup> "Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının 9 ve 10.11.2004 tarihlerindeki işe iade için başvurularının, işe iade kararının kesinleşmesinden önce yapıldığı anlaşılmaktadır. **İşe iade kararının kesinleşmesinden önce yapılan bu başvurular geçerli değildir**", Yarg.9.HD., 22.11.2006, 11483/30849, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.260-261.

<sup>7</sup> İş güvencesi yargılaması sürerken işverenin daveti üzerine işçinin işe başlaması durumunda, başvuru koşulu, işçinin işe başlamasıyla dava sırasında önceden gerçekleşmiştir. Bkz. Yarg.9.HD., 12.09.2005, 22600/29567, **AKYİĞİT**, s.316 dn. 449.

<sup>8</sup> Bkz. **ÇANKAYA**, Osman, Güven/**GÜNAY**, Cevdet İlhan/**GÖKTAŞ**, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.257.

<sup>9</sup> **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.259; **SARIBAY**, s.198.

içerisinde başvuruyu yapmaması, feshin geçerli hale gelmesine yol açar. Ayrıca buradaki on iş günlük süre hak düşürücü niteliktedir<sup>10</sup>. Kanunun ilk halinde 6 iş günü olan süre, on işgünü olarak belirlenmiştir.

Süre başlangıcı ile ilgili olarak işçiye kesinleşen mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihin tespit edilememesi halinde, işçinin beyanı esas alınmalıdır<sup>11</sup>.

Burada belirtilmesi gereken, işe iade kararının temyiz edilmemesi halinde, temyiz süresi olan 8 günlük sürenin bitiminden sonra, mahkeme kararının kesinleştiğinin tebliğ edileceğidir. Bu tebliğden sonradır ki, başvuru yapılabilir. Ancak, belirtelim ki, on iş günlük süre, kısa kararın tefhiminden itibaren başlamaz<sup>12</sup>.

Buna karşılık kararın temyiz edilmesi durumunda, temyiz sonrası Yargıtay kararının kesin olmasından hareketle, Yargıtayın kesin kararı mahkeme tarafından taraflara tebliğ edildikten sonra on iş günlük süre başlar.

### **3. Başvuru Usulü**

İşçinin işe iade davasında işverene yapacağı başvuru işe başlamak maksadı ile olmalıdır. Bu meyanda yapılan başvurunun bizzat yapılması yanında, bir aracı veya noter marifeti ile yahut sözlü veya yazılı olması da mümkündür. Ancak ispat kolaylığı açısından noter aracılığı ile yapılmasında fayda vardır<sup>13</sup>.

**Ancak üzerinde durulması gereken konulardan bir tanesi, yazılı ya da noter aracılığı ile yapılan başvurularda, başvurunun on iş günü içerisinde işverene ulaşmasının mı, yoksa, on iş günü içerisinde ilgili yere (notere) yapılmış olmasının mı yeterli olacaktır?**

<sup>10</sup> "Davacının işverene başvurusu ise 10 günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra 23.05.2005 tarihinde yapılmıştır. Bu durumda davacı işçi tarafından, kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on gün içinde işverene başvurma şartı gerçekleşmemiş olduğundan boşta geçen süre ve işe başlatılmama tazminatı hakkı doğmamıştır", Yarg.9.HD., 22.11.2006, 11483/30849, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.260-261.

<sup>11</sup> **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.257.

<sup>12</sup> "İşe başlamak yönünden işçinin başvuru süresi kesinleşen kararın tebliği ile başlayacağından bu süre kısa kararın tefhim edildiği tarihte başlatılamaz", Yarg.9.HD., 4.10.2005, 10006/32334, **SARIBAY**, s.200 dn.37.

<sup>13</sup> **AKYİĞİT**, s.316.

**Kanaatimize** göre, Kanunun aradığı, burada on işgünü içerisinde işverene ulaşan başvurudur. Yoksa başvuru işleminin başlatılması, sözkonusu yükümlülüğün yerine getirildiği anlamına gelmez. Ayrıca, bu süre kanun tasarısında daha düşük olarak belirlenmişken, kanunda on gün ve hem de iş günü olarak belirlenmiştir. Yine, işverenin de başvurunun eline ulaşmasına bağlı olarak hazırlık yapması gibi hususlar da düşünüldüğünde, hak düşürücü süre içerisinde işverenin hâkimiyet alanına ulaşan bir başvurunun yapılmış olmasının isabetli olduğunu düşünüyoruz<sup>14</sup>.

#### **4. Başvurunun Sonuçları**

##### **a) Feshin Ortadan Kalkması**

İşçinin işverene başvurması ile birlikte, fesih hiç yapılmamış sayılır. Dolayısıyla feshe bağlı sonuçlar da ortadan kalkar.

Bu nedenle işçinin geçmiş dönemde sözkonusu olan boşta geçen süreye ilişkin haklarının kendisine ödenmesi gerekir. Bununla birlikte, sözkonusu hakların ödeneceği süre, davanın devamı kadar olmakla birlikte, en fazla dört aylık süredir.

##### **b) İşçinin İşe Başlatılma Süresinin Başlaması**

İşçinin işverene başvurması ile birlikte, işverenin de işçiyi işe daveti için sözkonusu olan bir aylık süre başlamış olur. İşverenin kendisine yapılan başvurudan sonra, işçiyi çalıştırmaya başlayacağı süreyi bildirmesiyle birlikte, işçi ertesi gün işe başlamak zorundadır. Ancak uygulamada işverenler, işe daveti bir aylık sürenin son gününe rastlatabilmektedirler. Bu takdirde, son gün davet yazısını alan işçinin ertesi gün işe başlayabilmesine izin vermek, hükmün amacına uygun olsa gerektir<sup>15</sup>. Burada dürüstlük kuralı yol göstericidir.

**Tartışılması gereken konulardan bir tanesi de, işverenin bir aylık süre dışında bir günde işçiyi işe başlatabilip başlatamayacağıdır?**

**Bir görüşe** göre, bu halde bir aydan sonraki bir tarihte başlatma kararına karşılık işçiye tazminat ödeme yükümlülüğü olmamasına karşın, ücret ve diğer haklar itibariyle bir aylık sürenin

<sup>14</sup> Aynı görüş, AKYİĞİT, s.317; SARIBAY, s.202.

<sup>15</sup> SARIBAY, s.213.

sonundan itibaren hesaplama yapmak gerekir<sup>16</sup>. Bununla birlikte, bir aylık süre içerisinde başlatılması zorunluluğundan hareketle, bu sürenin geçirilmesi, yükümlülüğün ihlali olarak da nitelendirilebilir<sup>17</sup>.

Belirtelim ki, bir aydan sonra işçi bu davete uymak zorunda kalmamalıdır. Ancak taraflar anlaşmışsa, bir mesele de yoktur<sup>18</sup>.

### c) Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi

İş K.m.21/3'e göre, "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir"<sup>19</sup>.

Belirtelim ki, boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile tazminata, ancak işçinin başvurusundan sonra işverenin işe başlatma çağrısına uyararak işe dönme halinde sözkonusu olur<sup>20</sup>.

Burada işçinin boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının ödeneceği kuralı yer almaktadır. Aslında iş hukukunda ücret ifadesinin geçtiği yerde asıl olan bunun çıplak (dar anlamda) ücret olduğudur. Ancak maddede "diğer hakları" ifadesinin, giydirilmiş ücreti anlattığı, **öğretide** kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

Yargıtay da buradaki ücretin giydirilmiş ücret olduğu görüşündedir<sup>22</sup>.

Üzerinde durulması gereken husus, boşa geçen süreye ilişkin olarak yol ve yemek parası gibi ödemelerin, ücret içerisinde dikkate alınıp alınamayacağıdır. **Öğretide hâkim kanaat**, işçinin fiilen

<sup>16</sup> SARIBAY, s.219.

<sup>17</sup> İşverenin işçiye işe başlatma yükümlülüğü, işçinin işe başlatılmak için yaptığı başvurunun tebliğinden itibaren başlar ve işçinin bir ay içinde işe başlatılması gerekir. İşveren sözü edilen bir ay içinde kalmak kaydı ile işçiye işe başlaması için bir süre verebilir. Bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.260.

<sup>18</sup> Bkz. AKYİĞİT, s.320-321.

<sup>19</sup> "İşçi işverence eski işine iade edildiğine göre feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Şu hale göre boşa geçen en çok dört aya kadar süreyle ilgili ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerekir"; Yarg.9.HD., 13.6.2005, 31887/21116, MESS., Akıllı Kitap, İş Güvencesi, İstanbul, s.H1/018.

<sup>20</sup> Bkz. ÇELİK, s.238.

<sup>21</sup> EKONOMİ, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C.17, S.2, Mart 2003, s.16; SÜZEK, s.488; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.598; AKYİĞİT, s.337; BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku, Ankara 2004, s.100; DURAN, Abdurrahman, Geçersiz Sebep Feshin Sonuçları, Legal İHSGHD., C.1, S.3, 2004, s.811; SARIBAY, s.209 dn.66'da belirtilen yazarlar.

<sup>22</sup> Yarg.9.HD., 11.12.2003, 19181/19777, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.261 dn. 7.

çalışmasına bağlı olarak yapılan, yol ve yemek gibi yardımların parasal bedellerinin İş K.m.21/3'te yer alan diğer haklardan sayılmayacağı, buna karşılık, ikramiye, giyim ve yakacak yardımı gibi ödemelerin ise sayılacağı yolundadır<sup>23</sup>.

Buna karşılık Yargıtay, ilgili düzenlemenin dar yorumlanması gerektiği, bu anlamda yemek ve yol giderlerinin de diğer haklar içerisinde yer aldığı görüşündedir<sup>24</sup>.

**Dört aylık ücretin davanın uzun sürmesi halinde hangi andaki ücret olması gerektiği de belirlenmelidir.**

**Bir görüşe göre**, işçinin işverene başvurduğu tarih dikkate alınarak işçinin ücreti belirlenmelidir. Bununla birlikte Kanunda açıkça çalıştırılmadığı süre ibaresi bulunduğu için, işçinin çalıştırılmadığı süreden sonraki 4 ay sonrasında ücreti dikkate alınarak ücrete karar vermek gerekir. Bir başka ifadeyle, işçinin boşta kaldığı süreye ilişkin ücreti, çalıştırılmadığı dönemden başlamak kaydıyla 4 ay sonraki ücretidir<sup>25</sup>. Yoksa işverene başvurduğu ve işverenin de çalıştırmadığı tarihteki ücret değildir<sup>26</sup>. Bu anlamda sözkonusu dönemde işçi ücretlerine bir zam gelmiş ise bunun da dikkate alınması gereklidir<sup>27</sup>.

Bununla birlikte bildirimli fesih yapılarak bildirim önellerinin işlediği bir dönemde ise fiilen işçinin çalıştırılmaması sözkonusu olmadığı için artık bildirim önellerinin bittiği tarihten (çalıştırılmayan) sonraki dört aylık süredeki ücreti esas alınmak gerekir. Dolayısıyla bu tarihe kadar ücrette yapılan zamlar dikkate alınmalıdır<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.267; **GÜNAY**, Cevdet İlhan, İş Davaları, Ankara 2008, s.1220. Ayrıca bkz. **SARIBAY**, s.209 dn.69.

<sup>24</sup> "Davacı işçiye işyerinde çalıştığı dönemde yol ve yemek parası ödendiği tartışma dışıdır. Davacı işçi 4 aya kadar boşta geçen süre için her iki alacağın da hesaplanması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemece çalışılmayan dönem için adı geçen isteklerle hak kazanılamayacağı gerekçesiyle isteklerin reddine karar verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 21/ 3. maddesinde, "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, davacının boşta geçen 4 aya kadar süre içinde çalışma karşılığı olmaksızın **ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiği yasa hükmüdür**. Kaldı ki, 4 aya kadar boşta geçen süre işçinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmakta ve tazminata esas alınan ücretin tespitinde para ile ölçülebilir tüm aynı ve sosyal yardımlar dikkate alınmaktadır. O halde yasada ifadesini bulan "diğer haklar" kavramı dar yorumlanmamalıdır. Mahkemece anılan isteklerin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir", Yarg.9.HD, 21.2.2006, 1376/7068 S. (yayınlanmamıştır).

<sup>25</sup> **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.267; **GÜNAY**, s.1219; **AKYİĞİT**, s.340.

<sup>26</sup> Bkz. **SARIBAY**, s.211-212; **MESS.**, R003.

<sup>27</sup> **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.267; **AKYİĞİT**, s.340; Yarg.9.HD., 1.12.1003, 19181/19777, **ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ**, s.267 dn.23.

<sup>28</sup> Bkz. **SARIBAY**, s.212.



**Ücret ve diğer haklara ilişkin faiz başlangıcı üzerinde de durulmalıdır.**

**Öğretide bir görüş**, ücret ve sosyal haklar yönünden, işçinin ister işveren tarafından işe başlatılsın isterse başlatılmasın, ödenmesi sözkonusu olduğundan, mahkeme veya hakem kararı ile işverenin yaptığı feshin geçersizliğine karar verildiğine göre, dava tarihinden itibaren faize karar vermek gerektiğini savunmaktadır<sup>29</sup>. Bununla birlikte, öğretideki **genel kabul gören görüş**, faize işçinin işverene başvurduğu tarihten itibaren karar vermek gerektiği yolundadır<sup>30</sup>. Zira, işçinin işverene başvurmaması halinde, işverence yapılmış olan fesih geçerli hale gelecek, işveren bunun sonuçlarından sorumlu olacaktır. Oysa bazılarınca savunulduğu gibi, hükmün kesinleştiği veya kesin hükmün işverene tebliğ edildiği tarih dikkate alınacak olursa, bu tarihte işçinin işe başvurup başvurmayacağı belli değildir. Dolayısıyla henüz alacak muaccel olmamıştır. Zamanaşımının başlangıcı da bu tarihtir<sup>31</sup>. Zamanaşımı süresi de beş yıldır (BK.m.126)<sup>32</sup>.

**d) Boşta geçen (en fazla 4 aylık) Sürenin Kıdemden Sayılması**

İşçinin on iş günü içerisinde işverene başvurması ile birlikte, fesih hiç yapılmamış sayılır. Bunun sonucu olarak da, işçinin boşta geçen süreye ilişkin hakları da ödenmelidir. Bu hakların ödenmesi Kanununun açık hükmü gereği, en fazla dört ayla sınırlıdır<sup>33</sup>. Dolayısıyla

<sup>29</sup> DURAN, s.811.

<sup>30</sup> ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.259, 268; GÜNAY, s.1212; SARIBAY, s.213; MESS., H003. "Boşta geçen süreye ait ücret alacağı da, işçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içinde işverene başvurduğu anda muaccel olan bir alacaktır. Bu alacak için de faize karar verilmesi hatalıdır", Yarg.9.HD., 30.10.2003, 18346/18347, ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.707-708.

<sup>31</sup> ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.258.

<sup>32</sup> ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.270.

<sup>33</sup> Boşta geçen süreye ilişkin en fazla dört ay olarak belirlenecek ücret ve diğer haklara ilişkin davacının herhangi bir talebi olmasa da, mahkemenin buna yönelik olarak da karar vermesi gerekir. Zira, sözkonusu sonuç yasa gereğidir. Bkz. SÜZEK, s.488. Gerçekten, Yargıtay'a göre de, "... Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, tazminatın süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal olarak tutarın gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanmış tespit niteliğinde hükümlerdir. Ayrıca talep olmasa da mahkemece yasanın hükmü gereği hüküm altına alınması gerekir", Yarg.9.2.2004, 2091/1631, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.256-257; Yarg.9.HD., 11.9.2003, 14994/14267. Bununla birlikte, öğretide talebin bulunmaması halinde, sözkonusu haklara karar verilemeyeceği de savunulmaktadır. Bkz. EKMEKÇİ, Ömer, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD., C.1, S.1, 2004, s.178.

bu dört aylık sürenin aynı zamanda kıdeme bağlı haklar açısından da dikkate alınması gerekir. Kıdeme bağlı haklardan, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin gibi, işyerinde kıdem esası dikkate alınarak sözkonusu olan haklar anlaşılmalıdır.

