

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ HALİNDE
BOŞTA GEÇEN SÜRE İÇİN ÖDENECEK MİKTAR
ÜCRET MİDİR, TAZMİNAT MI?**

Av. Dr. Sami NARTER
Ankara Barosu

ÖZET

Geçersiz sebeple iş sözleşmesi feshedilen işçi işe iade davası açıp haklı çıkması halinde mahkeme tarafından işine iadesi yönünde karar verilir. Sözleşmenin feshinden işçinin tekrar işe başlamasına kadar geçen süre boшта geçen süre olarak anılmaktadır. İşçi bu dönemde maddi ve manevi zarara uğramaktadır. İş Kanunu işçinin işe iadesi halinde işe başlayacağı zamana kadar geçen süre için en çok dört aya kadar olan ücretinin ödenebileceğine hükmetmiştir. Uygulamada dava sürecinin çok uzun sürmesi nedeniyle çoğunlukla boшта geçen süreler dört aydan çok daha uzun olmaktadır. İşçi bu dönemde çalışmadığı için ücret gelirinden yoksun kalmakta, fiili olarak çalışmadığı için fiili çalışmadan kaynaklanan dolaylı gelirlerden (fazla mesai, yemek, kıyafet yada benzeri aynı yardımlar) yoksun kalmakta ayrıca işe iade davasında masraf yapmaktadır. Bunlar işçinin maddi zararlarını yine bu süreçte yaşanan acı ve üzüntü de manevi zararlarını oluşturmaktadır. Bu zararların tümü işverenin geçersiz feshinden kaynaklanmaktadır.

Kanunun bu zararı karşılamak üzere en çok dört aylık tutarında ücretinin ödeneceğini belirtmesi kanaatimizde hatalı olmuş ve tartışılması amacıyla bu çalışma yapılmıştır. Yapılan çalışma sonucunda ücret olarak nitelendirilen bu ödemenin kanaatimizce tazminat niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar sözcükler; İş sözleşmesinin feshi, Geçersiz fesih, Boшта geçen süre, Ücret Tazminat

**PAYMENTS FOR IDLE PERIOD ARE WAGE OR
COMPENSATION IN CASE OF TERMINATION OF
EMPLOYMENT CONTRACT?**

ABSTRACT

If an employment contract was terminated without a valid reason, workers can sue 'return to work' case to the court. In that case the court judges 'return to work' decision.

'The time' between the date of termination of contract and restart to work is termed as 'idle period'. Workers make a physical and sipiritual loss in this period.

Labour Law judges that maximum four month wage will be able to pay for workers until restart to work in case of 'return to work' judgement.

In practice, due to the very long duration of court proceedings, mostly 'idle periods' are much longer than four months.

In this case workers lose their both wage income and indirect income (overtime payment, food, clothing or similar benefits) to result from not to work actively.

And also they meet with both emotional distress due to pain and sadness lived in this period and financial damages due to costs for 'return to work' case. These damages grow out of employers' invalid termination.

In my opinion maximum 'four month wage' payment which is decided by the court is not true. The study discusses this claim. As a result of the study we conclude that this payment which describes as 'wage' is the nature of 'compensation'.

Keywords; Termination of employment contract, Illegal termination, Idle period, Wage Compensation

GİRİŞ

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda işçi tarafından feshin geçersizliği istemiyle açılan davanın olumlu sonuçlanması işe iade kararını gerektirir. Sözleşmenin fesih tarihi ile işçinin tekrar işe başlaması arasında geçen süreye boşa geçen süre denilmektedir.

'Boşa geçen süre' ancak feshin geçersizliği mahkeme tarafından tespit edildiğinde ortaya çıkar. Feshin davaya konu olmaması ya da mahkemenin davayı reddetmesi halinde fesih ilk andan itibaren geçerli olacak ve ortaya boşa geçen süre de çıkmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu 21/3. maddesi boşa geçen süreye ilişkin en çok dört aylık ücret ödeneceğini belirtmiştir. Bu nedenle kanunun boşa geçen süre için ödenecek miktarı ücret olarak nitelendirmesinin yerinde olup olmadığının tartışılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Bu çalışmanın amacı; kanun metninde ödenecek miktarın ücret olarak lafzedilmesine rağmen asıl niteliğinin tazminat olup olmadığını tartışmaktır. Söz konusu boşa geçen süreyi ilgilendiren kavramlar ve unsurlar açısından karşılaştırmalar yapılmak suretiyle boşa geçen sürede ödenmesi gereken miktarın niteliğinin ne olduğuna ulaşılmaya çalışılmıştır.

Çalışma esas olarak iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda, boşa geçen süre için ödenecek miktar ücretin unsurları yönünden tartışılmış, ikinci kısımda ise aynı konu tazminatın unsurları açısından tartışılarak karşılaştırma yapılmıştır. Makale sonunda da ödenen meblağın ücret mi tazminat mı olduğu hususuna tartışma çıkarımlarından faydalanarak açıklık getirilmiştir.

I. Boşa Geçen Sürede İş Sözleşmesi Unsurlarının İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından Tartışılması

4857 sayılı İş Kanunu 8/1. Maddesine göre, "iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir."

Bu tanıma göre iş sözleşmesinin İş Kanunu açısından unsurları şunlardır:

***Bir işin görülmesi**, iş sözleşmesinin en temel unsuru bir işin görülmesidir. Yapılan işin bedenen veya fikren yapılması önemli değildir.

***Ücret**, İK m. 32'ye göre ücret "bir kimseye iş karşılığında veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır." Hatır için yapılan işler ücret gerektirmez. Hayatın olağan akışında bir kimsenin ücret almadan çalışması da düşünülemez.

***Bağımlılık unsuru**, Bağımlılık, iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan ana unsurdur. İK 8. maddede bağımlılık unsuru, "... bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi..." ifadesi ile açıkça yer almıştır.

6098 sayılı TBK m. 393/1'de ise hizmet sözleşmesi, şu şekilde tanımlanmıştır; "hizmet Sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak, belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir".

TBK hizmet sözleşmesi tanımında İş Kanunundakinden farklı olarak zaman unsuruna yer vermiştir. ***Zaman unsuru**; ücretin ödenmesinde değerlendirmeye alınacak bir unsur olarak tanımda yer almaktadır. Buna göre; görülecek iş karşılığında bir ücret ödenmesi gerekir. Bu ücret zamana göre(saat, gün, hafta, ay gibi) veya yapılan işe göre(akort ücret, parça başı ücret gibi) ödenebilir (Yavuz, 2011:385).

TBK 393. maddesi, ayrıca, işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesi olarak değerlendirileceğini belirtmektedir.

Boşta geçirilen süre İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunda tanımlanan iş sözleşmesi unsurlarına göre tahlil edildiğinde; iş sözleşmesinin feshiyle birlikte (yargılama aşaması sonunda sona ereceği veya devam edeceği yargılamayla belli olacak olmasına rağmen) boşta kalan işçi açısından bir iş görme edimi bulunmamaktadır. Bu süre içinde işçinin işverene karşı yerine getirmesi gereken bir iş görme borcu fesihle ortadan kalkmıştır. İş sözleşmesi geçersiz fesihle sona ermiş olsa bile işe iade ve işe başlama henüz sağlanmadığı dönemde işçinin herhangi bir iş görme edimi bulunmamaktadır. Zira bu dönemde geçerli bir iş sözleşmesi yoktur.

Ücret açısından bakıldığında iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan yargılama bitinceye kadar işçiden iş görmesi veya iş görme vaadinde bulunulması beklenemez. Yapılan iş veya verilen hizmet bir

ivaz karşılığı olduğundan bu süre içinde çalışmayan işçiye işveren tarafından bir ücret verilmez(Yavuz,2011:386). Zaten ücret çok istisnai haller(İK 24/3, 25/3 gibi) dışında yapılan iş karşılığı ödenen bedeldir. İş sözleşmesi feshedilmiş olan işçinin yaptığı herhangi bir iş bulunmamaktadır. Bu yüzden işçiye ödenen bir ücretin de bulunmaması normaldir. Başka bir isim altında bir para alıyor olsa bile bu iş sözleşmesinden kaynaklanan iş karşılığı ödenen bedel olmadığından ücret sayılamaz.

Bağımlılık unsuru açısından bakıldığında, kural olarak iş sözleşmesi ile işçi, ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için işverenin hizmetinde çalışma borcu altına girmektedir. İşçinin bu çalışması diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak bir organizasyon içinde işverene bağlı olarak ifa edilir (Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 2011:47). Böylece işveren, işin yapılması sırasında işçiye talimat verme ve onu denetleyebilme imkanına sahiptir. Bağımlılık unsuru iş sözleşmesini diğer iş görme akitlerinden ayıran en önemli unsurdur. Özellikle ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde yeni çalışma türlerinin kabul edilmesi bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde değişik kriterlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak en önemli kriter, bir iş organizasyonu içinde işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme ediminin yerine getirilmesidir.

İşverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş görme ölçütü ile işçinin işverene bağımlılığını belirlerken her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalı ve sınırları belirlenmelidir. Bağımlı çalışmada, işçi kural olarak sahibi bulunmadığı üretim araçlarıyla çalışmasını sürdürür. Gelenek haline gelmiş bazı istisnalar dışında iş araçları, işte kullanılan hammadde ve elde edilen ürün işverenin mülkiyetindedir (Sümer, 2010/19:70).