**Bununla birlikte sorun teşkil edebilecek husus, yargılamanın uygulamada da görüldüğü gibi, dört aydan çok fazla sürmesi durumunda, özellikle kıdem tazminatı tavanı ve ödenecek ücretin hangi dönemdeki ücret olacağı noktasında toplanmaktadır.**

Yargıtay uygulaması, işverene başvurma ile feshin yapılmamış sayıldığı, iş ilişkisinin kesintisiz devam ettiği ve işçinin işveren tarafından işe başlatılmadığı tarihteki kıdem tazminatı tavanının esas alınması, kıdem tazminatı hesaplamasında geçerli ücret açısından bu tarihteki ücretin sözkonusu olması, bununla birlikte, boşta kalınan ücret açısından ise, önceki feshi izleyen (geçersiz sayılan fesih bildiriminin yapıldığı) dört aylık sürenin dikkate alınması yolundadır<sup>34</sup>.

İşçinin işverene yapmış olduğu başvuruya rağmen, işverenin işçinin bu başvurusunu kabul etmemesini, bir başka ifadeyle, işçiyi işe almamasını, işveren tarafından yapılan bir fesih olarak nitelemek gerekir. Bu kabulden hareketle öğretilerde **bir görüş**, işçinin 4 aylık ücret dışındaki haklarının, sözleşmenin işverenin yeni fesih beyanı ile sona erdiği tarihe kadar devam etmesi gerektiği yolundadır. Bir başka ifadeyle, İş Kanununda açık bir biçimde ücret alacağı için dört aylık bir sınırlamanın bulunduğu, bunun dışında kıdem tazminatı, yıllık izin süresi gibi kıdeme bağlı haklar açısından ise, sözleşme hiç feshedilmemiş gibi sayılacağından, sözleşmenin devam ettiği tüm sürenin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>35</sup>. Böylelikle,

<sup>34</sup> Yarg.9.HD., 12.4.2005, 2004/18066, 2005/12952, **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.720-712, Legal İHSGHD., S.7, 2005, s.1333-1334, ayrıca bkz. "... Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre, ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağıının hesabında nazara alınması gerekmektedir... Somut olayda fesih ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için davacı lehine 112 gün ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verildiğinden, işe **başlatılmayacağı bildirilen tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden 112 gün için fark kıdem tazminatı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır**", Yarg.9.HD.,28.4.2005, 886/14880, **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.720; "İşe iadede sözleşme süresi 4 ay daha uzar. Bu sürenin ihbar, kıdem ve yıllık izin süresinde de işe iade kararına **uyulmadığı tarihteki ücret dikkate alınarak göz önünde tutulması gerekir**", Yarg.9.HD., 14.7.2005, 2004/30139 2005/26288, Toprak İşveren, S.69, Mart 2006, s.25; Yarg.9.HD., 6.12.2004, 28355/26161, kararın incelemesi için, **ŞAHLANAN**, Fevzi, Tekstil İşveren, Nisan 2004, s.43-45; Yarg.9.HD., 10.10.2005, 2277/32778, Legal İHSGHD., 2006/9, s.290-292.

<sup>35</sup> Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.598; **ÇELİK**, s.239; **AKYİĞİT**, s.340; **ERTÜRK**, Şükran, 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006,s.280.Görüşler ve değerlendirme için bkz. **SARIBAY**, s.205 vd.;

boşta geçen sürenin tamamının sözkonusu haklar açısından değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>36</sup>.

## 5. Başvurmamanın Sonuçları

İşçinin on işgünü içerisinde işverene başvurmaması halinde fesih geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işçi dava esnasında boşta geçen süre ile iş güvencesi tazminatından doğal olarak yararlanamaz.

Bununla birlikte **öğretide**, işverenin iade davası sonrası, nasıl ki, işçiyi işe iade ya da tazminat ödemek seçeneklerinden birine sahip olması gibi, işçiye de bir seçim hakkı verilmesi savunulmaktadır. Buna göre işçi isterse işe başlayabilmeli, isterse de davayı kazandıktan sonra bu tarih itibarıyla kıdem ve ihbar tazminatı haklarını da alabilmelidir<sup>37</sup>. Ancak, bu görüşün kanuni dayanağı yoktur.

Bu arada işçinin işe başlamak üzere işverene başvurmasına karşılık, işverenin işçiyi henüz işe çağırmadan, işçinin başvurusunu geri alabilip alamayacağı üzerinde de durulmalıdır. **Öğretide** böyle bir işlemin yapılabileceği savunulmaktadır. Dolayısıyla, işçi başvurusunu geri alırsa, işçi hiç başvurmamış sayılarak feshin geçerli sayılabilmesi mümkün olabilir<sup>38</sup>. Böylece işçi kıdem ve ihbar tazminatı alabilir.

Belirtelim ki, sözkonusu uygulama şüphesiz işçi lehinedir. Ancak, işçinin iş için başvurmasına karşılık, daha sonra işe başlamaması, **kanaatimizce** (Yargıtay farklı düşünse de) işçi tarafından yapılan bir fesih olarak kabul edilmelidir.

Dolayısıyla, bizim de benimsediğimiz **öğretide bir görüş**, işçinin işverene yapmış olduğu başvurunun daha sonra geri alınamayacağı, bunun hüküm ve sonuçlarını doğuracağı, işçinin zamanında işe başlamamasının ise kendisi tarafından yapılan fesih kabul edilerek, daha önce kıdem ve ihbar tazminatı almışsa onun iadesinin gerekli olduğunu ileri sürmektedir. Hatta bu halde iş sözleşmesi işçi tarafından feshedildiği (usulsüz fesih) için, işçinin ihbar tazminatı dahi ödemesi sözkonusu olabilir<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> SÜZEK, s.487 dn.174.

<sup>37</sup> Bkz. SARIBAY, s.221.

<sup>38</sup> Bkz. BİLGİLİ, s.108.

<sup>39</sup> Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s.594; SARIBAY, s.221.

## C) İŞÇİNİN İŞE BAŞLATILMASI

### 1. Genel Olarak

İşçinin başvurusuna karşın işveren işçiyi bir ay içerisinde işine başlatmalıdır.

**İşverenin işçiyi işe başlatma yükümlülüğü olmakta birlikte, acaba işveren işçiyi hangi işte başlatmalıdır. Başka bir işte (yerde) işçiyi işe başlatabilmesi mümkün müdür?**

İşe iade davalarında esas olan işçinin eski işine başlatılmasıdır<sup>40</sup>. Aslında işverenin işçinin çalışma koşullarını esaslı tarzda değiştirir bir biçimde işçiyi başka bir işte işe başlatabilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle işçi eski işinde/işyerinde işe başlatılmalıdır. İşçi, başka bir işyerinde işe başlatılma teklifini kabul etmek zorunda da değildir. Bu halde, işveren geçersiz feshin sonuçları ile karşılaşacaktır<sup>41</sup>. Ayrıca işçi eski işinde işe başlatılsa dahi, daha sonra çalışma şartlarında değişiklik yapılması, İş K.m.22'de öngörülen değişiklik feshini gündeme getirebilir.

Yargıtay önüne gelen bir olayda işçinin eski işyerinde işe başlatılmamasını hukuka uygun bulmamıştır<sup>42</sup>.

**Yargıtay, işçinin işe iade davası devam ederken başka ile taşınan işyerine, daha sonra işe iade davasını kazanması halinde gitmek zorunda olmadığına da karar vermiştir.** Ancak, burada Yargıtay, davetin uygun olup olmadığını tartışmaksızın, iş şartlarının ağırlaşmasından hareketle işçi tarafından yapılan feshi kabul etmiş, ancak iş güvencesi tazminatı alınamayacağına hükmetmiştir<sup>43</sup>. Bu

<sup>40</sup> "... gönderilen davet yazısında bazı şartlar ileri sürülmüştür. Davacının önceki işinde ve aynı ücretle çalışacağı belirtilmemiş, eğitimine uygun başka bir kadroda istihdam edileceği belirtilmiştir. Davacı bu davetin kanuna uygun olmadığını, belirterek itiraz etmiştir...Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde konusuz kaldığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığı şekilde hüküm kurulması hatalıdır, Yarg.9.HD., 30.04.2007, 1308/13524, Çalışma ve Toplum, S.15, 2007/4, s.260-262.

<sup>41</sup> ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.261.

<sup>42</sup> "Davalı işveren, dava açıldıktan sonra davacıyı Adana'da bulunan işyerinde çalıştığı halde bu defa işçinin Ankara'da bulunan bir işyerinde işe başlamasını istemiştir. Davacı eski işyerine davet edilmiş değildir. Bu nedenle davacının bu davete icabet etmemiş olmasının işe iadeyi istemediği biçimde yorumlanması hatalı"dır Yarg.9.HD., 3.6.2004, 1080/13416, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.715.

<sup>43</sup> "Davacının davalıya ait İstanbul'daki işyerinde çalıştığı sırada hizmet akdinin işveren tarafından feshedildiği, davacı işçi tarafından açılan işe iade davasının yargılması sonrasında geçersiz

kararda Yargıtay belki somut olayda oluşan şartlar çerçevesinde İş K.m.22'yi işletmemiştir. Bu ise, işçinin ihbar tazminatı alamamasına yol açmıştır. Tabii olarak, iş güvencesi tazminatı da ödenmemiştir. Aslında İş K.m.22'nin şartlarının irdelenmesi gibi, işe iadenin uygun olmadığından cihetle, iş güvencesi tazminatının da sözkonusu olabilmesi düşünülmeli gereken hususlardandır. Bununla birlikte, işverenin kapattığı işyeri değil de, diğer işyerine davet etmiş olmasının, işçiyi işe davet etmesinden hareketle, işe başlatmama tazminatına yol açmayacağı ileri sürülmüştür. Hatta bu olayda sendikal tazminat gerektiren bir durum olmasına karşın, işçinin bu sefer diğer işyerinde işe başlamayacağını bildirmesi, iş şartlarının ağırlaştırılması kabul edilmiştir<sup>44</sup>.

Benzer bir olayda Yargıtay, işçinin kapatılan işyerine iade istemesine karşılık, bunun fiilen imkansız olmasından hareketle, işverenin diğer işyerine iadeye karar verilmesi gerektiği şeklinde hüküm kurmuştur<sup>45</sup>. Bunun da aslında, İş K.m.22 ve iş güvencesi tazminatları açısından ayrıca tartışılması gereklidir.

Aslında işverenin yerine getirmekle yükümlü olduğu husus, dürüstlük kuralı çerçevesinde davacıyı eski işinde işe başlatmaktır. Yoksa iş güvencesi hükümlerinin arkasını dolanır bir biçimde işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında çıkarılması değildir. Dolayısıyla, işçi, başka bir işyerinde, ancak kendi rızası ile işe başlatılabilir.

---

*nedene dayandığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine davacının işine iadesine... ödenmesinin gerektiğine karar verildiği, bu karar üzerine davacının yasal süre içerisinde işe başlamak için başvurduğu, işverenin işçiye verdiği cevapta dava devam ederken işyerinin Düzce'ye taşındığını, Düzce'deki işyerinde iş başı yapmasını istediği ancak davacının çalışma koşullarının ağırlaştırılması nedeniyle Düzce'de işbaşı yapamayacağını bildirdiği ve işbaşı yapmadığı, bilahare işçilik alacakları ile ilgili yargılama konusu davayı açtığı anlaşılmaktadır... İstanbul'daki işyerinin Düzce'ye taşınmasıyla İstanbul'da oturan davacı için çalışma koşulları ağırlaştırılmıştır. Bu nedenle Düzce'deki işyerinde çalışmayacağını bildirerek 4857 sayılı Yasanın 24/2 maddesi gereğince hizmet akdini haklı nedenle feshetmiştir. Bunun sonucu olarak davacı kıdem tazminatı, dört aylık boşta geçen ücret varsa diğer işçilik alacaklarını isteyebilir. Ancak ihbar tazminatı ve işe başlatmama tazminatı "sendikal" tazminat isteyemez. Somut olayda davacının kıdem tazminatı ile dört aylık ücret alacağı kabul edilmeli, ihbar tazminatı ve işe başlatmama tazminatı talepleri reddedilmelidir", Yarg.9.HD., 2.7.2007, 2006/34415, 2007/21201, GÜNAY, s.1212., dn.139.*

<sup>44</sup> Bkz. GÜNAY, s.1219.

<sup>45</sup> "Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi dosya içeriğine uygun düşmektedir. Ancak davacı **Kocaeli ilindeki işyerine iadesini istemektedir. Somut olarak iade istenilen işyeri kapatıldığından ve davacının nakledildiği anlaşıldığından, nakledildiği Ankara işyerine iadesine karar verilmesi gerekir.**Zira, kapatılan yere iade kararında fiili imkansızlık bulunmaktadır.Mahkemece işe iade edilecek işyeri kararda belirtilmediğinden,kararın bu yönden bozulması gerekmektedir",Yarg.9.HD.,12.12.2005, 36029/39128,SARIBAY,s.243,dn. 187.

Bunun yanı sıra, işverenin işe başlatma yükümlülüğü uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi herhangi bir şarta da bağlanamaz. Bu anlamda işçiye yönelik olarak ödenen kıdem ve ihbar tazminatının iade edilmesi ile birlikte işe başlatılacağı yolundaki bir çağrı, hukuken uygun bir çağrı sayılmasa gerektir<sup>46</sup>.

Bu arada üzerinde durulması gereken hususlardan bir tanesi de, işe başlatılan işçinin **ücretinde olumsuz anlamda bir değişikliğin yapılabilip yapılamayacağıdır**. Özellikle özelleştirilen işyerlerinde sıklıkla görülebildiği gibi özelleştirme sonrası işyerinde geçerli **çalışma koşullarında işçiler aleyhine yapılan değişiklikler, uygulanabilme kabiliyetini haiz midir?**

Şüphesiz, işyerinde ücretlerde bir artış olmuşsa, işine iade edilen işçinin de sözkonusu artıştan yararlandırılması gerekir. Bununla birlikte ücretlerde bir düşüklük yapılmışsa, bu düşüklüğün işçiye bağlayıp bağlamayacağı önemli sorun teşkil eder<sup>47</sup>.

Bir kere, işçinin işe iade davası açtığı dönemde, işverenin bireysel sözleşmelerle işçi ücreti veya sosyal haklarında bir indirimde gitmesi, davayı kazanan işçi için herhangi bir sonuç doğurmaz. Bu takdirde işveren, işyerinde sözkonusu yeni (düşük) şartlarla değil, eski şartlarla işçiye işe iade etmek durumundadır. Bundan sonra işçi işe iade edildikten sonra, iş şartlarında bir değişiklik yapılmak istenirse, o zaman İş K.m.22 devreye girerek mesele halledilmelidir. Sonuç itibarıyla, işçinin işe iade davası devam ederken, diğer işçilerin bireysel kabulleri ile iş şartlarında yapılan değişiklikler, işçiye bağlamaz.

Bir diğer konu da, işe iade davasında **asıl işveren-alt işveren ilişkisinin** sözkonusu olduğu durumlarda, işe iade kararı kimin için verilmiş ise, işçiye onun işe başlatmak zorunda olduğudur. Asıl işverenin İş K.m.2 çerçevesinde birlikte sorumluluğu, ancak tazminat ödeme borcunda sözkonusu olabilir, yoksa işe iadenin uygulanmasında değil<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.594; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.260.

<sup>47</sup> ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ'a göre, "İşçinin süresi içinde işe başlatılmasının en önemli sonucu iş sözleşmesinin feshedilmemiş gibi devam etmesidir. İşçi, yeni işe giren bir işçi gibi nitelendirilemeyecek ve geçersiz sayılan fesihten itibaren işe başlatıldığı tarihe kadar işyerinde yürürlüğe giren zamlardan yararlanmış gibi ücreti belirlenecektir. İşçinin yazılı rızası alınmadan daha düşük bir ücretle işe başlatılması mümkün olmayacaktır. Aksi takdirde işçi, düşük ücretle işe başlaması nedeniyle fark ücretlerini talep edebilecektir", ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.260.

<sup>48</sup> "Buna göre asıl işveren hakkında işe iadeye dair karar verilmemesi isabetli ise de, işe başlatmama tazminatı ile 4 aya kadar boşta geçen süre ücretinden davalı alt işverenle birlikte sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis edilmemiş olması hatalı olmuştur", Yarg..HD., 10.10.2006, 19120, 26775, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.300-301.

**Tartışılması gereken konulardan birisi de iade kararında, Mahkemece, işçinin yaptığı iş dışında başka bir işe veya işyerine iadesine yönelik hüküm tesis edilebilip edilemeyeceğidir.** Önüne gelen bir olayda Yargıtay davacı işçinin işini yapamayacağına yönelik raporlar olması yanında, davalı Kurumun çok geniş bir işçi sayısına sahip olmasından hareketle, davacının başka bir işte çalıştırılıp çalıştırılmayacağına araştırılması açısından feshin son çare olması ilkesi de dikkate alınarak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bu arada Yargıtay, yerel mahkemenin incelemesi sonucu, işçinin başka bir işte çalışabilme imkânının tespiti halinde ise artık, doktor raporları ile o işte çalışamayacağı belirlenen, toplu taşıma araçlarında şoför olan davacının bu işine değil, belirlenen diğer işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

**Kanaatimizce,** Yargıtay tarafından benimsenen bu çözüm tarzı, şüphesiz feshin son çare olması ilkesi açısından değerlendirilebilmekle birlikte, işverenin yönetim hakkına müdahale ile de irtibatlandırılmalıdır. Aslında, iade davaları sonrası işçiler, eski işlerine iade edilmelidirler. Ayrıca, işçi, işverenin başka bir işe veya başka işyerindeki işe iade edilse bile, bizzat kendisi de o işyerinde çalışmak istemeyebilir. Bu da ayrı bir sorundur. Bir başka ifadeyle, işçinin mahkeme tarafından belirlenen işi kabul etmeme ihtimali de her zaman mevcuttur<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> "Davalı işverene işyerinde şoför olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin psiko-teknik muayene sonucu yetersiz görülmesi üzerine geçerli nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur... toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan davacının genel tarama testine tabi tutulduğu ve bir kısım testler sonucunda, davacının görsel süreklilik, muhakeme, görsel algı/bellek, hız mesafe tahmin testi trafiğe ilişkin görüş testi gibi konularda yetersiz olarak değerlendirildiği görülmektedir... çalışmasında psiko-teknik değerlendirme açısından sakınca bulunduğu belirlenmiştir. Konunun uzmanları tarafından test sonuçları ile değerlendirme raporlarına itibar edilmesi gerekir. Yine davacının son 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karıştığı dosya içeriği ile sabit olmuştur. Davacının toplu taşıma araçlarında şoför olarak çalıştığı tartışmasızdır. Genel tarama testleri sırasında ortaya çıkan sonuçlara ve davacının kaza yapma sıklığına göre **işyerinde şoför olarak çalıştırılması doğru olmaz.** Ne var ki, davalı işveren çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olup davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre **başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.** Davacının iş sözleşmesi, görevinin gerektirdiği nitelikleri taşınamaması sebebiyle feshedilmiş olmakla, belirtilen fesih şekline göre feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekir... Mahkemece yapılacak olan inceleme sonunda davacının **başka bir işte değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirlendiği takdirde, işe iade isteğinin reddine dair hüküm kurulması gerekir.** Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yönünde karar velimelidir. Gerçekten feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı belirlenmesi durumunda işe iade kararı verilmesi gerekmektedir. **somut olayın özelliği gereği davacının şoförlük görevini ifa etmesinin mümkün olmadığı psiko-teknik değerlendirmeler sonunda belirlendiğinden, davacı işçinin eski işi yerine, çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurması gerekir.** Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bu yönden bozulması gerekmiştir", Yarg.9.HD., 12.06.2007, 8740/18743,

Dolayısıyla, böyle bir mahkeme kararının işverenin yönetim hakkına doğrudan bir müdahale oluşturduğu **kanaatindeyiz**. Oysa önceki Yargıtay uygulaması, mahkeme kararları ile işverenin yönetim hakkına müdahale etme imkânının bulunmadığı yolunda gerçekleşmişti<sup>50</sup>. İşte bu kararı ile Yargıtay sözkonusu görüşünden vazgeçmiş gibi görünmektedir. Ancak benimsenen çözüm tarzı, bize göre isabetli değildir<sup>51</sup>.

## 2. Boşta Geçen Süreye İlişkin Olarak Ücret ve Diğer Hakların Ödenmesi

İşçinin çalışılmayan döneme ilişkin olarak yargılama süresince ve fakat en çok dört aylık ücret olarak ödenecek miktar, işe iade kararı ile fesih artık geçersiz sayıldığından sözkonusu olur. Bu halde işveren işçiyi ister işe başlatsın, ister başlatmasın ücreti ve diğer hakları ödemekle yükümlüdür.

## 3. İhbar ve Kıdem Tazminatlarının Akıbeti

İş K.m.21/4'e göre, "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 sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir".

---

kararın incelemesi için bkz. **CANBOLAT**, Talat, Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir, Sicil, Y.3, S.9, Mart 08, s.62 vd.

<sup>50</sup> "Mahkemenin, bu hususa yönelik kararı doğrudur. Ancak **İş Hukuku'nda işverin düzenleme ya da işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte kurulması olanağı yoktur**. Mahkeme, "hakların iadesine" şeklinde hükmü kurmakla imtihan sonucuna göre ünvanı ve kadro tahsisi dahil olmak üzere işverene her türlü işlem yapmak zorunluluğu getirilmiş olmaktadır. Davacının tesbit davası açmakta hukuki yararı varsa da bunun her türlü sonucuna işverenin katlanması yükümlüğü getiren istekte bulunması mümkün değildir. Buna göre, tesbitle yettirilmesi gerekirdi, ", Yarg.9.HD., 25.3.1996, 3013/6079, Tekstil İşveren, Haziran 1996. S.200, s.17-18; "Davacı 4. derecede değil 3. derecede çalıştığıının tesbiti ile bu hatalı uygulamadan doğan alacak iddiasında bulunmuş ise de, alacak talebinden vazgeçtiğini bildirmiş olduğundan mahkemece üçüncü iş derecesinde çalıştığıının tesbitine karar verilmiştir. **İş Hukukunda işvereni zorlayıcı şekilde düzenleme yapma sonucunu doğuran karar verilmesi olanağı yoktur**. Yargıtayın uygulaması da bu doğrultudadır...", Yarg.9.HD., 5.3.1996, 30045/3853, Çimento İşveren, C.10, S.3 Mayıs 1996, s.35. "İş Hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakın gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak **işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz**. O halde karar bu nedenle de bozulmalıdır", Yarg.9.HD., 14.05.1996, 1014/10093, İşveren, C.XXXIV, S.11, Ağustos 1996, s.16.

<sup>51</sup> Buna karşılık Yargıtay görüşünü isabetli bulanlar da vardır. Bkz. **CANBOLAT**, s.64 vd.



İşçinin kanuna uygun bir biçimde işverene başvurması sonrası işverenin de işçiyi işine başlatması durumunda geçersiz nedenle feshedilen sözleşme sonrası işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş ise bunların iadesi gerekir. Zira, mahkeme kararı ile fesih hiç yapılmamış anlamına gelir.

Belirtelim ki, 4773 sayılı Kanundan farklı olarak 4857 sayılı Kanunda kıdem ve ihbar tazminatı iadesi/mahsubu, ödenmesi gereken boşta geçen süreye ait ücretten düşülecektir. 4773 sayılı Kanun döneminde aynı zamanda iş güvencesi tazminatından da mahsup öngörülüyordu. Şimdi, kanunkoyucu yalnızca boşta geçen döneme ait ücret için mahsubu öngörmüştür.

Kanunkoyucu, böylelikle işçi ücretleri için sözkonusu olan takas/mahsup yasağına, işin niteliğinden kaynaklanan bir istisna daha getirmiştir. Burada takas konusunda işçinin rızası/muvafakati aranmaz.

**Belirtilmesi gereken hususlardan bir tanesi, işçinin işe başlatılması ile birlikte iadesi gereken kıdem ve ihbar tazminatının hangi miktarda iade edilecek olduğudur.**

**Öğretide bir görüş**, burada sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmekle birlikte, yine bir kısım yazar iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu<sup>52</sup>, bir diğer yazar da kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu<sup>53</sup> kapsamında iadesinin sözkonusu olmasını aramaktadır.

**Kanaatimizce** burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamaz. Zira, Kanundan kaynaklanan bir iade borcu sözkonusudur. Bunun için sebepsiz zenginleşme hükümlerine gitmeye gerek yoktur<sup>54</sup>.

Bu arada işçiye peşin olarak ödenen kıdem ve ihbar tazminatının hak ettiği boşta geçen süre ücretinden fazla olması halinde, bakiye kısmın tahsili üzerinde de durmak gerekir. Belirtelim ki, işçi ücretlerinde takas/mahsup için işçinin muvafakati aranır. Ancak işçinin işverene kasden zarar vermesi durumunda, muvafakat aranmamaktadır.

<sup>52</sup> **UÇUM**, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s.86.

<sup>53</sup> **EKMEKÇİ**, Değerlendirme, s.180.

<sup>54</sup> Benzer görüş, **SARIBAY**, s.226-227.

Bunun yanı sıra, işçinin bakiye kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin ücretinden kesinti yapılmasına muvafakat etmesi halinde, yine de haciz için sözkonusu sınır olan ¼'lük oranın burada da geçerli olacağı, daha fazlasının kesilemeyeceği **kanaatindeyiz**<sup>55</sup>. Bir başka ifadeyle, işçi rıza gösterse bile bakiye kısım için ¼ oranını geçmemek üzere işçinin ücretinden kesinti mümkündür. Rıza bulunmuyorsa normal, icra usulü benimsenmelidir<sup>56</sup>.

**Yine tartışılması gereken, iade edilmesi gereken kıdem ve ihbar tazminatı için, işçinin faiz ödemesinin gerekip gerekmediğidir.**

Bu yönde **öğretide bir görüş**, faiz gerekmezsiniz sözkonusu miktarın iade edilmesi gerektiği şeklindedir<sup>57</sup>. Burada hareket noktası olarak, eğer faiz sözkonusu olursa, işçinin işe iade başvurusundan çekineceği, işçinin kendisinin geçerli bir neden olmadan sözleşmeyi feshetmesine bağlı olarak bu sefer faiz elde etmesinin de hakkaniyete uygun olmadığı şeklindedir<sup>58</sup>.

Bununla birlikte **genel kabul gören görüş**, işçinin faizi ile birlikte kalan miktarı iade etmesi gerektiği yolundadır<sup>59</sup>.

**Kanaatimizce de**, iade faiz ile birlikte yapılmalıdır. Ancak faiz başlangıcını işverenin ödemede bulunduğu tarih olarak kabul etmek de hakkaniyete uygun olmasa gerektir. Kanuna göre, işçinin işe başlatılması halinde faiz alacağı da doğacaktır. Bir başka ifadeyle, faiz işçinin bu paraları aldığı tarih değil, işverence işe başlatıldığı tarihten itibaren yürütülmelidir. Zira öncesinde işçiye yüklenebilecek bur kusur da yoktur<sup>60</sup>.

Bu arada işçinin ödemekle yükümlü olduğu faiz miktarını da, **öğretide aksi görüşler** bulunmasına karşın, kanuni faiz olarak kabul

<sup>55</sup> Bkz. **UŞAN**, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C.1, İş Hukuku, Ankara 2006, s.88.

<sup>56</sup> Burada rıza unsuru aranmadan işçi ücretinden kesinti yapılamayacağı, ancak dava ve icra yolu ile hacizle bakiyenin tahsil edilebileceği yolunda bkz. **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.271; **SARIBAY**, s.228.; **MESS.**, H/006.

<sup>57</sup> **DURAN**, s.344. **BİLGİLİ** de iade edilirken faizin sözkonusu olmamasını, ancak işe başladıktan sonra işverenin talebine rağmen işçinin ödememesi halinde kanuni faizin sözkonusu olacağı görüşündedir. **BİLGİLİ**, s.111.

<sup>58</sup> **SARIBAY**, s.228.

<sup>59</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.594; **AKYİĞİT**, s.332; **DEMİR**, Fevzi, İş Hukuku Uygulaması, 4.B., İzmir 2005, s.241.

<sup>60</sup> **AKYİĞİT**, s.344; **BİLGİLİ**, s.110-111; **EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.177.

etmek uygun olsa gerektir. İşverenin ödemekle yükümlü olduğu kıdem tazminatı açısından mevduata uygulanan en yüksek faiz, ihbar tazminatı açısından da kanuni faizdir. İşverenin sözkonusu yükümlülüğü dikkate alınarak özellikle, kıdem tazminatı açısından mevduata uygulanan en yüksek faiz ile kalan miktarın talep edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Zira, burada işçinin ödediği meblağ gecikme faizi olarak kanuni faiz olmak gerekir<sup>61</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, işe başlatma, işçinin almış olduğu kıdem ve ihbar tazminatını iade koşuluna bağlanamaz<sup>62</sup>. Kanun, işçinin işe başlatılması açısından yalnızca kanuni süre olan on işgünü içerisinde işverene başvuru şartını aramıştır. Bunun dışında herhangi başka bir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla, işçinin kıdem ve ihbar tazminatını iade edememesi, aynı zamanda işveren açısından sözleşmenin feshi için haklı bir neden de oluşturmaz. Şüphesiz işveren, yasal yollardan sözkonusu alacağı tahsil edebilme imkânına her zaman sahiptir. Dolayısıyla, işçi kıdem tazminatını ister iade etsin isterse etmesin kıdemi devam eder. Ancak önceden alınanların iade edilmemesi haklı bir neden sayılmasa da sözleşmenin feshi için geçerli bir neden olarak kabul edilebilir<sup>63</sup>.

#### **4. Dava Sırasında Başka Bir İşte Çalışma**

İşe iade davalarının iki ay içerisinde tamamlanması esası benimsenmiştir. Ancak uygulamada işe iade davalarının bu sürenin çok üzerinde sürdüğü de bir gerçektir.

Hemen şunu söylemekte fayda vardır ki, işçinin davanın devamı süresi içerisinde çalışmış olması, onun eski işinde çalışmak istemediği anlamına gelmez<sup>64</sup>.

Ancak işe iade davasının kazanılması durumunda, işçinin boşa kaldığı dönem için en fazla dört aylık ücret ve diğer haklarını talebinde bu çalışılan dönemde el edilen ücretin bir etkisinin olup olamayacağı veya elde edilen ücretin mahkeme kararında belirtilen ücret ve diğer haklardan mahsup edilip edilemeyeceği üzerinde durmakta fayda vardır.

<sup>61</sup> Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU, s.594.**

<sup>62</sup> **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.270.**

<sup>63</sup> **AKYİĞİT, s.323.**

<sup>64</sup> **ŞAHLANAN, Fevzi, İşe İade Davası Sürerken İşçinin Yeni Bir İşe Girmesi, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S.321, Ekim 2006, s.3.**

**Öğretide** bu konuda iki görüş bulunmaktadır.

**Bir görüşe göre**, BK.m.325'de öngörülen benzer müessese gibi burada da işçinin ikinci işte elde etmiş olduğu ücretin, boşta geçen süreye ilişkin ücretten mahsup edilmesi gerekir<sup>65</sup>.

Bununla birlikte **bize göre de haklı olan**, burada bir mahsuplaşmanın sözkonusu olmadığı **görüşüdür**. Öğretide sözkonusu görüşü savunan yazarlar farklı gerekçelere dayanmakta iseler de<sup>66</sup>, kanunda "çalıştırılmadığı süre ücretine" yer verilmesinden hareketle, işçinin çalışması ücret açısından mahsuplaşmaya yol açmamalıdır. Kaldı ki, işçinin uzun süren dava aşamasında, hele de kıdem ve ihbar tazminatını da alamadığı durumlarda, çalışma hakkının mahsuplaşma nedeniyle önüne geçilmesi, hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar da doğurabilecektir.

Nitekim Yargıtay da mahsup görüşünü benimsememektedir<sup>67</sup>.

## 5. Boşta Geçen Sürede İşsizlik Ödeneğinin Alınabilecek Olması

Uygulamada sorun teşkil eden noktalardan bir tanesi de, dava devam ederken, işsizlik ödeneğinin talep edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Şüphesiz bu konuda öncelikli olarak işçinin işsizlik ödeneği alma koşullarına sahip olması gerekir.

Bundan sonra, İşsizlik Sigortası Kanunu hükümleri gereğince, Türkiye İş Kurumuna başvuran ve kendisine işsizlik ödeneği ödenen işçinin, işe iade davasını kazanması ve işine iade edilmesi durumunda,

<sup>65</sup> **SOYER, s.63; EKMEKÇİ**, Değerlendirme, s.179, dn.16; **ALPAGUT**, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, 21.25 Eylül 2005, Bodrum, Toprak İşveren İstanbul ty., s.247; **ERTÜRK**, s.280.

<sup>66</sup> **SÜZEK**, s.489; **AKYİĞİT**, s.342; **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.267; **GÜNAY**, s.1213; **BİLGİLİ**, s.103; Görüşler için bkz. **SARIBAY**, s.231.