Bozucu yenilik doğuran hak olan fesih hakkını kullanan işveren iş sözleşmesinin sona ermesine ve bağımlılık ilişkisinin bitmesine neden olur. İşçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan, işçinin işverene karşı bir bağımlılığı kalmamıştır. İşveren de bu süre içinde işçiye emir ve talimat veremez. İşçi de iş görme edimini yerine getirmek üzere hazır beklemek zorunda değildir.

Zaman unsuru açısından değerlendirildiğinde zaman, çalışma taahhüdünde bulunulan belirli veya belirsiz bir süreyi anlatmaktadır. Borçlar Kanunu zamanı, iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru kabul etmektedir.

Gerçekten de iş sözleşmesi, sürekli edimi konu edinen, edimin bir süre içinde birden çok ifası ile karakteristik olan bir sözleşme olduğundan bir tek edimle sona eren bir iş ilişkisi, iş sözleşmesine konu olamaz. İşçinin temel edimi olan iş edimi, muhakkak bir zaman boyunca, birden çok ve ard arda ve bu bakımdan da sürekli tekrarlanan edimlerden oluşur. Bu itibarla iş sözleşmesi, belirli veya belirsiz bir sürede cereyan eden sürekli bir iş ilişkisini ifade eder. Zaman, iş sözleşmesinin önemli bir unsuru olmasına rağmen diğer unsurlar olmadan, sözleşmeyi benzer sözleşmelerden ayırt etmeye yetmez. Örneğin, bir işçi tarafından zamanın serbestçe kullanılması ve işverenin her türlü denetimi dışında kalan bir ilişkide kural olarak iş sözleşmesinin olduğu söylenemez (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012: 295).

Yargıtay'a göre de zaman bağımlılık unsuru gibi, hizmet sözleşmesinin ayırıcı ve belirleyici özelliğidir (Y9HD. 27.2.1978, E.78/2806, K.78/3343). Yine bir başka Yargıtay kararına göre, işyerinde çalışma ve bağımlılık unsurları birlikte zaman unsurunu da ortaya çıkarır. Bir işin sonuçlarının hemen alınmasını gerektiren işler bağımlılık ve zaman açısından hizmet sözleşmesinin oluştuğunu göstermez (Y9HD 28.5.1991, E. 1991 /8501, K. 1991 /9026).

Boşta geçen süre içerisinde işçi zamanını serbestçe kullanabilmektedir. Hatta bulabilirse başka bir işte dahi çalışabilmektedir. İşveren ise bu süre içerisinde işçiye emir ve talimat vermemekte, hiçbir denetimde bulunmamaktadır. Yukarıda da bahsedildiği gibi işverenin her türlü denetimi dışında kalıp, zamanın tamamen serbestçe kullanıldığı bir ilişkide iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemez.

Kısaca, iş sözleşmesi fesh edilmiş olduğundan boşta geçen sürede sona ermiş bir iş sözleşmesi mevcuttur. Ancak mahkeme kararıyla fesih geçersiz sayılırsa ihtimallere göre tekrar değerlendirilecek konuma gelecektir.

II. Boşta Geçen Süre için Ödenecek Miktarın Ücretin Unsurları Yönünden Tartışılması

Boşta geçen sürenin ücret olup olmadığı, ücret kavramının açıklandığı çeşitli kanunlar çerçevesinde değerlendirilebilir. Ücrete ilişkin kavramsal çerçeve, İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu gibi kanunlarda çizilmektedir. Bunun yanında özellikle İş Hukukunda kıymet bulan 'Sosyal Ücret' kavramı da farklı bir bakış açısı olarak hukuk tartışmalarında yerini almaktadır.

Aşağıda boşta geçen sürenin ücrete yakınlığını/uzaklığını ortaya koyabilmek için bu çerçevede tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir.

a. İş Kanununda Yer Alan Ücretin Tanım ve Unsurlarının Boşta Geçen Süre Açısından Tartışılması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesi 1. fıkrasında ücret şu şekilde tanımlanmaktadır: "Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır". Tanıma göre, ücretin;

1. Bir iş karşılığında ödenmesi,
2. İşveren ya da üçüncü kişiler tarafından ödenmesi,
3. Para olarak ödenmesi şeklinde üç unsuru bulunmaktadır.

Bu unsurlara kısaca değinmek gerekirse;

- İş Kanununda belirtildiği üzere ücret, bir iş karşılığında ödenir. İşçinin bir iş görmeksizin ücret alması mümkün değildir. Ancak, günümüzde modern İş Hukukunun koruyucu yapısı içinde, işçiye bir iş karşılığı olmaksızın da bazı hallerde ücret ödenmesi esası benimsenmiştir. Sosyal ücret olarak nitelendirilen bu konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

- 4857 sayılı İş Kanununda da, ücretin sadece işveren tarafından ödenmesi gerekir şeklinde bir kısıtlamaya gidilmemiş, üçüncü kişiler tarafından da ödenebileceği açıkça ifade edilmiştir. Üçüncü kişilerden kastedilen; işçiyle arasında iş sözleşmesi ilişkisi olmayan fakat kendilerine hizmet sunulan kişilerdir. Ücretin yüzde usulü ile veya bahşiş şeklinde ödenmesi ücretin üçüncü kişiler tarafından ödenmesi örnekleridir (Süzek, 2011: 310-311).

- Ücretin son unsuru olan para olarak ödenmesinin yanında 2008 yılında 5754 sayılı kanun ile yapılan düzenleme ile ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak Türk parası ile ödenir hükmü getirilmiştir.

- Boşta geçen süre ücreti olarak, mahkemece en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücrete hükmedilmesi hususu, ücretin hukuki niteliği ve unsurları bakımından tahlil edildiğinde ücret unsurlarından

Kamu-İş; C:13, S:2/2013

(kısmen sosyal ücret olup olmadığı dışında) hiçbirisi ile uyumluluk göstermediği görülmektedir.

- Ücretin en önemli unsuru olan yapılan bir iş karşılığında ödenmesi gerektiği unsuruna hiç uygunluk bulunmamaktadır. Çünkü işçi boşta kaldığı süre içinde iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan herhangi bir iş yapmamaktadır. Dolayısıyla işçi çalışmadığı için kendisine işveren tarafından bir ücret de ödenmemektedir.

- Yine bu dönem için işçiye üçüncü kişiler tarafından herhangi bir ödeme yapılmamaktadır.

- Ayrıca işçiye ödenen bir para da mevcut değildir.

İş Kanunu açısından değerlendirildiğinde boşta geçen sürede ödenecek olan miktarın ücretin unsurlarını taşımadığı ortaya çıkmaktadır.

b. Borçlar Kanununda Yer Alan Ücretin Tanım ve Unsurlarının Boşta Geçen Süre Açısından Tartışılması

İşçinin iş görme borcunun karşısında yer alan ve iş sahibinin hizmet sözleşmesinden doğan başlıca borcu ücret ödeme borcudur.

01.07.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılan 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'nun 323. maddesine göre, "İş sahibi mukavele edilen yahut adet olan yahut kendisinin bağlı bulunduğu umumi mukavelede tespit olunan ücreti tediye ile mükelleftir." 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 401'e göre ise, "İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür."

Yukarıda değinildiği gibi, her iki kanuna göre de iş sahibinin ücret ödeme borcu altında bulunduğu hususu, hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak belirtilmiştir (Yavuz, 2011:404). Yapılan tanımlarda ücret, hem iş sözleşmesinin temel unsuru, hem işverenin temel bir borcu, asli karşı edimi olarak özellikle vurgulanmaktadır (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2011:297).

Yukarıda değindiğimiz genel kurallar ışığında boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aya kadar ödenebilecek ücret, Türk Borçlar

Kanununun ücretle ilgili esaslarına göre değerlendirildiğinde, İş Kanunu 21/3 de ücret olarak belirtilen bu kurumun ücret olarak nitelendirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Çünkü ücret, işverenin iş sözleşmesinden doğan borcudur. Yani işçinin iş görme ediminin karşılığıdır. Boşta geçen sürede iş sözleşmesi feshedilmiş durumda olduğundan ve ortada herhangi bir çalışma bulunmadığından mahkemece hükmedilen bu paranın ücret niteliği bulunmamaktadır.

c. Gelir Vergisi Kanununda Yer Alan Ücretin Tanım ve Unsurlarının Boşta Geçen Süre Açısından Tartışılması

Farklı bir tanım olarak ücret, bedensel ve/veya zihinsel bir emek karşılığında elde edilen hasılayı ifade eder. İnsan emeğinin karşılığı olan bu hasıla, para şeklinde olabileceği gibi, aynı veya para ile temsil edilebilen menfaatler de olabilir (Benokan/Turgut, 2007:280). Gelir Vergisi Kanunu'ndaki ücret kavramı, yukarıda yer alan ücret kavramından farklı bir anlama sahiptir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesine göre; "Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir." Gerçek kişilerin bir takvim yılı içinde elde etmiş oldukları ücret gelirleri gelir vergisine tabidir. Gelir Vergisi Kanunundaki bu tanımlamaya göre; Ücret bedensel ya da zihinsel bir emek karşılığında işverenden elde edilen aynı veya nakdi menfaatleri ifade etmektedir. Bu menfaatler para şeklinde olabileceği gibi aynı (hizmet karşılığının mal olarak verilmesi) veya para ile temsil edilebilen menfaat şeklinde de olabilecektir. Tanıma göre, bir ödemeye sağlanan menfaatin ücret sayılabilmesi için şu unsurların bulunması gereklidir;

- İşverene tabi olarak çalışma,
- Çalışmanın belirli bir işyerine bağlı olarak yapılması,
- Çalışmanın karşılığı olarak bir ödemenin yapılması,
- Ödemenin para ve ayınlar ile sağlanması ve para ile ölçülebilen menfaatlerden oluşması gerekir.