<sup>67</sup> "SSK kayıtlarına göre de, davalı işyeri 30.04.2005 tarihinde kapatılmıştır. Belirtmek gerekir ki, feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunan işçinin, boşta geçen süre içerisinde yeni bir iş bulması, feshin geçersizliğini ve işe iadeyi etkileyen bir unsur değildir. Kanunda bu yönde düzenleme olmadığı gibi, çalışma halinde bu sürenin boşta geçen süreden mahsup edileceğine dair bir kurala da yer verilmemiştir. Mahkemece, bu nedenle işe iadeye karar verilmemesi ve boşta geçen süre ücretinin 41 günle sınırlandırılması hatalıdır", Yarg.9.HD., 6.2.2006, 942/2409, Çalışma ve Toplum, S.9, 2006/2, s.166, "Ayrıca davacının fesihden 15 gün sonra başka bir işverende iş bulması boşta geçen süre ücret alacağını etkilemediğinden ve davalı feshin geçersizliği ile temerrüde düştüğünden yasal sınır olan 4 aya kadar ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerekir", Yarg.9.HD., 26.05.2005, 12592/19362, Çalışma ve Toplum, S.7, 2005/4, s.219-221.

boşta geçen süreye ilişkin ücreti işveren tarafından ödenecek, bu **arada işsizlik fonundan aldığı miktarın akıbeti ne olacaktır?**

Bir kere Kanunda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide **genel kabul gören görüş**, işçinin boşta kaldığı dönemde işsizlik ödeneği almasının, daha sonra işe iade kapsamında boşta kaldığı ücreti almasına bir engel oluşturmadığı yolundadır<sup>68</sup>. Bununla birlikte öğretiyi, alınan işsizlik ödeneğinin daha sonra iade edilip edilmeyeceği konusunda farklı görüşlere sahiptir.

**Öğretide bir görüş**, işsizlik ödeneğini alma koşullarından bir tanesinin ücret almamak olduğundan hareketle, işverenin ödenen işsizlik ödeneğini ödenecek ücret ve diğer haklardan keserek Kuruma iade edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Hatta, Türkiye İş Kurumunun bu ödemeyi geri alabileceği de söylenebilir<sup>69</sup>.

Buna karşılık **diğer bir görüş** ise, işsizlik ödeneğinin iadesinin sözkonusu olmadığı, zira maddede çalıştırılmadığı süreye ilişkin dört aylık ücretin ve diğer hakların hüküm altına alınacağı belirtildiğine göre, sözkonusu haklara ulaşmak için çalıştırılmamanın yeterli olduğundan hareketle, işsizlik ödeneğinin geri alınmayacağı yolundadır<sup>70</sup>.

**Bize göre de**, işsizlik ödeneğinden alınan miktarın iadesine gerek yoktur. Bir kere sözkonusu dönemde işçi en azından fiilen işsiz kalmıştır. Tabii olarak işsizlik sigortasından yararlanma imkânı bulunmaktadır. Bunun sonrasında davayı kazanması ve kendisine ücret ve diğer haklarının ödenmesi işsizlik ödeneğinden alınan meblağın iadesi anlamını taşımamalıdır. Kaldı ki, işçinin başka bir işte çalışması halinde de ücreti mahsup edilmemektedir. Yine, işçinin işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanması, daha sonraki bir tarihte, yeniden işsizlik ödeneğinden yararlanmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde bir avantaj da oluşturmamaktadır.

## 6. Dava Devam Ederken İşçinin İşe Başlatılması

Yine uygulamada görülen durumlardan bir tanesi de, işçinin işe iade davası sürerken eski işine işveren tarafından davet edilmesi ve çalışmaya başlamasının işe iade davasını nasıl etkileyeceğidir.

Yargıtay önceki uygulamasında, işçinin eski işinde çalışmaya başlaması ile birlikte davanın konusuz kaldığı ve işçinin iş güvencesi

<sup>68</sup> Bkz. SARIBAY, s.233

<sup>69</sup> Bkz. SÜZEK, s.489; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.269; ALPAGUT, s.248.

<sup>70</sup> Bkz. SARIBAY, s.234 ve dn.156-158'de belirtilen yazarlar.

tazminatı ile boшта geçen süre ve diğer haklarını alamayacağı görüşünde idi<sup>71</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay daha sonra bu görüşünden isabetli olarak dönmüştür. Çünkü yargılamaya devam ederek, boшта geçen süre ücreti ile yargılama giderlerinin akıbeti hakkında bir karar vermek gerekir<sup>72</sup>.

Yine bir olayda Yargıtay, işveren tarafından işe davet edilen işçinin, eski işte değil de bir başka işte çalıştırılacağına bildirilmesi karşısında, bu davetin iş sözleşmesinin tekrar kurulması sayılamayacağına hükmetmiştir<sup>73</sup>.

Hemen şunu belirtmekte yarar vardır ki, fesih işlemi bozucu yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır. Karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ondan sonra tek taraflı olarak fesih beyanından dönülemez. Ancak ihbar süreleri içerisinde taraflar anlaşarak fesih beyanını etkisiz hale getirebilirler. Yine, işçinin işe iade davası açtığı durumda işveren işçiyi işe davet etmiş ve işçi de bunu kabul etmiş ise, yargılama faaliyetine devam edilerek önceki feshe ilişkin işlemin geçerli olup olmadığı yolunda bir karara varmak gerekir. Önceki feshin geçerli bir fesih olması durumunda, işveren tarafından işçinin işe daveti (yeni sözleşme için) icap olarak kabul

<sup>71</sup> **ALPAGUT**, s.242; **TAŞKENT**, Savaş, Boшта Geçen Sürenin Ücreti, Yargıç Resul ASLANKÖYLÜ'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.105 vd.; **CENTEL**, Tankut, Boшта Kalınan Sürenin Ücreti, Tekstil İşveren S.285, Eylül 2005, s.36 vd.

<sup>72</sup> Gerçekten Yargıtaya göre, "... dava devam ederken, **davacının işe başlatılmış olması aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir.** 4857 sayılı İş Kanununun 21.maddesinin 3 ve 5. fıkralarına göre, boшта geçen süre ücreti, feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ve işe başlatılmak için işverene süresinde başvurulması şartına bağlıdır. Somut olayda, boшта geçen süre ücretine ilişkin bu şartların yargılama sırasında, davacının işe başlatılmasıyla, önceden gerçekleştiği kabul edilmelidir... **davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boшта geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir...** Bu nedenle boшта geçen süre ücreti ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır", Yarg.9.HD., 2.2.2005, 2004/31715, 2005/2889, Çalışma ve Toplum, S.5, 2005/2, s.264-265.

<sup>73</sup> "Sözleşmenin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. **İşverence dava sırasında yapılan davet daha önce gerçekleştirilen feshi ortadan kaldırmaz. Kaldı ki, gönderilen davet yazısında bazı şartlar ileri sürülmüştür.** Davacının önceki işinde ve aynı ücretle çalışacağı belirtilmemiş, eğitimine uygun başka bir kadroda istihdam edileceği belirtilmiştir. Davacı bu davetin kanuna uygun olmadığını, belirterek itiraz etmiştir. Bu davet önceki **iş sözleşmesinin tekrar kurulması ve açılan davanın kabulü niteliğinde değildir.** Bu nedenle işe iade isteminin konusuz kaldığı gerekçesi ile reddine karar verilmesi hatalıdır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre **feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde konusuz kaldığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığı şekilde hüküm kurulması hatalıdır,** Yarg.9.HD., 30.04.2007, 1308/13524, Çalışma ve Toplum, S.15, 2007/4, s.260-262.

edilmeli, buna karşılık, önceki feshin geçersiz fesih olarak nitelendirilmesi halinde ise, mahkeme kararı ile fesih hiç yapılmamış olarak kabul edileceğinden, artık yeni bir sözleşmeden değil, eski sözleşmenin aynı şartlarla devamından söz edilmelidir<sup>74</sup>.

Ancak **biz** de her durumda işçinin işe başlatılmasını yeni bir sözleşme için icap olarak görmemekteyiz. Zira, mahkeme kararı sonrası işverenin yaptığı feshin geçerli bir nedene dayanmadığı belirlenecek olursa, artık bu davet sonrası kurulan ilişki yeni bir ilişki olarak nitelendirilemeyecektir. Bununla birlikte işverenin işçiyi işte çalıştırmaya başladığı tarihte, eski feshin geçerli olmadığı yolundaki beyanına da itibar edilmelidir. Bu halde, eski sözleşmenin devam ettiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Yargıtay ise işverenin iş için başvurusunu yeni bir icap olarak nitelendirmektedir. Gerçekten, *“Dava devam ederken, davacının işe davet edilmesi aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Davacının işe davet edildiği davalının ve mahkemenin de kabulündedir. Diğer yandan akdin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde bulunmaktadır. Bu davet feshi ortadan kaldırmaz. Buna göre, mahkemenin feshin geçerli nedenle yapıldığını kabul ederek davayı ret etmesi hatalıdır”<sup>75</sup>.*

Bununla birlikte, Yargıtay bir başka kararında işveren tarafından yapılan icabı yeni bir sözleşme olarak da kabul etmemiştir. Gerçekten, *“İşe iade davası açıldıktan sonra davalı tarafından davacı işçinin yeniden işe başlatılması mahkemenin kabul ettiği gibi, yeni bir hizmet akdi olarak kabul edilemez. Dairemizin istikrar kazanan*

<sup>74</sup> Aynı görüş, **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Sicil, S.4, Aralık 2006, 93. Ayrıca bkz **AKYİĞİT**, s.321-322.

<sup>75</sup> Yarg.9.HD., 12.9.2005, 22601/29568, kararın incelemesi için bkz. **SÜMER**, İşe İade, s.91 vd.; aynı doğrultuda, *“Akdin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade ve tazminat davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde bulunmaktadır. Bu davet feshi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle dava şartlarının kalmadığını kabul ederek davanın reddedilmesi hatalıdır”*, Yarg.9.HD., 29.1.2004, 499/1489, Çalışma ve Toplum, 4, 2005/1, s.203-204; Yarg.9.HD., 29.1.2004, 499/1489, **MESS.**, H1/013.

*uygulanmasına göre davalının işçiyi işe başlatması, feshin geçersizliğine dair olan davayı kabul niteliğindedir*<sup>76</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin her durumda işçiyi dava devam ederken işe davet etmesi, sözleşmeyi feshin geçersiz olduğu ve davanın kabulü anlamına da gelmeyebilir<sup>77</sup>. Somut olayın şartlarının bu anlamda değerlendirilmesinde fayda vardır.

Sonuç itibariyle, işçinin dava devam ederken işe davet edilmesi halinde, yargılama faaliyetine devam edilmeli, sonrasında feshin geçersizliğine karar verilirse, bunun eski iş akdinin devamı olarak nitelendirilmesi, fesih için belirtilen sebeplerin geçerli sebepler olduğunun tespiti halinde ise, davetin yeni bir icap ve sözleşmenin yeni bir sözleşme olarak kabulü uygun olsa gerektir. Ayrıca, işverenin işe davetini, mutlaka sözleşmeyi fesih işleminin geçerli bir sebebe dayanmadığı şeklinde de anlamamak gerekir. Bu anlamda açık bir beyana ihtiyaç bulunmaktadır. Hiç şüphesiz davet yazısında tüm bu hususlar işveren tarafından kabul edilmişse, ona göre değerlendirme yapılacağı da tabiidir.

Bu arada üzerinde durulması gereken husus, davacının dava devam ederken işveren tarafından yapılan davete icabet etmesi, bunun sonrası bir gün dahi çalışmış olmasının, artık davanın işe iade yönünden konusuz kalması anlamına gelmesidir<sup>78</sup>. Bununla birlikte,

<sup>76</sup> Yarg.9.HD., 30.6.2005, 2004/1978, 2005/23473, **SARIBAY**, s.238 dn.172.

<sup>77</sup> "İş sözleşmesinin haklı sebep olmadan feshedildiği iddiasıyla açılan dava devam ederken davacı işçinin işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe geçersiz feshin kabulü anlamındadır", Yarg.9.HD., 10.3.2005, 6244/8054, **MESS.**, H1/022.

<sup>78</sup> "Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin 30.9.2005 tarihinde feshedildiğini, ancak 5.12.2005 tarihinde feshe ilişkin genel kurul kararı geri alınarak durumun davacıya bir ihtarname ile bildirildiğini, ihtarnamede ihtarnamenin tebliğ alındığı tarihe kadar boşta geçen süre ücretlerinin de ödeneceğinin belirtildiği, ancak davacının kötü niyetli olarak ihtarnameyi almadığını, bu nedenle davanın konusuz kaldığını belirterek davanın reddi ile çalışmadığı günlerin hesaplanmasında akdin feshi ile ihtarnamenin tebliğ alınmadığı tarih aralığının esas alınmasına karar verilmesi gerektiğini savunmuştur... Davalı işveren iş sözleşmesini 30.9.2005 tarihinde feshettikten sonra fesih iradesini geri aldığına ilişkin 5.12.2005 tarihli ihtarnameyi davacıya göndermiştir. Anılan ihtarname davacıya tebliğ edilememiş ise de, dava açıldıktan sonra davacının ihtarnameden haberdar olduğu ve işyerine gelip **2.2.2006 tarihinde işbaşı yaptığı, ancak daha sonra işe gelmediği davalı işverence ileri sürülmüştür. Davacının bir gün de olsa işe başlatılmış olması halinde dava işe iade talebi yönünden konusuz kalır...**", Yarg.9.HD., 20.11.2006, 22036/30615, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.274-275; "Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin 1.3.2006 tarihinde davalı işverence feshedildiği, davacı işçi tarafından dava açıldıktan sonra işverence **18.4.2006 tarihli noter ihtarnamesi ile işe iade davasının kabul edildiğinin belirtildiği** ve davacının 15 gün içinde işe başlamasının istendiği, ihtarnamenin davacıya 2.5.2006 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Davacı vekili, sözü edilen ihtarnameye karşı **fesihden dönmeyen ancak mahkemenin kararı ile olacağı, boşta geçen ücret ve diğer hakları ile işbaşı yaptırılmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.**



yargılama giderlerine ve boşta kalan ücrete ilişkin olarak davaya devam edilmelidir.

Hemen belirtelim ki, **kanaatimizce**, işçinin bir gün davete uyararak çalışması, daha sonra işe gelmemesi, işveren için devamsızlığa bağlı olarak haklı bir fesih nedeni sayılabilir.

Yargıtay uygulamasında, işçinin işe iade davası sonrası işverene başvurması ancak işveren tarafından yapılan davete icabet etmemesi işçi açısından dürüstlük kuralına aykırı bulunmuş ve önceki feshin geçerli olacağı hükme bağlamıştır. Bununla birlikte aşağıda belirteceğimiz gibi, **bize göre**, işçinin işe daveti kabul etmemesi kendisi tarafından iş akdinin feshi anlamında olup, bu takdirde, işe iade için işverene de başvurulduğundan önceki feshin geçerli hale gelebilmesi de mümkün değildir.

## 7. İşe İade Davasının Konusuz Kalması

Davanın konusuz kalması, davanın taraflarının davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmaması durumunda sözkonusu olur. Buna göre, şu hallerde dava konusuz kalmaktadır.

### a) İşverenin Dava Devam Ederken İşe Başlama Davetinin İşçi Tarafından Reddi

İşe iade davasının amacının, işçinin dava sonrası işine iadesi olduğuna göre, dava devam ederken işveren tarafından işe davetin kabul edilmemesi davayı konusuz bırakır<sup>79 80</sup>.

---

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde belirtilen iş güvencesi hükümlerinin amacı, işverenin iş sözleşmesini meşru ve makul görülebilecek bir neden olmaksızın keyfi olarak sona erdirmesinin engellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasıdır. Sözü edilen düzenlemeler, işverene emredici kurallarla birtakım yükümlülükler getirmekle birlikte, işçinin de yasanın bu korumasından yararlanması için **dürüstlük kurallarına** uygun davranması gerekir. **Başka bir anlatımla iş ilişkisinde sürekliliğin sağlanması noktasında işçi de iyiniyet kurallarına uygun olarak kendisinden beklenen davranışları ortaya koymalıdır.** Bu nedenle, işe iade davasında hedef, işe başlatılma olmalıdır. Somut olayda, davalı işveren fesihten sonra davacıya işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen davacı işçi, haklı bir neden olmadan işverenin bu davetine icabet etmemiştir. Davacının işe davete icabet etmemesi, iş ilişkisinin devamı ile ilgili talebinde samimi olmadığını, nihai hedefinin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı almak olduğunu göstermektedir. Ne var ki, bu amaca yönelik talebin iş güvencesi hükümlerince korunması mümkün değildir. **Davacı bu davranışı ile işverence yapılan feshi geçerli hale getirmiştir.** Bu nedenle, mahkemece davanın reddine karar verilmiş olması isabetlidir", Yarg.9.HD., 11.06.2007, 15603/18639, TISK, İşveren Yargıtay Kararları, S.46, S.5, Şubat 2008, s.44-45.

<sup>79</sup> ALPAGUT, s.243.

## b) İşçinin Ölümü

İşe iade davası açan işçinin ölümü, işe iade davasını konusuz bırakır. Gerçekten, İş K.m.21/5'e göre, işe iade davasını kazanan işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurması gerekir. Bu sürenin kaçırılması geçerli sebebe dayanmayan feshi geçerli hale getirmektedir.

Dolayısıyla işe iade davası açan işçinin dava devam ederken ölmesi halinde, daha sonra davayı kazansa dahi, kendisinin işverene başvuru imkanı fiilen bulunmadığı için, davayı konusuz bırakır<sup>81</sup>. Bu halde dava konusuz kaldığı için reddedilmelidir.

## c) İşyerinin Kapanmasının Davayı Konusuz Bırakmaması

Üzerinde durulması gereken hususlardan bir tanesi de, işe iade davası devam ederken işyerinin kapatılması halidir.

Bu bağlamda **öğretide bir görüş**, dava devam ederken işyerinin kapatılmasının davayı konusuz bıraksa da, dört aylık ücret ve diğer haklar ile yargılama giderlerine hükmetmek için davaya devam olunması gerektiğini savunmaktadır<sup>82</sup>.

Bununla birlikte **kanaatimizce** işyerinin kapatılmış olması, davanın konusuz kalması anlamına gelmemelidir. Ayrıca, davaya devam edilmeli öncelikle feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususu tespit edilmeli, ondan sonra da, boşta kalınan süreye ilişkin ücret ve iş güvencesi tazminatına ilişkin konular hakkında karar verilmelidir.

<sup>80</sup> "Davacı yargılama sırasında mahkemeye verdiği ve davacıya tebliğ ettirdiği dilekçesi ile davacıyı işe davet etmiş ve işe başlamasını talep etmiştir. Davacı ise, işverenin bu davetine karşı mahkemeye hitaben verdiği 5.8.2004 tarihli cevabında, hizmet tesbiti davası açtığını taraflar arasında bu nedenle de husumet doğduğunu, işe dönmesinin imkansız hale geldiğini bildirmiştir. Davacı bu suretle işe iade kararı verilse dahi işe dönmeyeceğini açıklamıştır. **Bu durumda davanın konusu kalmamıştır... dava açma tarihinde dava koşulları mevcut olduğundan davalı lehine mahkeme ve vekalet ücreti tayinine yer olmadığına, karar verildi**", Yarg.9.HD., 13.01.2005, 2004/33309, 2005/645, **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.748.

<sup>81</sup> **AKYİĞİT**, s.312; **ALPAGUT**, s.244; **BİLGİLİ**, s.122. Yarg.9.HD., 30.10.2006, 19624/28700, kararın incelemesi için bkz. **AKYİĞİT**, Ercan, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, Legal İHSGHD., C.5, S.17, 2008, s.13 vd.

<sup>82</sup> **ÖZEKES s.153**; **ALPAGUT**, s.244; **EKMEKÇİ**, Ömer, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, Y.8, S.31, s.106; **BİLGİLİ**, s.123.

Burada işyerinin kapanması hadisesini işçinin ölümü ile benzer kabul ederek, davanın konusuz kalmasını, ancak boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ise alınabilmesini savunanlar da bulunabilir<sup>83</sup>. Ancak, **biz**, işyerinin kapanması ile ölüm hadisesinin aynı olmadığını düşünmekteyiz. Gerçi, işyeri kapanınca da işverenin işyeri kalmadığı için fiilen işçiyi işte çalıştıramaması mümkündür. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, iş güvencesi hukukunda işveren işçiyi dilerse işyerinde işe başlatmak, dilerse de iş güvencesi tazminatlarını ödeyerek iş ilişkisini sonlandırabilmek haklarına sahiptir.

Şimdi işe iade davası esnasında işyerinin kapanması halinde, yalnızca boşta geçen süreye ilişkin haklara hükmedilmesi uygun olmasa gerektir. Bir kere, işyerinin kapatılması hadisesinin dürüstlük kuralı ile örtüşüp örtüşmediği de üzerinde durulması gereken konulardandır. Hele de ülkemiz şartları içerisinde, bazı işverenlerin yasal yolları dolanmak için azami gayret sarf ettikleri gerçeği altında, işçiye iş güvencesi tazminatı ödenmelidir.

Sonra, işyerinin kapanmasının ekonomik nedenlerle olması durumu dahi, işçi için olumsuzluklara neden olmamalıdır. Nitekim ekonomik risk her zaman için işveren üzerindedir. Ayrıca, kapanma halinde, sadece ücret ve diğer haklara karar verilmesi, uygulamada işyeri kapatmalarına daha da fazla yer verilmesine neden olabilecek bir durumdur<sup>84</sup>.

Yargıtay da, işyerinin kapatılması durumunda, isabetli olarak iş güvencesi tazminatına da hükmedilmesi gerektiği görüşündedir<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> ALPAGUT, s.244; BİLGİLİ, s.123.

<sup>84</sup> Benzer görüş, AKYİĞİT, s.313; SARIBAY, s.242-243.

<sup>85</sup> "Davacının iş sözleşmesinin "işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler" gerekçe gösterilerek feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır, işyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. **Fesihden yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildirimini yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren fesih bildiriminde ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibari ile yeni işçi aldığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Buna göre fesih tarihi itibari ile geçerli bir fesih söz edilemez. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihden sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihden sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır. Mevcut olgulara göre davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalıdır" Yarg. 25.12.2006, 27396/34577, Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.248-250, kararın incelemesi için bkz. SÜMER, Haluk Hadi, İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davasına Etkisi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.793**

Bu arada öğretilerde **bir görüş**, işverenin başka bir işyerinin olup olmadığına göre konuyu ikiye ayırarak sorunun çözülmesi gerektiği yolundadır. Buna göre, işverenin başka bir işyeri varsa mahkeme iadeye karar vermeli, işveren isterse başka bir işyerinde işçiyi çalıştırmalı (bankanın başka bir şubesinde olduğu gibi), bununla birlikte başka bir işyeri yoksa iadeye karar verilememelidir. Bu görüşe göre, fesihden sonra işyerinin kapanmış olmasının işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorun sayılması da mümkün değildir. İşyerinin kapatılmış olması bir infaz sorunu olmanın ötesinde işe iadenin ve iş güvencesi tazminatının yerine getirilmesinde fiili imkânsızlıktır. Aynı gerekçe ile hareket edecek olursak dava açtıktan sonra ölen işçinin işe başlayamamasını da bir infaz sorunu olarak görmek gerekir<sup>86</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, **bize** göre kapatma halinde mahkeme işe iadeye karar vermelidir. Buna imkan bulunmaması durumunda ise işçi aynı zamanda iş güvencesi tazminatına da hak kazanır. Ayrıca, işverenin başka bir işyerinin bulunması durumunda işe iadeye karar verilmesine karşın, otomatik olarak bunun geçerli hale gelebilmesi de mümkün değildir. Çünkü bu halde İş K.m.22 işletilmek gerekir.

Bu arada, Yargıtay bir olayda İş K.m.22'yi göz ardı ederek, işverenin işyerinin kapatılması nedeniyle yerel mahkeme kararında işverenin diğer bir işyerine iadesine karar verilmesi gerektiği yolunda hüküm tesis etmiştir. Gerçekten, "*Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi dosya içeriğine uygundur düşmektedir. Ancak davacı Kocaeli ilindeki işyerine iadesini istemektedir. Somut olarak iade istenilen işyeri kapatıldığından ve davacının nakledildiği anlaşıldığından, nakledildiği Ankara işyerine iadesine karar verilmesi gerekir. Zira, kapatılan yere iade kararında fiili imkansızlık bulunmaktadır. Mahkemece işe iade edilecek işyeri kararda belirtilmediğinden, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir*"<sup>87</sup>, görüşü ile öğretilerde eleştirilen uygulamasına haklılık kazandırır şeklindedir. Tabii olarak bu kararlar işçinin iade edilen işyerinde çalışmak istememesinin hangi anlama

---

vd. SUBAŞI'na göre, "İşyerinin muvazaa sözkonusu olmaksızın kapatılması, kesinlikle bir geçerli nedendir. Kapatılan bir işyerinde işçinin iş sözleşmesinin feshinde işe iadeye karar verilemez. Çünkü, bu hukuken ve fiilen de mümkün değildir. Bunun anlamı, yargı yolu ile davacının hak etmediği bir parayı davalıdan alıp davacıya haksız bir şekilde vermektir. Bunu da hukuk kuralları ile açıklamak da mümkün değildir", **SUBAŞI**, İbrahim, İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi, Sicil, S.7, Eylül 2007, s.53-54.

<sup>86</sup> **SÜMER**, Kapatılma, s.800.

<sup>87</sup> Yarg.9.HD., 12.12.2005, 36029/39128, **SARIBAY**, s.243, dn. 187.

geleceği de üzerinde ciddi olarak tartışılması gereken hususlardan bir tanesidir. Dolayısıyla Yargıtayın bu kararının aslında, kapanma halinde iş güvencesi tazminatının da ödenmesi kararını etkilemediği görüşündeyiz.

Bu arada yine bir olayda Yargıtay, işyerinin İstanbul'dan Düzce'ye taşınması halinde, işçinin işe iade davasını kazanmasına karşın, Düzce'ye gitmek istememesini iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi olduğu kabulüne karar vermiştir. Gerçekten, "*Davacının davalıya ait İstanbul'daki işyerinde çalıştığı sırada hizmet akdinin işveren tarafından feshedildiği, davacı işçi tarafından açılan işe aide davasının yargılaması sonrasında geçersiz nedene dayandığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine davacının işine iadesine... ödenmesinin gerektiğine karar verildiği, bu karar üzerine davacının yasal süre içerisinde işe başlamak için başvurduğu, işverenin işçiye verdiği cevapta dava devam ederken işyerinin Düzce'ye taşındığını, Düzce'deki işyerinde iş başı yapmasını istediği ancak davacının çalışma koşullarının ağırlaştırılması nedeniyle Düzcede işbaşı yapamayacağını bildirdiği ve işbaşı yapmadığı, bilahare işçilik alacakları ile ilgili yargılama konusu davayı açtığı anlaşılmaktadır...İstanbul'daki işyerinin Düzce'ye taşınmasıyla İstanbul'da oturan davacı için çalışma koşulları ağırlaştırılmıştır. Bu nedenle Düzce'deki işyerinde çalışmayacağını bildirerek 4857 sayılı Yasanın 24/2 maddesi gereğince hizmet akdini haklı nedenle feshetmiştir. Bunun sonucu olarak davacı kıdem tazminatı, dört aylık boşta geçen ücret varsa diğer işçilik alacaklarını isteyebilir. Ancak ihbar tazminatı ve işe başlatmama tazminatı "sendikal" tazminat isteyemez. Somut olayda davacının kıdem tazminatı ile dört aylık ücret alacağı kabul edilmeli, ihbar tazminatı ve işe başlatmama tazminatı talepleri reddedilmelidir"*<sup>88</sup>. Bu kararda da Yargıtay belki somut olayda oluşan şartlar çerçevesinde İş K.m.22'yi işletmemiştir. Bu ise, işçinin ihbar tazminatı alamamasına yol açmıştır. Tabii olarak, iş güvencesi tazminatı da ödenmemiştir.

Asıl olan, işçinin daha önceki işine iadesidir. Bu arada işyerinin kapanması gibi bir takım nedenlerle bu işyerinde çalışma imkanı bulunmuyorsa, işveren işçiye iş güvencesi tazminatı ödemek durumundadır. Kaldı ki, işverenin davayı kazanan işçiye işe başlatıp başlatmayacağı da belli değildir. Genel uygulamanın da işçileri fiilen tekrar işe kabul etmemek şeklinde gerçekleşmesi de dikkate alındığında **savunduğumuz** görüşün isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Bunun yanı sıra, işverenin kapatılan işyeri dışında başka bir işyeri varsa, işçi doğrudan doğruya o işyerinde işe başlamaya da zorlanamaz.

<sup>88</sup> Yarg.9.HD., 2.7.2007, 2006/34415, 2007/21201, GÜNAY, s.1212., dn.139.

Zira, bu durum, çalışma şartlarında esaslı değişiklik oluşturmaktadır. Ayrıca bu değişikliğe işçi de sebep olmadığından, ancak rızasının bulunması halinde, başka bir yerdeki işyerinde çalışmaya devam etmesi, aksine kabul etmemesi durumunda ise, kendisine iş güvencesi tazminatının ödenmesi gereklidir.

#### **d) Dava Devam Ederken İşçinin Emeklilik İçin Müracaatı**

Yargıtay uygulaması, öğretide eleştirilmekle birlikte, sözleşmeyi işveren feshetse bile, ihbar tazminatı almaksızın sona eren sözleşmelerde, işçinin ihbar önelleri içerisinde yaşlılık aylığı almak amacıyla Kuruma başvurmasını, sözleşmeyi işçinin feshi olarak kabul etmektedir. Bu halde işçi ihbar tazminatı alamamaktadır<sup>89</sup>. Hemen şunu söylemek gerekir ki, sözkonusu uygulama isabetli değildir.

Yargıtayın bu uygulamasının sonucu işe iade davalarında da devam etmektedir. Gerçekten Yargıtaya göre, *“Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, “ihbar tazminatı ödenmeden işverence gerçekleştirilen fesihlerde, emeklilik aylığı bağlanması için, işçinin bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir... İşçi ihbar tazminatı ödenmeden aynı gün yaşlılık aylığı bağlanması için kuruma başvurmuştur. Olayda artık işverenin değil, işçinin feshi sözkonusudur. Böyle olunca da davacı işçi feshin geçersizliğini ve işe iadesini isteyemez”*<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Yarg.9.HD., 01.10.2007, 14067/28540, Çalışma ve Toplum, S.16, 2008/1, s.203-204; Yarg.9.HD., 21.04.2005, 10722/14042, Çalışma ve Toplum, 6, 2005/3, s.230-233; *“Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre “ihbar tazminatı ödenmeden işverence gerçekleştirilen fesihlerde, işçinin emeklilik aylığı bağlanması için bulunduğu kuruma başvurması halinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir. Bu uygulama gereği önel süresi içinde gerçekleşecek artış ve haklardan işçi yararlandırılmaktadır.-/Somut olayda, davalı işveren iş sözleşmesini feshetmiş, davacının ihbar tazminatı 14.05.2005 tarihinde ödenmiştir. Davacı ihbar tazminatının banka hesabına aktarıldığı 14.05.2005 tarihinde yaşlılık aylığı bağlanması için aynı günde, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna başvurmuştur. Olayda taraflardan hangisinin önce işlem yapmış olduğu belirlenemediğinden işçi lehine yorum ilkesi uygulanarak iş akdinin ihbar tazminatı ödenerek feshedildikten sonra, davacının kuruma başvurduğu kabul edilmelidir”*, . Yarg.9.HD., 10.07.2006, 16037/20331 Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.163-166.

<sup>90</sup> Yarg.9.HD., 21.4.2005, 10722/14042, kararın incelemesi için bkz. **ŞAHLANAN**, Fevzi, İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi, (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S.310, Ekim 2005, s.40 vd. Ayrıca bkz. Yarg.9.HD., 21.6.2004, 15842/15334, kararın incelemesi için bkz. **UÇUM**, Mehmet, YKİ, 2006/1, s.5565.

Şüphesiz Yargıtayın bu görüşüne katılabilmek mümkün değildir. Zira, fesih ile birlikte işçinin Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurma hakkı başlamaktadır. Fesih bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımınıdır. Bunun için karşı tarafın kabulüne de gerek yoktur. İşe iade davalarının uygulamada çok uzun sürdüğü de bir gerçektir. Hal böyle olunca anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkından yararlanmak için Kuruma başvuran işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını kabul etmek, hakkaniyet duyguları ile de bağdaşmaz. Kaldı ki, Türk Hukukunda bir kimsenin, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek, hem yaşlılık aylığı alması hem de çalışmasını sürdürebilmesi de mümkündür. Ayrıca, yeniden çalışmaya başlaması halinde yaşlılık aylığı kural olarak kesilecektir. Kişinin tekrar Kuruma başvurusu halinde bu yaşlılık aylığı çalışmalar değerlendirilerek tekrar bağlanacaktır. Kanaatimizce, iki farklı müessesenin aynı sonuçlarla birbirine bağlanabilme imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay uygulaması isabetli değildir.