61. maddeye göre; ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı, mali sorumluluk tazminatı, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık ilişkisi niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması bile ücretin niteliğini değiştirmez.

Vergi Hukukuna göre, ücret vergiye tabidir. O halde boşta geçen süre için ödenen bedelin ücretin unsurlarına göre ücret olup olmadığını tespit ettikten sonra bunun vergiye tabi olup olmadığını anlayabiliriz. Boşta geçen sürede işverence işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan işçinin işverene bağlılığının devam ettiği düşünülemez. O süre içinde işçi çalışmadığından dolayı herhangi bir hizmeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçiye ödenen bu bedel bir hizmet karşılığı olarak ödenmemektedir. GVK m. 61'deki ücret tanımına uymayan boşta geçen süreye ilişkin bedelin ücret olduğu söylenemez. Ücret tanımına uygunluk göstermemesine rağmen uygulamada boşta geçen süre için ödenen bedel ücret olarak kabul edilmektedir.

Boşta geçen süre ücreti işverence iş sözleşmesi geçersiz fesih nedenlerinden biriyle feshedilen işçiye ödenen bedeldir. Bu bedel, işverenin haksız fiiliyle boşta kalmasından kaynaklanan zararlarını gidermeye yönelik bir bedeldir. Bir zararın karşılanmasına hizmet eden boşta geçen süre için ödenen bedelin ücretten ziyade tazminat niteliği ağır basmaktadır. Dolayısıyla tazminat niteliği taşıyan boşta geçen süre için ödenen miktarın vergiden de muaf olması gerekir.

d. Sosyal Ücret Kavramı ve Unsurlarının Boşta Geçen Süre Açısından Tartışılması

Ücret geliri, bu geliri elde eden kişinin tek geliri olması bakımından diğer gelirlerden ayrılmaktadır. Emek sahibi ile işveren arasında hukuki sonuç doğuran hizmet akdi ilişkisi bu ilişkinin doğurduğu hak ve borç ilişkisi çerçevesinde düşünüldüğünde ücret, işçiler açısından bir hak, işveren açısından ise bir borç olarak tanımlanabilmektedir (Bedir, 2011:26).

Günümüzde ücret kavramının ekonomik yönü yanında aynı zamanda sosyal yönü de ağır basmaktadır. Çünkü ücret aynı zamanda işçinin ve bakmakla yükümlü olduğu ailesinin temel ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için gerekli yegâne gelir kaynağıdır. Bu sebeple sosyal ücret, işçi ve ailesinin eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla (Topalhan, 2010: 9).

Ücretin sosyal fonksiyonu diye tanımlanabilecek bu sosyal amaçların gerçekleştirilmesi için ödenmesi gereken ücret, işçinin emeğinin karşılığı alacağı ücretten çok daha farklıdır. Bundan dolayı emeğinin karşılığı olan gerçek ücretten (asıl ücretten) başka öğretiler sosyal ücret olarak adlandırılan ödemeler yapılmaktadır. Bu konuya örnek olarak, yıllık izin ücretleri, hafta tatili ücreti ve genel tatil ücretleri ile zorlayıcı nedenlerle çalışılmayan günlerde ödenen ücretler verilebilir (Topalhan, 2010: 9-10).

İş sözleşmesinin sosyal fonksiyonu dikkate alınarak çalışmadığı halde işçinin ücrete hak kazandığı durumlar kanunda düzenlenmiştir. Bu haller dışında işçiye çalışmadan ücret ödenmesi söz konusu değildir (Topalhan, 2010: 9).

Sosyal ücretin öğretide her ne kadar bir çalışma karşılığı olmadan verilen ücret olduğu, sadece sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olduğu belirtiliyor olsa da uygulamada işçinin bu sosyal ücrete hak kazanabilmesi için o iş yerinde belli bir kıdeminin olması şartı aranır. Bir nevi daha önce yapılmış çalışmaya, harcanmış emeğe karşılık verilen bir hak durumundadır.

Boşta geçen sürede ödenecek ücret “sosyal ücret midir?” sorusunu cevaplamak için yukarıda verilen bilgilere göre bir değerlendirme yapıldığında;

- Sosyal ücrette İş Hukukunun koruyucu yapısı içerisinde sürekli çalışma ilişkisi içerisinde bulunan işçinin periyodik olarak dinlendirilmesinin yanında sosyal çevresinden kopmaması amaçlanmaktadır. Boşta geçen süre ücretinde ise ne dinlendirme ne de sosyal çevreden kopartmama gibi bir amaç yoktur. İşçiye uğradığı zararların sadece bir kısmı ücret adı altında ödenmektedir.

- Sosyal ücret normal şartlar altında iş sözleşmesi ve çalışma ilişkisi devam ederken kişilere verilen ve önceki çalışmalarına dayanan bir ücrettir. Bir anlamda daha önce sarf edilmiş emek ve kıdem karşılığı verilen bir ücrettir. Oysa boşta geçen sürede işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ve çalışma ilişkisi sonlanmış durumdadır. Her ne kadar işçinin feshe itiraz hakkı varsa da işverenin iradesi sözleşmenin sona ermesi yönündedir.

- Sosyal ücret alan bir işçinin bu dönem içerisinde uğradığı bir haksız fiil olan geçersiz fesih yoktur. Bu nedenle uğramış olduğu zarar da bulunmamaktadır. Geçersiz feshe muhatap olan işçi bu dönem içerisinde gelir kaybı yanında avukatlık ücreti, dava harç ve yargılama giderleri gibi masrafları nedeniyle de zarara uğramıştır.

- Ayrıca sosyal ücretin kapsamına ancak fiili çalışma sırasında elde edilebilecek gelirlere fazla çalışma ücreti, satışa dayalı prim, geçici sosyal yardım vs dahil edilebilecek olmasına rağmen boşta geçen sürede işçinin fiili çalışması devam etmediği için bu tür haklardan ve dolayısıyla gelirlere istifade edemeyecektir.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında; Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal hakların dahil edilmesine hükmedilmiştir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arızı fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kıvamında değerlendirilmesi mümkün olmaz (Y9HD, 17.05.2010, E:2008/25997, K:2010/13749). Yargıtay'ın bu kararından da anlaşılacağı üzere fiili çalışma dolayısıyla elde edilebilecek bazı menfaatleri kaybetmesi de işçinin boşta geçen süredeki zararları arasına girmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere boşta geçen süre ücretini sosyal ücret olarak nitelemek de mümkün değildir.

III. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Tazminat Unsurları Yönünden Tartışılması

Bu bölümde boşta geçen sürenin ücret mi tazminat mı olduğunun tespit edilmesi için tazminatın unsurları yönünden bir değerlendirme yapılacaktır. Böylece yukarıda ücretin unsurları açısından yapılan değerlendirmeler tamamlanmış olup mukayeseye imkan tanıyan bir altyapı kurulmuş olacaktır.

a. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Tazminatın Unsurlarının Boşta Geçen Süre Açısından Tartışılması

Boşta geçen süre için işçiye ödenecek miktarın tazminat olması ihtimaline binaen bu miktarın haksız fiilin unsurlarını taşıyıp taşımadığı açısından kusurlu ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre ayrı ayrı incelenmesi ve değerlendirmeye esas teşkil etmesi sağlanacaktır.

b. Kusur (Haksız Fiil) Sorumluluğu İlkesine Göre Tazminatın Unsurlarının Boşta Geçen Süre Yönünden Tartışılması

Haksız fiilin unsurlarından biri fiildir. Fiil, bir insan davranışıdır. Her insan davranışı bir düşünme ve düşüncenin açığa vurulması aşamasından geçer. İnsan davranışı düşünce aşamasında kaldığı sürece fiilden söz edilemez. Fiil yapma (hareket) ya da yapmama

(hareketsizlik) şeklinde gerçekleşebilir. Hukukta sadece yapma şeklinde değil, yapılması gerekeni yapmama şeklinde de haksız fiil işlenebilir. Kişinin yapması gerekeni yapmaması da bir fiildir. Örneğin: Banka memuru Banka'ya ait parayı zimmetine geçirdiğinde yapma şeklinde bir haksız fiil işlemiş olur; buna karşılık, bir banka'nın alacağını tahsile koyması gerekirken bunu yapmayan memurun davranışı yapmama suretiyle gerçekleşen bir haksız fiildir (Kılıçoğlu, 2011:264).

Haksız fiilin unsurlarında biri de fiilin hukuka aykırılığıdır. Genel olarak, mutlak bir hakkın (aynı hak, fikri hak veya şahsiyet hakları) ihlali veya kişilerin menfaatini koruma amacı güden emredici bir davranış kuralının, bu hak ve menfaatleri koruyucu bir kanun hükmünün çiğnenmesine yönelik eylemler hukuka aykırı fiilleri teşkil etmektedir. Daha kısa bir ifadeyle hukuka aykırılık; zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır (Gökcan, 2010:33). Ancak, adalet ilkesi ve toplumun ahlak değerlerine duyulan saygı gereği bir takım ahlak kurallarının ihlaline yönelik eylemlerin failleri de tazmin ile sorumlu tutulmuşlardır.

Bir fiilin ne zaman hukuka uygun ne zaman aykırı olduğu hususu, bütün hukuk sistemi göz önünde tutularak belirlenebilir. Fiilin, hukukun kaynaklarından her hangi birine aykırı olması yeterlidir. Bu nedenle, hukuka aykırılığı, kanuna aykırılık ile sınırlı tutmamak gerekir (Kılıçoğlu, 2011:266).