#### **e) İşçinin Davete Rağmen İşe Başlamaması**

İşçinin davayı kazanması, yasal sürede işverene başvurusu ve bundan sonra işveren tarafından işe davet edilmesine karşılık, işçinin bu davete icabet etmemesinin hangi anlama geldiği konusu Kanunda öngörülmemiştir.

Yargıtaya göre, “Yasa koyucu bunun ötesinde işverene süresi içinde başvuruda bulunup işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yolunda bir düzenleme yapmamıştır...”

**Mevzuatımızda işçinin koşulları bulunuyorsa, feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin talepte bulunması zorunlu olmayıp isteğe bağlı bulunmaktadır. Bunun sonucunda işverene başvurup işe davet edilse de işe başlamakla yükümlü değildir. Burada MK.’nin 2/II. maddesine gitmekte de mümkün değildir.** Zira işverence işe davet edilmediği takdirde işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alabilecek davacının büyük bir ihtimalle başka işe girdiğini bildiği işçiyi işe daveti iyiniyetli olmayabilir.

Kaldı ki, önceki fesih hukuki sonuç doğurduğundan tarih esas alınarak ihbar ve kıdem tazminatı hesap edilmesi gereken işçinin feshin geçersizliği kararının işçinin işe başlatılması ile sonuçları doğurup yasa koyucu tarafından boşta geçen sürenin sadece dört ay ile sınırlı tutulması nedeniyle askıda bulunmayan iş sözleşmesinin işe başlama-

*mak suretiyle işçi tarafından sonlandırılmasından söz edilemeyecektir. İş Hukukunun temel ilkesi olan “işçi lehine yorum” yasa başlığı MK.’nın 1/II. Maddesi uyarınca 4857 sayılı İş Kanununun 21/V maddesi hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle doldurularak geçerli feshin sonuçları olan ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulü yerine mahkemece yazılı şekilde reddi hatalı olup kararın bozulması gerekmişti”<sup>91</sup>.*

**Öğretide** Yargıtayın bu görüşüne katılarak, burada işçi tarafından talebin reddinin bir fesih sayılmaması, geçerli bir feshin sonuçlarının doğması gerektiği görüşünde olanlar da bulunmaktadır<sup>92</sup>.

Yargıtayın bu görüşüne **katılabilmemiz mümkün değildir.** İşe iade davasında, işçinin davayı kazanması halinde on iş günü içerisinde işverene başvurması, (en fazla) dört aylık ücret ve diğer haklarını alabilmesine imkan sağlamaktadır. Bunun dışında iş güvencesi tazminatının sözkonusu olabilmesi için de işveren tarafından işe başlatılmaması gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, işe iade kararı ile birlikte önceki fesih işlemi ortadan kalkmakta, sözleşme devam etmektedir. Bundan sonra, işçinin işverene başvurmasına karşın, işveren tarafından işe davet edilmemesi ve işe başlatılmaması, yeni bir fesih olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte, işçinin işveren tarafından yapılan davete icabet etmeyip yeni bir işte çalışmaya başlaması halinde, mahkeme kararı ile geçersiz fesih ortadan kalkıp, iş ilişkisi kopmamış gibi devam edeceğinden, işçinin istifası ile iş ilişkisinin sona erdiğinin kabulü daha doğru olacaktır.

Ayrıca İş Kanunu, işçiye davadan sonra işverene başvurması koşuluna bağlı olarak bir takım haklar tanımıştır. Bu davada asıl amaç, işçinin işte devamlılığının, istihdam güvencesinin sağlanmasıdır, işçinin tazminat alması değildir.

Feshin geçersizliği ile devamı sağlanan iş ilişkisinin işçinin işe daveti kabul etmemesi ile son bulması halinde, eğer kendisine önceden ödenmiş olan kıdem ve ihbar tazminatı varsa bunun iadesi de gerekir. Ayrıca, işçi tarafından davete icabet edilmemesi aynı zamanda bir

<sup>91</sup> Yarg.9.HD., 11.7.2005, 20810/24800, kararın incelemesi ve eleştirisi için bkz. **AKTAY**, Nizamettin, İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi, Sicil, S.3, Eylül 2006, s.103 vd. Buna karşılık kararı farklı gerekçe ile de olsa destekleyen inceleme için bkz. **UÇUM**, Mehmet, İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları, Legal YKİ, S.2, 2006, s.177 vd. Ayrıca bkz. Yarg.9.HD., 11.12.2006, 25024/32633, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.203-205; Yarg.9.HD., 18.12.2006, 26675/33403, Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.258-260; Yarg.9.HD., 11.06.2007, 15603/18639, TİSK, İşveren Yargıtay Kararları, S.46, S.5, Şubat 2008, s.44-45.

<sup>92</sup> **BİLGİLİ**, s.108.



usulsüz fesih de oluşturacağından işçinin işverene ihbar tazminatı dahi ödemesi sözkonusu olabilecektir<sup>93</sup>.

Doğal olarak, işçinin işe iade davası sürerken boşta geçirdiği süreye ilişkin ücret ve haklarını alabilmesi ise artık mümkündür<sup>94</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay daha önce de ifade ettiğimiz gibi daveti kabul etmemeyi geçerli fesih olarak benimseyen bu konudaki paralel uygulaması ile, işçinin işveren tarafından yapılan işe davetini dürüstlük kuralına uyararak kabul etmesi ve işe başlaması gerektiğini, bunun aksine olarak işe başlamama halinin iş sözleşmesinin feshini geçerli hale getirdiğini ve işçinin iş güvencesi tazminatı alamayacağını kabul etmektedir<sup>95</sup>. Böylelikle Yargıtay, işçinin işe iade davası sonrası

<sup>93</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.594; AKYİĞİT, s.319; SARIBAY, s.252.

<sup>94</sup> SARIBAY, s.251.

<sup>95</sup> "4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde belirtilen iş güvencesi hükümlerinin amacı, işverenin iş sözleşmesini meşru ve makul görülebilecek bir neden olmaksızın keyfi olarak sona erdirmesinin engellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasıdır. Sözü edilen düzenlemeler, işverene emredici kurallarla bir takım yükümlülükler getirmekle birlikte, işçinin de yasanın bu korumasından yararlanması için dürüstlük kurallarına uygun davranması gerekir. Başka bir anlatımla iş ilişkisinde sürekliliğin sağlanması noktasında işçi de iyi niyet kurallarına uygun olarak kendisinden beklenen davranışları ortaya koymalıdır. Bu nedenle, işe iade davasında hedef, işe başlatılma olmalıdır. Somut olayda, davalı işveren fesihten sonra davacıyı işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen davacı işçi, haklı bir neden olmadan işverenin bu davetine icabet etmemiştir. Davacının işe davete icabet etmemesi, iş ilişkisinin devamı ile ilgili talebinde samimi olmadığını, nihai hedefinin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını almak olduğunu göstermektedir. Ne var ki bu amaca yönelik talebin iş güvencesi hükümlerince korunması mümkün değildir. Davacı bu davranışı ile işverence yapılan feshi geçerli hale getirmiştir", Yarg.9.HD., 11.12.2006, 25024/32633, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.203-205. Benzer şekilde, "Bu nedenle, işe iade davasında hedef, işe başlatılma olmalıdır. Somut olayda, davalı işveren fesihten sonra davacıyı işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen davacı işçi, boşta geçen süre ücreti ile ilgili bir açıklamada bulunmadığı gerekçesi ile işverenin bu davetine icabet etmemiştir. İşverence işe davet ihtarnamesinde boşta geçen süre ücreti ile ilgili bir açıklamada bulunmamış olması işçinin işe başlamaması için haklı bir neden olamaz. Zira, yargılama devam ederken işçinin işe başlatılması halinde Dairemiz uygulamasına göre çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret alacağı hüküm altına alınabilmektedir. Davacının işe davete icabet etmemesi, iş ilişkisinin devamı ile ilgili talebinde samimi olmadığını, nihai hedefinin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını almak olduğunu göstermektedir. Ne var ki, bu amaca yönelik talebin iş güvencesi hükümlerince korunması mümkün değildir. Davacı bu davranışı ile işverence yapılan feshi geçerli hale getirmiştir. Bu nedenle, mahkemece davanın reddine karar verilmiş olması isabetlidir", Yarg.9.HD., 18.12.2006, 26675/33403, Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.258-260; "... davalı işveren fesihten sonra davacıya işe başlaması için çağrıda bulunmasına rağmen davacı işçi, haklı bir neden olmadan işverenin bu davetine icabet etmemiştir. Davacının işe davete icabet etmemesi, iş ilişkisinin devamı ile ilgili talebinde samimi olmadığını, nihai hedefinin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı almak olduğunu göstermektedir. Ne var ki, bu amaca yönelik talebin iş güvencesi hükümlerince korunması mümkün değildir. Davacı bu davranışı ile işverence yapılan feshi geçerli hale getirmiştir. Bu nedenle, mahkemece davanın reddine karar verilmiş olması isabetlidir", Yarg.9.HD., 11.06.2007, 15603/18639, TİSK, İşveren Yargıtay Kararları, S.46, S.5, Şubat 2008, s.44-45.

işverene başvurması ve işverenin de işe davet etmesine karşın, işyerine başvurmaması halinde artık, önceki feshin geçerli hale geleceği ve ancak buna yönelik sonuçların sözkonusu olacağı görülmektedir. Bu takdirde işçi almamış ise, kıdem ve ihbar tazminatlarını alabilir. Bunun dışında ücret ve diğer hakları ile iş güvencesi tazminatını ise alamaz.

Böylelikle, işçi tarafından davetin kabul edilmemesinin bunun dışında bir anlamı olmadığı Yargıtay uygulamasından anlaşılmaktadır. Halbuki, feshin geçersiz sayılması ile birlikte fesih hiç yapılmamış kabul edilmeli, bundan sonra davete uymayan işçi ise sözleşmeyi kendisi feshetmiş sayılmalıdır. Oysa, Yargıtay davete icap etmeme halinde artık feshin geçerli sayılacağını kabul etmekte ve işçinin kıdem ve ihbar tazminatı almasına izin vermektedir. Yargıtayın bu uygulaması **bize** göre isabetli değildir.

Bununla birlikte Yargıtay bir uyuşmazlıkta işçinin işverene başvurması ve daha sonra kendisinin işveren tarafından işe davet edilmesi halinde bu davetin işyerine gidilmesine karşın kabul edilmemesi halinde, işçiye boşta geçen ücret ve diğer haklarının da verilmesi içtihadında bulunmuştur ki, **bu durum Yargıtayın uygulaması ile de** çelişmektedir. Gerçekten, *“Davacı işçi işe iade davası sonucu yasal süresi içinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş ve davalı işveren tarafından süresi içinde işe davet edilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre ve mahkemenin de kabul ettiği üzere davacı işyerine gittiği halde işe başlamaya dair bir belgeyi imzalamaktan imtina etmiş ve işe başlamayacağını bildirmiştir. Bu durumda, davacı işçi yasal süresi içinde işe başvurmakla 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinde sözü edilen boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerekir”*<sup>96</sup>.

**Bize** göre daha önce de belirttiğimiz gibi, işçinin dava açması, bunun sonuçlanması ve işçinin başvurusu sonrası işverenin de işçiyi davet etmesi halinde, bu davetin reddi bu sefer işçi tarafından iş sözleşmesinin feshi anlamındadır. Bu takdirde işçi boşta geçen süre ücretini alma hakkına sahip olmakla birlikte, iş güvencesi tazminatı alamayacak, ayrıca daha önce kıdem ve ihbar tazminatı da almışsa, fesih mahkeme kararı ile yapılmamış sayıldığından iadesi cihetine gidilecektir.

Bu arada belirtelim ki, **işçinin işverenin işe başlama davetine mazeretli olarak katılamamasını, bu mazeretin özelliğine göre**

<sup>96</sup> Yarg.9.HD., 09.10.2007, 21611/29866, Çalışma ve Toplum, S.16, 2008/1, s.189-190.

**değerlendirmek gerekir.** Örneğin, işçinin askerde olması halinde işe davet askerlik bitişi yapılmalıdır<sup>97</sup>. Veya yapılan davetin sonuçlarının askerlik görevi bittikten sonra doğmaya başladığı kabul edilmelidir.

## D) İŞÇİNİN İŞVERENCE İŞE BAŞLATILMAMASI

### 1. Genel Olarak

Belirtelim ki, işverenin bir aylık işe başlatma süresi içerisinde açık bir biçimde işçiyi işe başlatmayacağını bildirmesi yanında, süre içerisinde hiçbir cevap vermemesi, sessiz kalması da bu talebin reddi anlamına gelir<sup>98</sup>.

İşveren işe iade davası sonrası işçiyi işyerinde görmek istemiyorsa, işe başlatmama imkanına sahiptir. Kanun, işçinin ille de işyerinde istihdamını istememektedir. İşverene seçimlik hak verilmek suretiyle isterse işçiyi işe davet etmek, isterse de tazminat ödemek suretiyle yasa hükmünü yerine getirme imkanı tanımıştır.

### 1. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

İşverenin işçiyi işe başlatmaması halinde, iş ilişkisi mahkeme kararından sonra sona ermiş demektir. Bir başka ifadeyle, işçinin

<sup>97</sup> “İşverenin davacıya gönderdiği cevapta gün belirterek işyerinde işe başlamasını istediği davacı işçinin işe başlaması istenilen tarihte muvazaf askerlik sebebiyle kıtlada bulunduğunu, işverenin belirttiği tarihte fiili imkansızlık sebebiyle, işe başlamasının mümkün olmadığını, askerlik bitim tarihi olan 20.11.2005 tarihinden sonra ve üç gün içerisinde işbaşı yapabileceğini bildirdiği anlaşılmaktadır. Ancak davacı işçinin askerlik bitiminden sonra belirttiği üç gün içerisinde işyerinde işe başlamak için gidip gitmediği, dosya içeriğinden anlaşılacaktır. Davacının bu süre içerisinde işe başlamak için işyerine başvurmadığı anlaşılırsa şimdiki gibi fark ihbar, fark kıdem tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı istekleri reddedilmeli, askerlikten terhisinden sonraki üç gün içerisinde başvurmasına rağmen işveren tarafından işe başlatılmamışsa bilirkişiden ek hesap raporu alınarak anılan istekler hüküm altına alınmalıdır”, Yarg.9.HD., 19.2.2007, 2006/32938, 2007/4686 Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.215-217; “Davacının işe başlatılma talebinde bulunduğu tarihte muvazaf askerlik görevini ifa ediyor olmasının davacı için ifada imkansızlık olarak kabulü hatalıdır. İşveren askerlik sonrası işe alacağına dair bir ifade beyanında da bulunmamıştır. İşverenin gerçek iradesi işe başlatmamaktır. **Kaldı ki, işverenin işe başlatmama tarihinde işçinin askerliği sona ermiştir. Ortada uyulması gereken kesin bir hüküm vardır**”, Yarg.9.HD., 29.01.2007, 16730/1129, Çalışma ve Toplum, S.15, 2007/4, s.340-341.

<sup>98</sup> “Davacı süresi içerisinde davalıya işe başlatılması için başvurduğu halde davalı yasal süre olan bir ay içinde işe başlatma konusunda kararını bildirmemiştir. Dolayısıyla **zımni olarak işe iade etmeyeceğini** belirtmiş olduğundan kesinleşen kararda hükmedilen tazminat ve boşta geçen süre ücretinin ödenmesi gerekmektedir”, Yarg.9.HD., 29.01.2007, 16730/1129, Çalışma ve Toplum, S.15, 2007/4, s.340-341.

işveren tarafından işe iade davası sonrası işe başlatılmaması durumunda, sözleşme bu tarihte feshedilmiş sayılır<sup>99</sup>. Kısaca, işe başlatmama yeni bir fesih<sup>100</sup>. İş sözleşmesi başlangıçta geçersiz fesih yapıldığında değil, işçinin işe başlatılmaması tarihinde sona ermektedir<sup>101</sup>. Böylelikle işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanır. Yine, yıllık izin ücreti açısından da fesihle birlikte talep imkanı doğar<sup>102</sup>.

## 2. Boşta Geçen Süre Ücreti ile Diğer Hakların Ödenmesi

İşçinin on iş günü içerisinde işverene başvurması halinde boşta geçen çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının da ödenmesi gerekir.