Haksız fiilin unsurlarından bir başkası fiili gerçekleştirenin kusurlu olmasıdır. Bir kimse hukuki sonuçlar doğuracak hareketlerde bulunurken hukuk düzenince kabul edilemeyen bir irade içinde olabilir. Kişinin fiili yaparken içinde bulunmaması gereken irade onu verdiği zararın ödenmesini gerektiren bir davranış yükümlülüğü içine sokar. Zararın ödenmesini gerektiren irade, bir kimsenin bazen hukuka aykırılık konusunda istekli olması, bazen de hukuk kurallarına uyma konusunda yeterli dikkat ve özeni göstermemesi şeklinde karşımıza çıkar. Bu şartlar altında kusur, iradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi veya hukuka aykırı bir sonucun önlenmesi veya meydana gelmemesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi şeklinde ortaya konabilir (Şenyüz, 2011:86). Yani kusur; hukuk düzenince kişiden belirli durumlarda beklenen ortalama hareket tarzına uyulmamasıdır. Başka bir deyişle, haksız fiile yol açan kişinin davranışındaki sübjektif unsurdur. Kusur, haksız eylemin sübjektif ögesi, hukuka aykırılık ise objektif ögesidir (Gökcan, 2010:42). Kusur failin düşüncesine veya davranışına göre kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkar. Kaldı ki kusurlu suçun ceza kanunu bakımından suç oluşturması da gerekli değildir.

Haksız fiil sorumluluğunu doğuran bir başka unsur da hukuka aykırı fiil sonucu bir zararın meydana gelmesidir. Zarar bir eksilmeyi ifade eder. Haksız fiilin borç doğurmasının sebebi, doğan zararı giderme yükümlülüğünden kaynaklanır. Haksız fiilin faili, bu fiiliyle yaratmış olduğu eksilmeyi gidermek, zarar gören kişiyi fiilden önceki durumuna getirme borcu altına girmiştir (Eren, 2012:520-536). Haksız fiil failinin borcu, doğan bu zararı tazmin etmeye dayanır. Buna göre, haksız fiilden doğan tazminat borcunun üst sınırını doğan zarar oluşturur.

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için gerekli olan son unsur şüphesiz illiyet bağıdır. İlliyet bağı; mağdurun zararının, zarar doğurucu eylemi yapan failin eyleminin sonucu olarak meydana gelmiş olmasını ifade eder. Failin eylemi ile zarar arasında mantıki anlamda sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Fakat maddî ve mantıki illiyet bağı tek başına yetersizdir. Örneğin, esnaftan bıçak satın alan ve bu bıçakla başkasını öldüren kişinin eyleminde mantıki illiyet olarak bıçağı satan kişiye ulaşılabilir. Ancak ölüm olayından satıcıyı sorumlu tutmak hakkaniyete ve hukuka uygun olmayacaktır. Bu nedenle mantıki illiyetin "hukuki illiyet" derecesinde tutulması, olayda hukuki illiyetin varlığının araştırılması gereklidir. Örnek olayda hukuki illiyet, yalnızca bıçak ile ölene saldıranın sorumlu olduğu şeklindedir (Eren, 2012:500 vd).

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için gerekli olan unsurlar kısaca açıklandıktan sonra boşta kalan süre için ödenen bedelin haksız fiil unsurları bakımından tazminat olup olmadığını değerlendirildiğinde şu sonuçlara varılabilir;

- Yargılama sonucu işe iade kararı kesinleşinceye kadar iş sözleşmesi feshedilmiş durumdadır. İş sözleşmesi işverenin fesih yönündeki iradesini açıklamasıyla son bulmuştur. O halde işverenin haksız fiil sorumluluğunu doğurma ihtimali olan bir fiil mevcuttur.
- İş sözleşmesinin feshi eylemi hukuka aykırı mıdır diye bakıldığında feshin, mahkeme tarafından geçersizliğinin tespiti işverenin fesih yönündeki irade açıklamasının hukuka uygun olmadığı anlamını taşır. O halde işveren geçerli sebeple fesih hakkı tanıyan İş K. 18-21 maddelerine aykırı davranarak sözleşmeyi feshetmiştir. Norm ihlali olduğundan işverenin iş sözleşmesini feshetmesi fiili hukuka aykırıdır.
- Kusur tahlil edildiğinde işverenin iş sözleşmesini feshederken kastı ya da ihmali olup olmadığına bakılır. İş sözleşmesini kanunen

fesih için geçerli fesih nedeni olmayan bir nedenle veya uyması gereken usule aykırı olarak feshetmiş olması işverenin kusurlu olduğunu gösterir. Aynı zamanda bu hukuka aykırılığı bilerek yapmışsa kasıt var demektir. Aksi takdirde ihmali davranmış olur. Örneğin işveren sendikal nedenlerle iş sözleşmesini feshetmişse burada kasıtlı hareket olduğu kabul edilmelidir. Zira böyle bir nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi işverenin kötü niyetli olduğunu da göstermektedir.

- Haksız fiil sorumluluğunu doğurabilecek bir zarar var mı diye bakıldığında, iş sözleşmesi feshedilen işçi işsiz kalmış ve gelirinden yoksun kalmıştır. Bu işçinin zararının meydana geldiğini göstermektedir. Her ne kadar en çok dört aya kadar boşta geçen süre için bedel ödeniyor olsa bile, uygulamada davaların çok uzun sürelerde karara bağlanması işçinin dört aydan daha fazla ücret kaybı zararının meydana gelebileceğini gösterir. İşçi bu durumda hem çalışmadığı için ücret gelirinden yoksun kalmakta hem fiili olarak çalışmadığı için fiili çalışmadan kaynaklanan dolaylı gelirlerden (fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim, yemek, kıyafet yada benzeri aynı yardımlar) yoksun kalmakta hem de işe iade davasında masraf yapmak, ücret olarak nitelendiği için bu gelirden gelir vergisi ödemek suretiyle maddi zarara ve bu süreçteki yaşanan acı ve üzüntü nedeniyle manevi zarara uğramaktadır.

- Meydana gelen zarar ile işverenin fiili arasındaki illiyet bağına bakıldığında ise, işveren iş sözleşmesini hukuka aykırı olarak feshetmemiş olsaydı işçi işsiz kalmayacak ve bir zararı doğmayacaktı. Anlaşılmaktadır ki haksız fiil sorumluluğunu doğuran illiyet bağı da mevcuttur.

O halde en çok dört aya kadar ödenen boşta geçen süreye ilişkin bedelin hukuki nitelik olarak, Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi anlamında haksız fiil sorumluluğundan doğan bir tazminat niteliği taşıdığı kanaati oluşmaktadır.

c. Kusursuz Sorumluluk İlkesine Göre Tazminatın Unsurlarının Boşta Geçen Süre Yönünden Tartışılması

Haksız fiil sorumluluğunda kural, kusur sorumluluğudur. TBK m. 49 (Eski BK m. 41) hükmü, bunu açık bir biçimde haksız fiilin unsurlarından birinin kusur olduğunu belirterek ortaya koymuştur. Buna göre, kusur yoksa haksız fiilin diğer unsurları bulunsa bile

sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Kural bu olmakla birlikte, bazı sosyal düşünceler ve hakkaniyet gerekleri, doğan zarar nedeniyle kusuru bulunmayan bazı kişilerin sorumlu tutulmalarını gerektirmiştir. Bu nedenle, yasa koyucu zararın doğumunda kusuru bulunmayan bazı kişilerin de bundan sorumlu tutulmalarını kabul etmiştir. Kusuru bulunmadığı halde doğan zarardan sorumlu tutulmaya "kusursuz sorumluluk" adı verilmektedir (Kılıçoğlu, 2011:302).

Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinde farklı ilkeler göz önünde bulundurulmuştur. Bunlar:

1. *Hakkaniyet Sorumluluğu ilkesi*: Haksız fiil nedeniyle doğan zarardan sorumluluk için, failin haksız fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Haksız fiil ehliyeti, failin kusurlu hareket edebilme ehliyetini ifade eder. Fail, fiili işlediği sırada kusurlu hareket edebilme yeteneğine sahip değil ise doğan zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Ancak, bu kuralın mutlak olarak uygulanması bazen haksız sonuçlar doğurabilir. Somut olayda, akıl hastası ya da akıl zayıfı olması nedeniyle kusurlu hareket etme ehliyetine sahip olmayan kişinin, doğan zararı tazmin etmesi hakkaniyet ve adalet gereği olarak ortaya çıkabilir. İşte, bunu düşünen yasa koyucu TBK m. 65'de (Eski BK m. 54) hakkaniyet ilkesine dayanan kusursuz sorumluluğu düzenlemiştir (Kılıçoğlu, 2011:304).

2. *Tehlike sorumluluğu İlkesi*: Bu tür sorumluluk; bir işletmenin yürütülmesinden, belirli bir faaliyette bulunulmasından veya sahip olunan nesneye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile doğar. Gerçekten de modern hayat içerisinde motorlu araçların işletilmesi, demiryolu ve havayolu taşımacılığı, enerji santralleri, nükleer santraller, çeşitli konularda üretim yapan her türlü sanayi ve fabrikalar sürekli bir zarar tehlikesini potansiyel olarak taşımaktadırlar (Gökcan, 2010:292). Bu nedenlerle de tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluk içerisinde yer almaktadır. Tehlike sorumluluğu kavramı bahsi geçen özel düzenlemelerde yer alırken TBK 71. Maddesi düzenlemesi ile artık genel bir hüküm olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır (Gerek, 2011:32).