## 3. İş Güvencesi Tazminatı

### a) Genel Olarak

İş K.m.21'e göre, "...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". İşçinin sendikal nedenlerle

<sup>99</sup> "Şayet davacı işçi, 10 gün içerisinde işe başlatma için müracaat etmiş ve işveren tarafından yasal süre içerisinde işe başlatılmamış ise, bu durumda kesinleşen işe iade davası ile 31.12.2004 tarihinde yapılan fesih geçersiz hale geldiğinden artık 31.12.2004 tarihinde yapılmış bir fesihten söz edilemez. **Bu durumda, dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre, iş akdinin feshi işe iade karar üzerine işçinin işe başlatılmadığı tarihte gerçekleşmiş olacaktır.** Her dava açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirileceğinden, işçilik alacakları ile ilgili bu davanın açıldığı tarihte yapılmış bir fesihten bahsedilemeyeceğinden, feshine bağlı olarak talep edilebilen ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacak taleplerinin reddine karar vermek gerekecektir", Yarg.9.HD., 22.06.2006, 38631/18287, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.184-185.

<sup>100</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.595.

<sup>101</sup> SÜZEK, s.485.

<sup>102</sup> "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. **Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağıının 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", Yarg.9.HD., 06.12.2004, 28355/26161, Çalışma ve Toplum, S.4, 2005/1, s.302-303.

iş ilişkisinin sona erdirilmesi halinde, 4-8 aylık tazminatın alt sınırı, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz (SK.m.31/6).

Kanunda işverene bir aylık süre verilmiştir. Bu bir aylık süre içerisinde işveren işçiyi dilediği tarihte işe başlatabilir. Ancak, bir kez işçinin işe başlatılmayacağına söylenmesi halinde daha sonra bu karardan tek taraflı olarak dönebilmek mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, işveren işçiyi işe başlatmayacağını söylediği anda, fesih yapılmış demektir. Daha sonra işverenin bu beyanı geri alması yapılmış, fesih beyanına herhangi bir halel getirmez. Ancak, bu durum, yeni sözleşme için bir icap niteliğinde sayılabilir.

İş güvencesi tazminatı çıplak ücret üzerinden tesbit edilir<sup>103</sup>.

**Üzerinde durulması gereken husus, bu ücretin hangi andaki ücret olacaktır?**

**Öğretide bir görüş**, fesih tarihindeki değil, hükmün kesinleşme tarihine kadar olan “en son zamlı ücretin” dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>104</sup>.

Bununla birlikte **hakim görüş** ise, feshin geçersiz sayılmasının ardından işçinin işe başlamak üzere başvurmasına rağmen işverenin işçiyi işe başlatmayacağını tebliğ ettiği veya bir ayın neticesinde başlatmayarak sözleşmenin feshedilmiş sayıldığı tarihteki ücretin dikkate alınması gerektiği yolundadır<sup>105</sup>. Bu tarihte emsal işçinin ücreti dikkate alınarak işçinin ücreti belirlenir<sup>106</sup>

## **b) Tazminat Miktarı**

İş güvencesi tazminatının miktarı belirlenirken, Yargıtay, işçinin kıdemini<sup>107</sup>, fesih sebepleri, hizmet süresi ve fesih şekli gibi kıstasları belirleyici kabul etmektedir<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> ÇELİK, s.237; SÜZEK, s.486; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.596; GÜNAY, s.1215; EKMEKÇİ, Değerlendirme, s.178; Yarg.9.HD., 11.12.2003, 19887/20625, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.263 dn.11.

<sup>104</sup> EKMEKÇİ, Değerlendirme, s.174.

<sup>105</sup> Bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.263, 265; SARIBAY, s.258 dn.234.

<sup>106</sup> İşe iade kararına rağmen işe başlatılmayan işçi için bu kararın tebliğ edildiği tarihte emsal işçinin ücreti hangi düzeye gelmişse o dikkate alınmalıdır. Bkz. ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.263; MESS., s.H/006.

<sup>107</sup> Davacının kıdemine göre üst sınırdan (8 aylık ücret) tazminata hükmedilmesi gerektiği, Yarg.9.HD., 23.06.2005, 18507/22533, Çalışma ve Toplum, S.7, 2005/4, s.196-197.

Bununla birlikte, emekliliğe hak kazanan işçiler için alt sınırdan (4 ay<sup>109</sup>) tazminat ödenmesi kabul edilirken<sup>110</sup>, kıdemli işçiler içinse alt sınıra hükmedilemeyeceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>111 112</sup>. Mahkemenin alt sınır dışında bir miktara hükmetmesi durumunda bunun da gerekçesini açıklaması gerekecektir<sup>113</sup>. Bu arada iş güvencesi tazminatının azami miktarı da 8 aylık ücrettir<sup>114</sup>. Söz konusu miktarlar

<sup>108</sup> "4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen ve feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanan işe başlatmama tazminatı fesih şekline davacı işçinin hizmet süresine göre takdir edilmelidir. Boşta geçen süre ücret alacağı ise, yasanın gerekçesinde açıklandığı üzere süre yönünden hakimnin takdirine bağlı bulunmamaktadır", Yarg.9.HD., 20.02.2007, 2006/33676, 2007/4743, Çalışma ve Toplum, S.9, 2006/2, s.220-221. "4857 Sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen tazminatın alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak saptanması gerekirken söz konusu tazminatın alt sınırdan belirlenmesi hatalıdır./Dosya içeriğine göre, fesih nedeni ve kıdemine göre işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın davacının sekiz aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesi uygun görülmüştür", Yarg.9.HD., 23.06.2005, 18507/22533, Çalışma ve Toplum, S.5, 2005/2, s.256-257; Yarg.9.HD., 18.12.2003, 21834/22234, **MESS.**, H1/008

<sup>109</sup> İş güvencesi tazminatının alt sınırın altında kararlaştırılabilmesi mümkün değildir. Bkz. Yarg.9.HD., 26.05.2005, 12592/19362, Çalışma ve Toplum, S.7, 2005/4, s.219-221.

<sup>110</sup> "Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması uyarınca, emekliliği 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", Yarg.9.HD., 20.02.2007, 2006/33676, 2007/4743, Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.213-214.

<sup>111</sup> "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, yaklaşık 13 yıllık hizmeti bulunan davacı için anılan tazminatın alt sınırdan belirlenmesine karar verilmesi hatalıdır. Dosya İçeriğine göre söz konusu tazminatın davacının **6 aylık** ücreti olarak belirlenmesi uygun görülmüştür", Yarg.9.HD., 26.02.2007, 2006/33887, 2007/5314, Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.209-210. İş güvencesi tazminatının, on yıllık işçi için **altı ay** (26.06.2006, 15015/18642, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.182-182), yine bir başka kararda on yıllık işçi için beş aylık olarak (Yarg.9.HD., 18.06.2007, 9560/19225, Çalışma ve Toplum, S.16, 2008/1, s.297-298), on beş yıldan fazla kıdemi olan işçi için üst sınırdan (**8 aylık ücret**) olarak (05.06.2006, 11496/16238, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.166-168), yirmi yıldan fazla kıdemi alan için **sekiz ay** olarak (Yarg.9.HD., 17.4.2006, 7578/10426, Legal İHSGHD., C.3, S.11, 2006, s.1000-1001), beş yıldan az kıdemi olan işçi için de **dört ay** olarak (Yarg.9.HD., 19.06.2006, 15067/17766, Çalışma Ve Toplum, S.11, 2006/4, s.204-206) belirlenmesi gerektiği yolunda Yargıtay uygulaması şekillenmektedir.

<sup>112</sup> "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. Ancak, davacı sözü edilen düzenlemede belirtilen sınırlar arasında bir miktar belirterek talepte bulunmuş ise talep edilen miktardan fazlasına hükmedilmemelidir. Başka bir anlatımla, davacı işe başlatmama tazminatını 4 aylık ücret tutarı olarak istemek suretiyle kendisini bağlamıştır", Yarg.9.HD., 20.11.2006, 22029/30614, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.272-273.

<sup>113</sup> "... tazminatı düzenleyen hükmü emredici nitelikte olup, ... asgari sınırdan uzaklaşılması halinde de gerekçesi ve nedeni açıklanmalıdır", Yarg.9.HD., 19.1.2004, 21992/258, **MESS.**, H1/009; "Feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı hiçbir gerekçe gösterilmeden üst sınırdan belirlenemez", Yarg.9.HD., 11.12.2003, 20229/20605, **MESS.**, H1/005; Yarg.9.HD., 22.1.2004, 23737/680, **MESS.**, H1/010

<sup>114</sup> Yarg.9.HD., 13.11.2003, 19019/19234, **MESS.**, H1/002.

mahkeme kararında rakamsal olarak değil, süre biçiminde belirlenmelidir<sup>115</sup>.

Bu arada sendikal bir nedenle sözleşmenin feshedilmesi halinde, işçinin asgari bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminat belirlenmek gerekir (SK.m.31/6).

### c) Faiz

İş güvencesi tazminatında ücret bulunmadığı için kanuni faiz sözkonusudur<sup>116</sup>.

Faiz başlangıcı ile ilgili olarak, Yargıtayın **bizce de uygun olan** önceki uygulaması, işverenin işçiye işe başlatmayacağını bildirmesinden (veya sessiz kalma halinde bir ayın sonundan) itibaren faize hükmedilmesi gerektiği şeklinde idi<sup>117</sup>.

Ancak Yargıtay daha sonra başvuru dışında, işçinin ayrıca **işvereni temerrüde düşürmesi şartını da** aramaktadır. Gerçekten, *“Mahkemece, davacı işçinin işe başlatmama tazminatı isteği için, işe iadeye dair başvurunun ardından bir aylık işe başlatma süresinin bittiği tarihten itibaren faize karar verilmiştir. Gerçekten adı geçen tazminatın muaccel olduğu tarih işverence davacı işçinin işe başlatılması gereken bir aylık sürenin bitimidir. Ancak anılan istek yönünden faize hak kazanabilmek için işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir. Davacı işçi işe başlamak için işverene gönderdiği ihtarnamede bu yönde bir beyanda bulunmuşsa da, ihtarnamenin tebliği anında işverenin böyle bir tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmamış olmakla bahsi geçen ihtarnamenin temerrüt oluşturduğundan da söz edilemez. Belirtmek gerekir ki, ancak muaccel olan alacaklar yönünden borçlunun temerrüde düşürülmesi mümkün olabilir. Bu nedenle işe başlatmama tazminatı için dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekirken, bir aylık işe başlatma süresinin bitiminden itibaren faiz yürütülmesi hatalı olmuştur”<sup>118</sup>.*

Yargıtayın bu kararı önceki uygulamasından dönme anlamında ise **bizce** isabetli değildir.

<sup>115</sup> Yarg.9.HD., 20.11.2003, 19348/19644, **MESS.**, H1/003.

<sup>116</sup> **ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ**, s.270; **EKMEKÇİ**, Değerlendirme, s.177.

<sup>117</sup> Kararlar için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.596 dn.586; **SÜZEK**, s.487 dn.173. **Öğretideki hâkim kanaat** te bu yöndedir. Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.596; **SÜZEK**, s.487; **EKMEKÇİ**, Değerlendirme, s.177; **BİLGİLİ**, s.111. **GÜNAY**'a göre de, “işe başlatmama tazminatına yasal faiz işe başlatma talebinin reddi tarihinden itibaren yürütülmeli, boşta geçen süre ücretine ise, kesinleşen mahkeme kararının öğrenildiği tarihten itibaren on günlük süre içinde işverene başvurulduğu tarihin esas alınması konusundayım”, **GÜNAY**, s.1214.

<sup>118</sup> Yarg.9.HD, 21.2.2006 t. Ve 1376/7068 S.ılı kararı (yayınlanmamıştır).

Bu alacak için zamanaşımı süresi on yıldır (BK.m.125)<sup>119</sup>. Zamanaşımının başlangıcının ise, işçinin işe başlatılmayacağına bildirildiği tarihin olması gerekir<sup>120</sup>.

#### **4. Kıdem ve İhbar Tazminatı ile Yıllık İzin Ücreti**

İşçinin işe iade davasını kazanması, ancak işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, kıdeminin boşta geçen süre kadar, ama en fazla dört ay daha uzadığı kabul edilmelidir<sup>121</sup>. Bununla birlikte **öğretide**, ücret açısından olmamakla birlikte kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti açısından tüm boşta geçen sürenin dikkate alınması gerektiğini ileri sürenler de vardır<sup>122</sup>.

İşçinin işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, daha önce kendisine kıdem ve ihbar tazminatı verilmemişse, bunlar verilir. Eğer verilmişse, iade kararı ile fesih hiç yapılmamış sayılacağından eksik ödenen kıdem tazminatının tamamlanması gerekir. Bu arada, ihbar süresi ve ihbar tazminatı da artabilir. Yine, yıllık izin ücreti için gereken kıdemde de değişiklik olabilir. Bu arada kıdem tazminatı tavanında da bir değişiklik sözkonusu olabilir.

Yargıtaya göre, “Davacının işverence işe başlatılmadığı 17.11.2003 tarihinde iş ilişkisi sonlandığından, kıdem tazminatı hesabında **bu tarihteki tavanın** gözetilmesi gerekir... Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi 24.4.2003 tarihinde feshedilmiş ve dört aylık süre 28.4.2004 tarihinde dolmuştur. Kıdem tazminatı bu süreye kadar hesaplanmalı, daha önce ödenen tutar indirilmek suretiyle bakiyesi hüküm altına alınmalıdır...İşyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 37/B maddesinde 2. yıl ücret artışı düzenlenmiş ve 1.7.2003 tarihinde işyerinde çalışan ve hizmet akdi devem eden işçilere zam yapılacağı belirlenmiştir. Davacı işçiye daha önce ihbar tazminatı ödenmişse de, işe iade davası sonucunda önceki fesih geçersiz sayıldığından, **zammın yürürlüğe girdiği tarihte taraflar arasında iş ilişkisinin varlığının kabulü gerekir**. Bu durumda davacının toplu iş sözleşmesinin anılan ücret artışından yararlandırılması suretiyle

<sup>119</sup> ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.270.

<sup>120</sup> MESS., H/007.

<sup>121</sup> “İşçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının bu süre için devam ettiğine işaret etmektedir. 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınmalıdır”, Yarg.9.HD., 6.12.2004, 28355/26161, MESS., H1/019; Yarg.9.HD., 14.7.2005, 30139/26288, MESS., H1/014; Yarg.9.HD., 14.2.2005, 543/4089, MESS., H1/009.

<sup>122</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.598.



belirlenecek olan ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücreti fark istekleri hüküm altına alınmalıdır<sup>123</sup>.

Burada işçinin artan kıdem süresi olan 4 aylık süre, işçinin fiilen işten ayrıldığı tarihten itibaren başlar. Bu anlamda bildirimli fesih varsa, bu bildirim yapıldığı değil, kullandırıldığı, sürenin bittiği tarihten başlayacaktır<sup>124</sup>.

**Fark kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti açısından hangi andaki ücretin esas olunması da tespiti gereken bir konudur.**

Bu açıdan işe başlatılmama tarihi itibarıyla fesih gerçekleşeceğinden, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretinde bu tarihteki emsal ücret dikkate alınmalıdır. Davacı ara vermeden çalışmış olsaydı bu tarihte hangi ücrete hak kazanacak idiyse o ücret ve diğer hakları esas alınarak giydirilmiş ücret belirlenerek kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanacak, bu tarihteki çıplak ücretle de yıllık izin ücreti belirlenecektir<sup>125</sup>. İşçinin kıdem tazminatı ve fark ücreti tespit edilirken, gerçek ücreti belirlenmelidir. Yoksa emsal işçi ücretinin dikkate alınması doğru olmayan sonuçlar çıkarabilir<sup>126</sup>.

Burada fark kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı için faiz başlangıcı üzerinde de durulmalıdır. İşçinin işe başlamak için başvur-

<sup>123</sup> Yarg.9.HD., 12.4.2005, 2004/18066, 2005/1952, Çalışma ve Toplum, S.6, 2005/3, s.266-268.

<sup>124</sup> ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.267; GÜNAY, s.1221.