3. *Olağan sebep ilkesi*: Burada, kusursuz sorumluluğun kabul edilme sebebi, sorumlu tutulan kişinin kendisine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Kişi, gereken dikkat ve özeni göstermediği için, doğan zarardan dolayı kusuru bulunmadığı halde sorumlu tutulmaktadır (Kılıçoğlu, 2011:303).

Özen (Sebep) sorumluluğu olarak da kabul edilen bu sorumluluk türü kendi içinde kanunda aranan özenin derecesine göre Olağan sebep sorumluluğu ve ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olarak ikiye ayrılabilir (Antalya, 2012:412).

Olağan sebep sorumluluğunun kabul edildiği çeşitli sorumluluk nedenlerine; adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK m. 66), bina ve diğer yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69), hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67), ... vb sorumluluklar girmektedir (Reisoğlu, 2011:179-195)

Kusursuz sorumluluğu doğuran ilkelere kısaca değindikten sonra, sorumluluk için hangi unsurların olması gerektiğine baktığımızda ise, kusursuz sorumluluk hallerini kanun koyucu kanunlarda göstermeye çalışmışsa da, yukarıdaki ilkelerin varlığı halinde sadece zarar, fiil ve uygun illiyet bağının olması yeterlidir. Kusursuz sorumluluk hallerinde kusurun varlığına gerek yoktur.

O halde boşta geçen süreye ilişkin ödenen bedelin kusursuz sorumluluktan doğan bir tazminat olup olmadığına baktığımızda ise, kusursuz sorumluluk açısından sorumluluk doğuracak olan fiil, zarar ve illiyet ilişkisi mevcuttur. Çünkü işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi fiilin gerçekleştiğine, işçinin işsiz kalıp çalışamaz olması ve dolayısıyla gelirden yoksun kalması zararın gerçekleştiğine ve bu işsizliğin işverenin geçersiz sebeple iş sözleşmesini feshetmesiyle ortaya çıkması illiyet bağının varlığına kanıttır.

Ancak, sözleşme serbestisi ilkesinden hareketle işverenin iş sözleşmesini tek taraflı olarak feshetme hakkı bulunmaktadır. Böyle bir hakkı varken işverenin iş sözleşmesini feshetmesinden dolayı kusursuz olarak sorumlu tutulduğunda işverene verilmiş tek taraflı fesih hakkının hiçbir anlamı kalmaz. Böyle bir durumda işverenin fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket edip etmediği araştırılmalıdır. Yani işverenin kusuru aranmalıdır. Zaten belirsiz süreli iş sözleşmesini geçersiz fesih oluşturacak şekilde feshetmesi işverenin kusurlu davranışına yani ihmal veya kastı olduğuna delalet eder.

Özetle fesih hakkı olan işverenin, iş sözleşmesini geçersiz fesih sebebiyle feshetmesi halinde, kusursuz sorumluluğuna gidilmesi, hakkaniyet, tehlike, olağan sebep sorumluluğu ilkeleriyle bağdaşmaz.

d. İş Kanunu'na Göre Tazminatın Unsurlarının Boşta Geçen Süre Açısından Tartışılması

İş Kanunu açısından tazminatın unsurlarının neler olduğu, işçiye verilecek tazminatın niteliğine göre değişiklik göstermektedir.

Ancak genel kural olan kusur sorumluluğunun ya da kusursuz sorumluluk ilkesinin İş Hukukundaki yansımalarından doğmaktadır.

İşçiye ödenecek tazminatların sebepleri her ne kadar farklı olsa da sorumluluk hukukundan kaynaklanmaktadır. Örneğin kötü niyet tazminatı ele alındığında, işveren iyi niyet kurallarına aykırı davranarak çeşitli saiklerle iş sözleşmesini fesheder ve bu fesih sonucu işsiz kalan işçi maddi zarara uğrar. Buradan anlaşıldığı gibi işverenin bu sorumluluğu kusura dayanan sorumluluktur. Çünkü haksız fiil sorumluluğunu doğuracak şartlar gerçekleşmiş durumdadır. Şöyle ki; işverenin, iyi niyet kurallarına aykırı davranması haksız fiili (hukuku aykırı fiil), işçinin haksız fiil sonucu işsiz kalması ve gelir kaybına uğraması zararı, bu zararın hukuka aykırı fiilden kaynaklanması ise illiyet bağıını oluşturmaktadır.

Bu bilgiler ışığında boşta geçen sürede ödenen miktarın İş Hukuku açısından niteliğine baktığımızda; hukuka aykırı fiili, geçersiz sebeple yapılmış fesih; zararı bu fesih sonucunda mahkeme kararının kesinleşmesine kadar maruz kalınan işsizlik ve gelir kaybı; illiyet bağıını ise, bu işsizlikten doğan zararın geçersiz sebeple yapılan fesihle kaynaklanması oluşturmaktadır.

Yukarıdaki değerlendirmelerden çıkan sonuç, tazminatın unsurlarına haiz olan boşta geçen süre için ödenen miktarın İş Kanunu açısından tazminat niteliği taşıdığı yönündedir.

IV. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Öğreti ve yargıda boşta geçen en çok dört aylık süre için ödenecek bedelin ücret olduğu ve dolayısıyla vergiye tabii olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.

İşçinin çalıştırılmadan boşta geçirdiği en fazla dört aylık sürenin karşılığı olan alacağı bir ücret olması açısından bu alacak sigorta primi, vergi ve diğer yasal kesintilere tabidir (Akı/Altınbaş/Bahçıvanlar, s.159).

Boşta geçen süreye ait ücret Gelir Vergisi Kanunu 25/1. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında olmadığı ve bu nedenle aynı kanununun 61, 94.10 ve 10. Maddeleri uyarınca gelir ve damga vergisine tabii olduğu belirtilmektedir (Çil, 2008:56).

İşçinin çalıştırılmadığı süre içinde boşta geçen zaman için yapılan ödemeler hangi ad altında ödenirse ödensin GVK'nun 61. maddesi çerçevesinde ücret olarak değerlendirilip gelir vergisine tabii tutulacaktır (Benokan/Özcan, 2007:482).

Boşta geçen süre için ödenecek miktarın ücret olarak kabul edilmesi zaten işsiz kalmış, bir çok açıdan maddi ve manevi zarara uğramış işçi açısından alacağı en çok dört aylık ücretten gelir vergisi ve damga vergisi kesintilerinin yapılmasının hakkaniyete de aykırı olduğu kanaatindeyiz. Halbuki boşta geçen bu süre için ödenecek olan miktarın tazminat olarak nitelendirilmesi halinde bu kesintiler yapılmayacak ve işçinin zararları bir nebze olsun azalacaktır.

V. Boşta Geçen Süre İçin Ödenecek Miktarın Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

a. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Sigorta Primleri Açısından Değerlendirilmesi

Eğer iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilirse, işçi işverence işe başlatılsın veya başlatılmasın hak etmiş olduğu boşta geçen süre ücreti üzerinden sosyal sigorta priminin kesilmesi gerekmektedir. Nitekim yargılama süresince çalışma ilişkisi devam eder ve çalışma ilişkisi dolayısıyla sosyal sigorta ilişkisi de varlığını sürdürür (Başterzi, 2007:205, Tuncay.2004:60, Uçum,2008:52, Manav, 2009:442). Sosyal Sigortalar Kurumu'nun çıkardığı 4.3.2004 Tarih ve 16-330 sayılı Genelge'ye göre, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve ekleri için sigorta primi ödenir ve bu süreler prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilerek işçinin hizmetinden sayılır (Benokan/Özcan, 2007:487-488, Manav, 2009:443).

Burada feshin geçersizliği mahkeme kararıyla kesinleşinceye kadar çalışma yapılmadan ve ücret ödenmeden boşta geçen bir süre vardır. Bu süre içerisinde fiilen ücret ödenmediğinden sigorta primleri de ödenmemektedir. Mahkeme kararı kesinleşince geriye dönük olarak iş sözleşmesi tekrar kurulacak ve boşta geçen süre için ödenecek tutar ücret olarak kabul edilirse bu ücret üzerinden tüm sigorta kollarına ilişkin primler kesilecektir. Halbuki uygulamada 3 yıl kadar süren davalara rastlanmaktadır. Bu dönem içerisinde işçi ücret almadığı için primleri kesilmediğinden prim ödenmesi şartına bağlı sigorta kollarından yararlanamayacaktır. Örneğin, sigortalı kadın işçiye veya sigortalı olmayan eşinin doğum yapması halinde erkek işçiye emzirme ödeneği

verilebilmesi için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi yatırılmış olması gerekir. Yine bir hastalık halinde sağlık yardımlarından yararlanabilmek için son bir yılda 30 gün Genel Sağlık Sigortası primi ödemiş olmak ve başka hiçbir prim borcu bulunmamak gerekir (Narter, 2012:665). Tüm bunlar göz önüne alındığında işçi uzun süren dava nedeniyle ücret gelirinden yoksun kalmasının yanında başkaca zararlara maruz kalabilmektedir. Boşta geçen sürenin ücret olarak kabul edilmesi ve bunun da dört ay ile sınırlandırılması halinde işçi diğer zararlarını hiçbir şekilde karşılayamayacaktır. Bu durum da İş Hukukunun sosyal fonksiyonun-da eksiklikler ortaya çıkartacaktır. Halbuki işçi işverenin hukuka aykırı bir fiili ile bu zararlara maruz kalmıştır. Dolayısıyla bunun tazmin edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

b. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin İşsizlik Ödeneği Açısından Değerlendirilmesi

4447 sk. m. 47/c'ye göre işsizlik sigortası, "bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigortayı" ifade eder.

Yargılama sürerken, işçinin çalıştırılmadığı bu sürede İŞKUR'dan işsizlik ödeneği almış olması ve dava sonunda boşta geçen süre ücretine hak kazanması halinde, almış olduğu işsizlik ödeneğinin mahsup edilip edilmeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme mevcut olmadığından, uygulamada sorunlar çıkmış ve doktrinde de farklı görüşler ileri sürülmüştür.

İş Kanununa göre 1 ay içinde açılan işe iade davalarının toplam dört ay içinde sonuçlandırılacağı belirtilmesine rağmen 30 ay süren dava vardır. Bu dönemde almış olduğu işsizlik ödeneği işe iadeden sonra işçiye gönderilen bir yazı ile İŞKUR tarafından geri istenmiştir (Özben, Sempozyum 2011:98).

Öğretideki bir görüşe göre, işsizlik ödeneği alma koşulunun ücret almamak olması nedeniyle, işçinin işsizlik ödeneği almış olduğu dönem için sonradan ücret ve diğer haklarını alması, işsizlik ödeneği alma şartlarını kaldırmaktadır. Bununla birlikte, işçi çalıştırılmadığı süreye ilişkin geriye doğru en çok dört aya kadar ücret ve eklerini aldığı zaman, bu süre ile işsizlik sigortasından yararlandığı süre çakışmakta

ve aynı dönem için birden fazla ödemedi yararlanmış olmaktadır. Bu sebeple İŞKUR işçiye vermiş olduğu dört aylık işsizlik ödeneğini geri alabilir (Bilgili, 2005:276; Manav, 2009:448).

Benzer yönde bir başka görüşe göre de, bu durumda herhangi bir iade yükümlülüğünün olmayacağını düşünmek sistemin özü ile bağdaşmaz. Nitekim işsizlik ödeneği işsiz kalan işçiye verilir ve bu ödeneği alan işçinin bu süreçte gelir getirici bir işte çalışmaması gerekir (4447 sk. m. 52/b). Bu nedenle, işverenin boşta geçen süreye ilişkin ücretin ödenmesi sırasında ödeyeceği tutardan işsizlik ödeneğini keserek, bunu İŞKUR'a iade etmesi gerekmektedir. İşçinin boşta geçen süre içinde almış olduğu işsizlik sigortasının mahsup edilmesinin nedeni, işçiye çifte ödeme yapılmasının önlenmesidir (Soyer, 2005:64; Alpagut,2005:248; Çankaya/Günay/Göktaş, 2006:311).

Fesih mahkemece geçersiz sayılıp işe iadeye karar verilene dek, boşta geçen sürede fesih mevcut sayılacağından, ilgili işçi işsiz konumuna düşecek ve aranan koşulları sağlamışsa, işsizlik sigortasından "işsizlik ödeneği alabilecektir (4447 sk. m. 50-51). Fakat fesih geçersiz sayılıp işe iade edildiğinde boşta geçen bu sürenin en çok dört ayı için de olsa ücret vs. işçilik haklarını alabilecektir. Hal böyle olunca aynı dönemde hem hizmet sözleşmesi devam ediyor ve ücret vs. haklarını alıyor hem de hizmet sözleşmesi sona ermiş bir işsiz sayılarak işsizlik ödeneği alıyor konumuyla karşılaşılacaktır. Mevcut yasal sistemin buna müsait olduğu ve sorunun bir yasa hükmüyle düzenlenmesinde yarar bulunduğu söylenebilir. Ama henüz böyle bir düzenleme bulunmadığından soruna mevcut kurallar çerçevesinde çözüm aranmalıdır. Her iki yönde de görüş ileri sürülmekle birlikte, boştaki süre ücreti ödenen evredeki işsizlik ödeneği kesilmemeli ve iadesi istenememelidir (Akyiğit, 2007:341).

Yine, benzer görüşte olan Sümer'e göre de boşta geçen sürede ödenen işsizlik ödeneği geri istenemez (Sümer, Sempozyum 2011:101).

Kanaatimizce de boşta geçen süre için ödenen işsizlik ödeneğinin geri alınmasını gerektiren emredici nitelikte bir hüküm olmadığına göre İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği göz önünde bulundurulurken ödenmiş işsizlik ödeneği geri istenmemelidir. İstenecek olsa bile dava dört ayda sonuçlanmış ise bu dört aylık kısım istenebilmeli aksi takdirde davanın uzadığı dönemde 4 aydan fazlaya ilişkin ayların ödeneği geri istenememelidir. Örneğin dava 9 ayda sonuçlanmış ise 5 aylık ödenek geri istenememelidir. Yine 15 ay süren bir davada dört

aydan fazlası olan 11 ay için ödenen işsizlik ödeneği, zaten en fazla 10 ay ödenmiş olabileceği için hiç geri istenememelidir.

VI. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kapsamı, Miktarı Ve Kıdem Süresine Etkisi

a. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kapsamı

aa. Dört Ay Sınırlaması ve Daha Uzun Sürelerde Tazminat Talebi

İş Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre, işçinin, fesih tarihinden kararın kesinleştiği tarihe kadar çalıştırılmadığı sürenin tamamı yerine en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının ödeneceği hususu, yargılama süresi esas alınarak belirlenmiş olabileceği gibi dört aylık sınırlama yargılamanın uzun sürmesi olasılığına karşı tarafların karşılıklı çıkarlarını dengelemek için getirilmiş de olabilir (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2011:941).

Boşta geçen sürenin dört ay ile sınırlı tutulmuş olmasının Anayasaya aykırılığı iddiasını değerlendiren Anayasa Mahkemesi iptal talebinin reddi gerekçesinde, “4857 sayılı Yasa’nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasa koyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemekte ölçü olarak kullanılmıştır.” demekte ve devamında “Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır (Anayasa Mahkemesi T.18.12.2008, E.2005/2, K.2008/181).

Anayasa Mahkemesinin karar verdiği 2008 yılından önce özellikle 2003 ve 2004 yıllarında ve kısmen ekonomik kriz öncesinde davalar daha kısa sürede sonuçlanabiliyordu. Kanundaki seri yargılama usulü ve süresi ile uygulamayı göz önünde tutan Anayasa Mahkemesinin önüne tekrar benzeri bir dava ancak 10 yıl sonra gelebilir. (AY m. 152) 2008 yılında 3’e karşı 8 oyla ve oy çokluğuyla

Anayasaya aykırılık talebini reddeden mahkeme belki o zaman aksi yönde karar verebilir (Narter, 2012:670).

Dört aylık sürenin öngörülmesinde işçinin iş mahkemesine dava açma süresi (İK 20/1) ile dava süresi (İK 20/3) esas alınmıştır. Ne var ki, ülkemizdeki uygulama ve dava yükü göz önünde tutulduğunda iş güvencesine ilişkin davaların bu süre içinde tamamlanmasının genellikle mümkün olmadığı bilinmektedir. Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği gibi feshin geçersiz sayılması sonucunda iş ilişkisi taraflar arasında hiç kesilmeksizin devam ettiğine göre, yasada işçiye sadece dört aylık değil tüm boşta geçen süreye ilişkin ücretinin ve haklarının ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer alması daha uygun olurdu. Davaların uzun sürmesinin bedeli genellikle ekonomik bakımdan güçsüz olan ve iade dava sürecinde ücretinden yoksun kalan işçilere yükletilmemelidir (Süzek, 2011:588).

Dört aylık süre sınırlamasının adil bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Her ne kadar İş K. m. 20’de seri yargılama usulü (6100 sayılı HMK m. 447 ve 316 uyarınca basit yargılama usulü) uygulanacağı belirtilmiş olsa da, uygulamada 4 aylık sürede yargılama bitmemektedir. Kimi davalar yıllarca sürebilmektedir. Özellikle işveren davayı kaybetse bile 4 aylık süre ücretinden fazla ödemeyeceği için davanın uzamasını isteyecek veya uzamasına engel olmayacaktır. Dolayısıyla bu süre içinde işsiz kalan işçi açısından büyük zararların ve geçim sıkıntısının doğması ihtimali çok yüksektir.