<sup>125</sup> "Davacının işverence işe başlatılmadığı tarihte iş ilişkisi sonlandığından kıdem tazminatı hesabında bu tarihteki tavanın gözetilmesi gerekir. Ancak kıdem tazminatına esas alınacak sürenin tespitinde feshi izleyen ilk 4 aylık sürenin dikkate alınması gerekir. Öte yandan, iş ilişkisinin sona erdiği tarihe kadar varsa yapılmış olan zamların da göz önünde bulundurulurarak, ihbar ve kıdem tazminatı ile fark yıllık izin ücretinin hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir", Yarg.9.HD., 12.4.2005, 2004/18066, 2005/12952, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.720-712, (Legal İHSGHD., S.7, 2005, s.1333-1334), ayrıca bkz. "... Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatılmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre, ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağıının hesabında nazara alınması gerekmektedir... Somut olayda fesih ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için davacı lehine 112 gün ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verildiğinden, işe başlatılmayacağı bildirilen tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden 112 gün için fark kıdem tazminatı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır", Yarg.9.HD., 28.4.2005, 886/14880, ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.720; "İşe iadede sözleşme süresi 4 ay daha uzar. Bu sürenin ihbar, kıdem ve yıllık izin süresinde de işe iade kararına uyulmadığı tarihteki ücret dikkate alınarak göz önünde tutulması gerekir", Yarg.9.HD., 14.7.2005, 2004/30139 2005/26288, Toprak İşveren, S.69, Mart 2006, s.25.

<sup>126</sup> "Davacı kıdem tazminat farkı ile boşta geçen süre ücretinin tahsilini talep etmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda emsal olarak başka bir işçinin ücreti üzerinden dava konusu alacaklar hesap edilmiştir. Mahkemece davacının gerçek ücretinin tespit edilip buna göre dava konusu alacakların hesap edilip hüküm altına alınması gerekir. Emsal kabul edilen işçi ücretinin içinde fazla mesai ücreti de bulunmaktadır. Bu yönden de yapılan hesap ve mahkemece verilen karar hatalıdır", Yarg.9.HD., 29.11.2006, 11425/31385, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.231-232.

duğu tarih değil, akdin sona erdirildiği (işverence işe başlatılmaya-  
cağının bildirildiği ya da bir aylık sũrenin sonu) tarihten itibaren karar  
vermek gerekir<sup>127</sup>.

Bu arada işverenin işcisini işe başlatmaması halinde, daha önce  
Ödemiş olduğu kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretlerinin, şimdi  
kıdemden uzaması ile birlikte mahsup yapılırken, faize tabi olup olmadığı  
konusu üzerinde de durulmalıdır. Bu konuda **bir görüş**, artık kıdem ve  
ihbar tazminatları ile ödenen izin ücretinin burada nitelik değiştir-  
diğidir. İş sözleşmesi işe başlatmama tarihi itibariyle sona ermiştir. İş-  
verence yapılan ödemelerin tazminat olarak kabulũ mümkün değildir.  
Dolayısıyla bu tür ödemelerin işe başlatmama tarihinde gerçekleşen  
feshe bağlı olarak hesaplanacak ihbar ve kıdem tazminatı ile izin cre-  
tinden mahsubu gerekir. İşverenin geçersiz feshe bağlı olarak yaptığı  
bu ödemelerden dolayı mahsup tarihine kadar faiz işletilmemelidir<sup>128</sup>.

Yargıtaya göre, yıllık izin creti açısından faiz talep edilirken işçi  
tarafından temerrüde düşürülen işveren için ayrıca ihtar da gerek  
vardır. *“Mahkemece, izin creti yönünden davacının iş sözleşmesinin  
işverence işe başlatılmayacağının açıklandığı tarihten itibaren faize  
karar verilmiştir. Belirtilen tarih fesih tarihi olup, izin ücretine bu tarihte  
hak kazanılmaktadır. Davacı işçi işe iade için başvurusunda, sũresi  
içinde işe başlatılmadığı takdirde izin ücretinin ödenmesini talep  
etmiş ise de doğmamış bir hak için işverenin temerrüde  
düşürülmesi mümkün değildir. Borçlar Kanununun 101. maddesinde  
muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği  
kurala bağlanmıştır. Böyle olunca izin creti bakımından dava ve ek  
dava tarihlerinden itibaren faize karar verilmelidir”*<sup>129</sup>.

## **E) GEÇERSİZ FESHE BAğLI SONUÇLARIN EMREDİCİLİğİ**

### **1. Mutlak Emredicilik**

İş K.m.21’de düzenlenen ücret ve tazminata ilişkin düzenlemeler  
mutlak emredicidir. Gerçekten m.21/son’a göre, *“Bu maddenin birinci,*

<sup>127</sup> *“Davacının hizmet akdi işe iade davasının lehine sonuçlanması sonucu işe başlatılması ile ilgili olarak işverene başvurduğu 10.8.2004 tarihinden sonra işverenin işe başlatılmayacağına dair iradesini açıkladığı, eğer işveren açıkça bu yolda beyanda bulunmamışsa işçinin işe başlamak için başvurduğu tarihten itibaren bir ayın son bulduğu gündür. Fark kıdem tazminatına akdin sona erdiği bu tarihten faiz yürütülmesi gerekirken işçinin işe başlamak için başvurduğu tarihin esas alınması da hatalıdır”, Yarg.9.HD., 28.9.2006, 24896/25173, alışma ve Toplum, S.12, 2007/1, s.228.*

<sup>128</sup> Bkz. GÜNAY, s.1224. Ayrıca bkz. AKYİğİT, s.344.

<sup>129</sup> Yarg.9.HD., 19.07.2007, 8536/25513, alışma ve Toplum, S.16, 2008/1, s.283-285.

*ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir”.*

Belirtelim ki, işçinin iş güvencesi kapsamında olması, kendisine toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesi tazminatının uygulanmasına izin vermez<sup>130</sup>.

Ayrıca iş güvencesi kapsamında olan işçiler için, kötüniyet tazminatı<sup>131</sup>, ayrımcılık tazminatı ve sendikal tazminat da sözkonusu olamaz<sup>132</sup>. Bununla birlikte, feshin sendikal nedenlerle yapılması halinde iş güvencesi tazminatının miktarı, işçinin asgari bir yıllık ücretinden daha aşağı olamaz.

## 2. Davadan Feragat

İşçiye iş ilişkisi devam ederken veya son verilirken ibraname, feragatname veya sulh ile işe iade davası açamayacağına, bu haktan vazgeçtiğine dair imzalatılan belgeler, ilgili düzenlemenin mutlak

<sup>130</sup> “Hükme dayanak yapılan *Toplu İş Sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce imzalanmıştır, Toplu iş sözleşmesinin 33. maddesinde, “işyerinde çalışmakta olan işçiler 1475 sayılı İş Yasasının 17/2. maddesi saklı kalmak üzere hiçbir şekilde işten çıkarılmaz. 1475 sayılı yasanın 17/2. maddesi dışında keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarmalarda, işlen çıkarılan işçiye hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı tutarında iş güvencesi tazminatı işverence ödenir”* hükmü, cezai şart tazminatı olarak düzenlenmiştir. 4857 sayılı yasa ile ülkemizde iş güvencesi hükümleri ve özellikle feshin geçersizliğini isteme hakkı getirilmiş ve yasanın 17 ve 21. maddelerinde iş güvencesi kapsamında kalan işçinin bir aylık süre içinde dava açmadığı takdirde kötü niyet tazminatı işleyemeyeceği, feshin geçerli hale geleceği hususları açıkça belirtilmiştir. Buna paralel olarak 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31/6 maddesinde de iş güvencesi kapsamında kalan işçinin sendikal tazminat işleyemeyeceği kuralına yer verilmiştir./Dosya içeriğine göre, davacı işçi 4857 sayılı yasa ile getirilen iş güvencesi: kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS hükmündeki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, **iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Feshin geçersizliği ve işe iade istem süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda geçersizlik şartlarına bağlı olan tazminat istenemeyecektir. Davacı işçinin işe iade davası açmamış olması bu konuda sonuca etkili değildir.** Önemli olan işçinin iş güvencesi kapsamında yer almasıdır. Anılan tazminatın reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır”, Yarg.9.HD., 27.03.2007, 661/8598, Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.189-191; Yarg.9.HD., 7.05.2007, 27415/14484, Çalışma ve Toplum, S.15, 2007/4, s.246-247; Yarg. 9.HD., 21.11.2006, 9775/30758, Legal İHSGHD., C.4, S.14, 2007, s.741-742.

<sup>131</sup> “İşçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötü niyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır”, Yarg.9.HD., 27.11.2006, 12190/31035, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.238-240; Yarg.9.HD., 7.11.2005, 11133/38820, Çalışma ve Toplum, S.9, 2006/2, s.204-205.

<sup>132</sup> İş güvencesi kapsamında olanların doğrudan doğruya sendikal tazminat isteme olanağı yoktur. Bkz. Yarg.9.HD., 24.5.2005, 2004/30766, 2005/19241, Karar incelemesi, **ŞAHLANAN**, Fevzi, Tekstil işveren, S.315, Nisan 2006, s.51-53

emredici olması karşısında geçerli değildir<sup>133</sup>. Bununla birlikte fesih yapıldıktan sonra ve işçinin işe iade davası açmasından sonra ise, davadan feragat etmek mümkündür<sup>134</sup>.

### **3. Cezai Şartla İlişkisi**

İş güvencesine ilişkin hükümlerin (İş K.m.21/son) mutlak emredici sayılması, tarafların sözleşmeler ile ayrıca cezai şart kararlaştırabilmelerine de imkan tanımamaktadır.

## **F) HÜKMÜN İCRASI VE VERGİ VE SOSYAL SİGORTA UYGULAMALARI**

### **1. Hükümün İcrası**

Mahkeme kararının tespit niteliğinde olması karşısında, ilamlı icraya konu olması mümkün değildir. Parasal haklara ilişkin olarak da alacak likit değildir. Zira, Yargıtay uygulaması başlangıçta ücret ve diğer haklarla birlikte iş güvencesi tazminatının miktar olarak belirlenmesi gerektiği yolunda iken, daha sonra Yargıtay bu uygulamasından dönmüştür.

Bu arada belirtilmesi gereken noktalardan birisi de işe iade davalarında işçinin özellikle iş güvencesi tazminatı miktarını yasanın üst sınırından talebi, buna karşılık mahkemenin alt seviyeden tespiti halinde, davalı işveren vekili lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceğidir. Zira, bu davalarda önemli olan feshin geçersiz olup olmadığının tespitidir<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> "... İşçinin feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davasını açma hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiş olup aynı yasanın 2. maddesi son fıkrasına göre , yasa ile getirilen bu hakkın değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir", Yarg.9.HD., 24.09.2007, 13995/27723, Çalışma ve Toplum, S.16, 2008/1, s.240-243..

<sup>134</sup> "Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 04.06.2004 tarihinde davalı işverence feshedildiği sabittir. Bu tarihten sonraki tarihleri kapsayan ve davacının kendi isteği ile iş sözleşmesinin feshini istediği ve tarafların anlaştığı şeklindeki dilekçe ve sulh anlaşması, işverenin bu fesih işlemine geçerlilik kazandırır. Bir başka anlatımla, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshi geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine, yazılı şekilde reddi hatalı bulunmuştur", Yarg.9.HD., 17.4.2006, 6103/9953, Çalışma ve Toplum, S.10, 2006/3, s.169.

<sup>135</sup> "Feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davalarında vekalet ücreti, feshin geçersizliği ile ilgilidir. Feshin geçersizliğinin sonuçlarına göre kabul veya retten söz edilemez ve red vekalet ücretine karar verilmesi gerekmez. Davalı lehine olarak red vekalet ücretine dair verilen karar

## 2. Vergi ve Sosyal Sigorta Kesintileri

İşe iade davalarında, boşta geçen ücret ve diğer haklar gelir vergisi tevkifatı ile sosyal sigorta kesintisine tabidir<sup>136</sup>. Bu arada işçinin, sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle kesintiye uğramadan yaşlılık aylığı alması halinde ise, boşta geçen süre ücretinden bu sefer sosyal güvenlik destek primi kesilmek gerekir<sup>137</sup>. Aynı zamanda sözkonusu haklardan damga vergisi de kesilir.

Buna karşılık iş güvencesi tazminatından sosyal sigorta kesintisi yapılamaz. Aynı zamanda gelir vergisi de kesilemez. Danıştay da iş güvencesi tazminatından gelir vergisi kesintisi yapılamayacağına karar vermiştir<sup>138</sup>. Ancak damga vergisi kesintisi yapılmalıdır.

### YARARLANILAN KAYNAKLAR\*

**AKTAY**, Nizamettin, İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi, Sicil, S.3, Eylül 2006.

---

*hatalı olup hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir*", Yarg.9.HD., 17.4.2006, 6103/9953, 21.11.2006, 22125/30724, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s.281-282.

<sup>136</sup> Çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ödenirken, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının da kesilmesi gerekir. Bkz. Yarg.10.HD., 01.02.2007, 12679/1436, Çalışma ve Toplum, S.15, 2007/4, s.354-357. Bunun isabetli olmadığı hakkında bkz. **AKYİĞİT**, s.338.

<sup>137</sup> Yarg.9.HD., 18.10.2006, 6830/27545, İBD., İş Hukuku Özel Sayısı, İstanbul 2007, s.400-401.

<sup>138</sup> "Sözleşmenin feshinin geçersizliğine ve çalışanın işe iadesine karar verilmesi üzerine bu istemle başvurulmasına karşın işe başlatmayan işveren aleyhine hükmolunan tazminatın ödenmesi, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki çalışma ilişkisinin sona ermesi sonucunu yaratmaktadır.

*Gelir Vergisi Kanununun 61'inci maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliği, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para ile temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olmasıdır.*

*Çalışanı işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminat, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, bu ödemelerden Gelir Vergisi Kanununun 61'inci ve 94'üncü maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretili bent uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır.*

*Yargı kararıyla işe iadesine karar verilen davacıya, başvurusuna rağmen işe başlatılmayarak işsiz bırakılması nedeniyle işverence yapılan bu ödeme; Gelir Vergisi Kanununun 25'inci maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretili bentte vergiden müstesna tutulan işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde olduğu halde, 25'inci maddede sadece çalışanlara ödenen kıdem tazminatının 24 aylığı aşmayan kısmının vergiden müstesna tutulduğuna dayanılarak verilen hükmün bozulması gerekmiştir", D.3D., 15.2.2007, 2006/3799, 2007, 414, Çalışma ve Toplum, S.14, 2007/3, s.179-182.*

\* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

**Kamu-İş; C:10, S:1/2008**

**AKYİĞİT**, Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007.

**AKYİĞİT**, Ercan, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, Legal İHSGHD., C.5, S.17, 2008. (**Ölüm**)

**ALPAGUT**, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, 21.25 Eylül 2005, Bodrum, Toprak İşveren İstanbul ty.

**BİLGİLİ**, Abbas, İş Güvencesi Hukuku, Ankara 2004.

**CANBOLAT**, Talat, Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir, Sicil, Y.3, S.9, Mart 08.

**CENTEL**, Tankut, Boşta Kalınan Sürenin Ücreti, Tekstil İşveren S.285, Eylül 2005.

**ÇANKAYA**, Osman, Güven/**GÜNAY**, Cevdet İlhan/**GÖKTAŞ**, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.

**ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20.B., İstanbul 2007.

**DURAN**, Abdurrahman, Geçersiz Sebep Feshin Sonuçları, Legal İHSGHD., C.1, S.3, 2004.

**EKMEKÇİ**, Ömer, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD., C.1, S.1, 2004. (**Değerlendirme**)

**EKMEKÇİ**, Ömer, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, Y.8, S.31.

**EKONOMİ**, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C.17, S.2, Mart 2003.

**ERTÜRK**, Şükran, 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.

**EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.

**GÜNAY**, Cevdet İlhan, İş Davaları, Ankara 2008.

**MESS.**, Akıllı Kitap, İş Güvencesi, İstanbul

**MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005.

**SARIBAY**, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.

**SUBAŞI**, İbrahim, İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi, Sicil, S.7, Eylül 2007.

**SÜMER**, Haluk Hadi, İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi, Sicil, S.4, Aralık 2006. (**İşe İade**)

**SÜMER**, Haluk Hadi, İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davasına Etkisi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008.

**SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005.

**ŞAHLANAN**, Fevzi, İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi, (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S.310, Ekim 2005.

**ŞAHLANAN**, Fevzi, İşe İade Davası Süreken İşçinin Yeni Bir İşe Girmesi, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S.321, Ekim 2006.

**TAŞKENT**, Savaş, Boşta Geçen Sürenin Ücreti, Yargıç Resul ASLANKÖYLÜ'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004.,

**UÇUM**, Mehmet, İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005. (**Davalar**)

**UÇUM**, Mehmet, İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları, Legal YKİ, S.2, 2006.

**UŞAN**, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C.1, İş Hukuku, Ankara 2006.