İşveren açısından bakıldığında ise, eğer dava reddedilirse zaten işveren açısından herhangi bir kayıp olmayacaktır. Ancak dava kabul edilir ve işe iadeye karar verilirse aynı zamanda işverenin hukuka aykırı olarak (haksız fiil) iş sözleşmesini feshettiği tespit edilmiş olacaktır. Dolayısıyla bununla ilgili yeni bir düzenlemeye gidilmeli ve haksız fiil sonucu verilen zarar işçinin işsiz kaldığı süre ne kadar ise tazmin edilebilmelidir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 24/3. maddesinde işyeri sendika temsilcisi yönünden “Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir.” hükmü getirilmiştir. Böylece boşta geçen sürede sadece 4 aylık değil tüm boşta geçen süre ücret ve diğer haklarını alacaktır. Getirilen bu düzenleme ile işyeri sendika temsilcileri için bizim önerimizin önemli bir bölümü kabul edilmiş olmaktadır. Fakat sadece işyeri sendika temsilcileri için böyle bir düzenleme yapılmış olması bir eksikliktir.

bb. Yargılama Masrafları, Avukatlık Ücretleri ve Diğer Zararlar

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre tüm yargılama giderleri dava açılırken peşin ödenmek zorundadır. Bu durumda dava açacak işçi oldukça zorlanacaktır. Zaten işsiz kalmıştır. Tüm dava masraflarını ve avukatlık ücretini karşılamakta zorluk çekeceğinden belki de dava açamayacaktır. Bu durum dava açma hakkının işçinin elinden alınması anlamına gelmektedir. Avukat ücreti ödememek için davayı kendisi açmak ve takip etmek istese, oldukça teknik bir konu olduğundan kendisinin bunu becermesi de çok zordur. Davayı kaybetmesi halinde yargılama giderleri kendi üzerinde kalacağı gibi karşı tarafın vekalet ücretini de ödemek zorunda kalabilecektir. Bu ve benzeri zararlar işçinin fesih nedeniyle uğradığı maddi zararlardır. Tüm bunların dışında bu süreç boyunca duyacağı acı ve üzüntüler de manevi zararlarını oluşturacaktır.

b. Boşta Geçen Sürelerdeki Hakların Kıdem Süresine Etkisi

İş K.m.21/3'teki boşta geçen sürenin en fazla dört ayına ilişkin sürenin ücretinin ödenmesindeki süre sınırlamasının, işçinin kıdemi ve kıdeminden doğan diğer haklara etkisinin ne olduğu hususunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Feshin geçersizliği kararının kesinleşmesi ile iş sözleşmesi kesintisiz olarak devam edeceği için boşta geçen sürenin tamamının işçinin kıdemi ve kıdeminden doğan hakları etkileyip etkilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre, İş K.m.21/3'teki sınırlama süreye değil, ücret ve diğer haklara ilişkindir. Bu nedenle, işçinin çalıştırılmadığı sürenin tamamı, kıdemine ve kıdemine bağlı haklarının hesabında dikkate alınmalıdır (Mollamahmutoğlu, 2008:762; Akyiğit, 2007:340; Manav, 2009:380). Doktrinde aksi yönde ileri sürülen ve Yargıtay'ın kabul ettiği diğer görüşe göre ise, dört aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine ilişkin olan süre, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağının hesabında da dikkate alınmalıdır (Y9HD, 20.4.2005, E.2005/886, K.2005/14880; Kılıçoğlu/Şenocak, 2007:20-21).

Kıdeme bağlı haklar bu dört aylık süre eklenerek hesaplanır. Dört aylık sürenin kıdemden sayılması hem iş ilişkisinin devamı sırasındaki kıdeme dayalı hakların uygulanması bakımından hem de iş sözleşmesinin sona ermesi halinde feshe bağlı hakların ödenmesi bakımından da dikkate alınması demektir (Kar, 2011:807).

Kanaatimce, İK m. 21/3'teki sınırlama süreye değil, ücret ve diğer haklara ilişkindir. Bu nedenle, işçinin çalıştırılmadığı sürenin tamamı, kıdeminin ve kıdemine bağlı haklarının hesabında dikkate alınmalıdır

VII. Boşta Geçen Süre Tazminatında Zamanaşımı Ve Gecikme Faizi

a. Boşta Geçen Süre Tazminatında Zamanaşımı

Uygulamada işçinin, iş sözleşmesi geçersiz bir nedenle feshedildikten sonra bir aylık süre dava açmadığı takdirde dava açma hakkı sona erer. Bir aylık süre bir nevi hak düşürücü bir süredir.

Mevzuata ve uygulamaya göre, ücret sayılan bu ödeme nedeniyle 5 yıllık zamanaşımı uygulanmaktadır.

Kanaatimizce boşta geçen süreye ilişkin ödenen bedel tazminat niteliği taşıdığından ve işverence yapılan fesih haksız fiil niteliğinde olduğundan, TBK m. 72'ye göre; Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Ayrıca, haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

b. Boşta Geçen Süre Tazminatının Gecikme Faizi

aa. Gecikme Faizinin Başlangıcı

Bu konuyla ilgili kanuni bir düzenleme olmadığından doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, işçinin çalıştırılmadığı süre için hesaplanacak olan en çok dört aya kadar olan ücret ve eklerine ilişkin alacağa, bu alacağın muaccel olduğu işçinin süresi içinde işverene başvurduğu tarihten itibaren faiz işletilmelidir. Bu alacağa dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi mümkün değildir. Nitekim dava tarihinde henüz alacak muaccel hale gelmemiştir. Henüz

hak kazanılmamış bir ücrete önceki bir tarihten faiz işletilemez (Mollamahmutoglu, 2008:769; Süzek, 2011:588).

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar bakımından işçinin işverene başvuru tarihini faiz başlangıcı için esas almak yerinde olmaz. Zira bu hakların işe başlatma veya başlatmama ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekmektedir(Manav, 2009:378). Doktrinde ileri sürülen benzer doğrultudaki bir görüşe göre ise, bu ücret ve haklar için faiz, hükmün kesinleştiği, en geç hükmün işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren başlamalıdır. Çünkü boşta geçen süre ücreti, işçinin süresi içinde işverene başvurması şartıyla işverence işe başlatılıp başlatılmamasından bağımsızdır. Bu konuda kararın kesinleştiği tarih esas alınmıştır ve böylece işveren de kararın kesinleştiği tarih itibariyle ücret ödemesi gerektiğini bilmektedir (Tuncay, 2004:11).

Faizin başlangıcını ikili bir ayırım ile tespit eden bir görüşe göre ise, kesinleşen iş mahkemesi kararının kendisine tebliğini takiben on gün içinde işçinin işe başlamak üzere işverene başvurması zorunludur. Bu başvurunun ispat hukuku açısından yazılı yapılmasında yarar bulunmaktadır. Ayrıca işçi yazılı başvurusunda mahkemece belirlenen boşta geçen süreye ilişkin ücretini de talep etmesi halinde talep tarihi; hatta talep etmemiş olması halinde bile işveren, işçinin söz konusu ücret alacağı bakımından işçinin işe başvuru tarihi üzerinden 30 günün geçmesi ile mütemerrit duruma düşer ki, faiz başlangıcının bu tarih olması icap eder (TBK m. 117).(Y9HD, 09.10.2003 gün, E; 12544 K; 16689, Akı/Altınbaş/Bahçıvanlar, 2005:160) Nitekim işe iade için başvuran işçinin bu başvurusundan otuz günün geçmesi ile işveren mütemerrit olur(Manav, 2009:378).

İş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshi daha önce açıkladığımız gibi haksız fiil niteliğindedir. Çünkü haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil, kusur, haksız fiil sonucu oluşan zarar ve zararlı eylem arasındaki illiyet bağı mevcuttur. Bu haksız fiil sonucu işsiz kalıp zarara uğrayan işçinin bu zararının telafi edilebilmesi için boşta kaldığı zararını tazmin edebilecek kadar tazminat ödenmelidir. Bu tazminata yürütülmesi gereken faiz ise kural olarak haksız fiilin ortaya çıktığı tarihtir. Çünkü tazminat hakkı haksız fiille doğmaya başlar. İş sözleşmesinin feshi açısından haksız fiilin başlangıç tarihi sözleşmenin geçersiz fesih nedenlerinden biriyle feshedildiği tarihtir. Ancak işçinin ücretini nasıl aldığına bakılarak, uygulanacak tazminat açısından kademeli bir faiz uygulanması durumu ortaya çıkar. Örneğin; işçi

ücretini aylık olarak alıyorsa, zararın meydana geldiği zaman ücretinin ödenmesi gereken tarihtir. Zarar iş sözleşmesinin feshedilmiş olmasından dolayı o gün doğmuştur. Tüm aylık ücretler aynı gün muaccel hale gelmez. Ücret ödemesi yapılmadığından doğan zararın tarihleri de farklıdır. Bu durumda haksız fiilin, yani iş sözleşmesinin feshedildiği tarih değil de zararların meydana geldiği farklı tarihlere göre faiz yürütülmelidir. Yani işçinin boşta kaldığı süre boyunca alması gereken tazminata iş sözleşmesinin fesih tarihinden itibaren değil, her aylık ücretin muaccel olduğu yani zararın başladığı tarihten itibaren terditli bir şekilde faiz uygulanmalıdır.

bb. Gecikme Faizinin Türü

4857 sayılı İş Kanunu 34. maddede "... Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır." Denilmektedir. Öğreti ve yargı kararlarında boşta geçen süre ücreti için bu madde hükmüne göre faiz işletilmesi yönündeki görüşler ağırlıktadır.

Boşta geçen süre ücreti ve geniş anlamda ücret kapsamında olan diğer hakların ödenmemesi halinde işlemleri gereken faiz türü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen faiz olmalıdır (Çil, 2008:56).

Yargıtay bir kararında, Boşta geçen süre ücreti için gecikme faizi olarak 34. maddedeki en yüksek mevduat faizi uygulanacağını belirtmiştir (Y9HD,18.11.2008, E.2007/32727, K.2008/31214; Kar, 2011: 1231).

İş Kanunu 34. Maddede getirilen hüküm işçinin ücretinin korunması amacıyla yönelik bir hükümdür. Boşta geçen süre için ödenecek miktar mevzuat ve uygulamada ücret olarak kabul edildiği için İK 34. maddede belirtilen faiz türünün uygulanması ücretini zamanında alamayan işçi için daha avantajlı görünmektedir. Tazminat olarak kabul edilmesi halinde yasal faiz oranı uygulanması gerekir. Fakat uygulamada davaların çok uzun sürdüğü ve yasal faiz ile en yüksek banka mevduat faizi arasındaki fark dikkate alındığında işçinin kaybı değil kazancı olacaktır. Çünkü 2011 yılı sonu ve 2012 yılı başında fiilen uygulanan en yüksek banka mevduat faizi % 12,25'dir (www.barobirlik.org.tr, Erişim:05.04.2013). Aynı tarihler itibarıyla yasal faiz oranı ise % 9'dur(www.turkhukusitesi.com, Erişim:05.04.2013).

Kanaatimizce boŖta geçen süre için ödenecek miktar tazminat olarak kabul edilmeli ve iŖçinin korunması istenirse de yapılacak bir düzenlemede bu tür iŖi alacakları için aynı koruma tedbiri de getirilmelidir.

VIII. Geçersiz Fesih İŖlemi Taraflar Arasında İŖ Sözleşmesi Varken Haksız Fiil Olarak Değerlendirilebilir mi?

Taraflar arasında bir sözleşme bulunmakta iken bu taraflardan birinin yaptığı bir uygulama haksız fiil olarak değerlendirilebilir mi? Diye bir soru akala gelebilir. Bu soruya verilecek cevap evet olmalıdır. Çünkü mevzuatımızda böyle bir kabul engelleyecek herhangi bir hüküm yoktur. Kaldı ki Yargıtay'ın bu yönde verilmiŖ bir çok kararı mevcuttur.

Örneğin; “Dava, davacının kiracı olduğu konuttan ihtiyaç nedeniyle tahliye edilmesinden sonra yeniden başkasına kiraya verilmiŖ olması nedeniyle, haksız tahliyeden kaynaklanan maddi tazminat isteğine iliŖkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiŖ ve karar davacı tarafından temyiz edilmiŖtir. Davacının, davalının haksız eylemi sonucu kiracı olduğu evden başka bir eve taşınmak zorunda kaldığı belirgin olduğuna göre bu taşınmanın masrafsız gerekleŖeeđi dŖnlemez. Öyleyse taşınma masraflarını gösteren ayrı bir delil sunulmasa bile bunun bilirkiŖi tarafından belirlenmesi veya BK'nın 42. maddesi uyarınca hakim tarafından takdir edilmesi gerekir. ...davanın tümden reddedilmiŖ olması bozmaya gerektirmiŖtir.” (Y4HD. 21.02.2002 - 9604/545; Gökcan, 2010:1189).

“Dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine iliŖkindir. Yerel mahkemece verilen kararın dairece bozulması üzerine bozmaya uyulmakla dava kısmen kabul edilmiŖ, kararı davalılar temyiz etmiŖlerdir.

Davacı, kiracı olduğu taşınmazın davalılarca haksız olarak tahliye sonucu üçüncü kiŖiye kiralanması nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemiŖtir. ... kararın dzeltilmiŖ bu biçimi ile onanmasına ve peŖin alınan harcın istek halinde geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi.” (Y4HD. 12.10.2006,11093/10819; Gökcan, 2010:1185-1186).

Verilen rnek Yargıtay kararlarına benzer birçok karar bulunmaktadır. Burada Kira sözleşmesine dayanan taraflar arasındaki bir

uygulamanın haksız eylem olacağı açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunması geçersiz feshin haksız fiil(eylem) teşkil etmesine engel değildir.

SONUÇ

İş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshedildiğini ileri sürerek işe iade davası açan işçinin haklı çıkması halinde mahkeme tarafından işe iade kararı verilir. Boşta geçen süre ancak feshin geçersizliği mahkeme tarafından tespit edildiğinde ortaya çıkar. Feshin davaya konu olmaması ya da mahkemenin davayı reddetmesi halinde fesih ilk andan itibaren geçerli olacak ve ortaya boşta geçen süre de çıkmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu 21/3. maddesi işçinin işe iadesi halinde işe başlayacağı zamana kadar geçen süre için en çok dört aya kadar olan ücretinin ödenebileceğine hükmetmiştir. Uygulamada dava sürecinin çok uzun sürmesi nedeniyle çoğunlukla boşta geçen süreler dört aydan çok daha uzun olmaktadır. İşçi bu durumda hem çalışmadığı için ücret gelirinden yoksun kalmakta hem fiili olarak çalışmadığı için fiili çalışmadan kaynaklanan dolaylı gelirlerden (fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim, yemek, kıyafet yada benzeri aynı yardımlar) yoksun kalmakta hem de işe iade davasında masraf yapmak, ücret olarak nitelendiği için bu gelirden gelir vergisi ödemek suretiyle maddi zarara ve bu süreçteki yaşanan acı ve üzüntü nedeniyle manevi zarara uğramaktadır. Bu zararların tamamı işverenin geçersiz feshinden kaynaklanmaktadır.

Kanun koyucunun boşta geçen süre için bir miktar para ödemesi hükmünü getirmesi işçinin bu süre içinde doğmuş olan zararlarını kısmen de olsa karşılamaya yönelik olduğu ortadadır. Fakat kanun koyucu işçinin doğan zararını kısmen de olsa karşılayabilecek bu miktarı ücret olarak nitelemiştir.

Boşta geçen sürede ödenen miktarı ücretin unsurları açısından değerlendirdiğimizde hiçbir unsur ile uyumluluk göstermediği ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; ücretin yapılan bir iş karşılığında ödenmesi gerekir fakat ücretin en önemli bu unsuruna hiç uygunluk bulunmamaktadır. Çünkü iş sözleşmesi feshedilmiş olduğundan işçi boşta kaldığı süre içinde herhangi bir iş yapmamaktadır. Dolayısıyla işçi çalışmadığı için kendisine işveren tarafından bir ücret de ödenmemektedir.

Kamu-İş; C:13, S:2/2013

Yine bu dönem için işçiye üçüncü kişiler tarafından herhangi bir para da ödenmemektedir.

Tazminatın unsurları açısından bakıldığında ise özellikle haksız fiilin ve dolayısıyla tazminatın tüm unsurlarına uyumlu olduğu görülmektedir. Şöyle ki; iş sözleşmesi işverenin fesih yönündeki iradesini açıklamasıyla son bulmuştur. O halde işverenin haksız fiil sorumluluğunu doğurma ihtimali olan bir fiil mevcuttur.

İş sözleşmesinin feshinin mahkeme tarafından geçersizliğinin tespiti işverenin fesih yönündeki irade açıklamasının hukuka uygun olmadığı anlamındadır. İşveren geçerli sebeple fesih hakkı tanıyan İş Kanunu'nun ilgili normlarını ihlal ettiğinden iş sözleşmesini feshetme fiili hukuka aykırıdır.

İşverenin iş sözleşmesini feshederken kastı yada ihmali olup olmadığı kusurlu olup olmadığını ortaya koyacaktır. İş sözleşmesini kanunen fesih için geçerli fesih nedeni olmayan bir nedenle veya usulle feshetmiş olması işverenin kusurlu olduğunu gösterir.

İş sözleşmesi feshedilen işçi işsiz kalmış ve gelirinden yoksun kalmıştır. Ayrıca işçinin gelir yoksunluğu dışında yargılama giderleri, avukatlık ücreti gibi maddi zararları yanında manevi zararları da ortaya çıkmaktadır.

İşveren iş sözleşmesini hukuka aykırı olarak feshetmemiş olsaydı işçi işsiz kalmayacak ve bir zararı doğmayacaktı. Anlaşılmaktadır ki haksız fiil sorumluluğunu doğuran illiyet bağı da mevcuttur.

Tüm çıkarımlardan elde edilen sonuca göre; her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesinin 3. fıkrası metninde ücret olarak nitelendirilmiş ise de boşta geçen sürede ödenecek olan miktar tazminat niteliği taşımaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKI, Erol/ALTINTAŞ, Olcay/BAHÇIVANCILAR, İbrahim, **Uygulamada İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN SENYEN, Emine Tuncay, **İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011.
- AKYİĞİT, Ercan, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ALPAGUT, Gülsevil, **“İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”**, III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum.
- ANTALYA, O. Gökhan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2012.
- BAŞTERZİ, Süleyman, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, 72 Tasarım Ltd. Şti, Ankara, 2007.
- BEDİR, Eyüp, Gazi üniversitesi, İİBF Çalışma ekonomisi ve Endüstri ilişkileri Bölümü, **Sosyal Politika Ders Notları**, Ankara, 2011.
- BENOKAN Ömer/ÖZCAN Turgut, **İş kanunu ve Vergi Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Acar Basım, İstanbul, 2007.
- BİLGİLİ, Abbas, **İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, 2. Baskı**, Karahan Kitapevi, Adana, 2005.
- ÇANKAYA, Osman Güven/GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ, Seracettin, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ÇİL, **Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S.1, Kış 2008.
- ÇİL, Şahin, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- EREN, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yetkin yayınları, Ankara, 2012.

Kamu-İş; C:13, S:2/2013

GEREK, Nüvit, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011/24, s, 32

GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER SEMPOZYUMU, 29 Eylül-02.Ekim 2011, Gazi Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Merkezi ve Türk Metal Sendikası'nın birlikte düzenlediği, Büyük Anadolu Medya Grup, Ankara, 2011.(Sempozyum 2011)

KAR, Bektaş, **İş Güvencesi ve Uygulaması**, Genişletilmiş, Yenilenmiş ve Son İlke Kararları Eklenmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış, 14. Bası**, Turhan Kitapevi, Ankara 2011.

KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal, **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

MANAV, A. Eda, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, **İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008. (3. Bası)

NARTER, Sami, **İş ve Borçlar Hukukunda İş Güvencesi ve Akdin Sona Ermesinden Doğan Tazminatlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 1.7.2012'de Yürürlüğe Girecek Olan Türk Borçlar Kanunundaki Değişiklikler-de işlenerek Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 22. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011.

SOYER, M. Polat, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul 2005.

SÜMER, Haluk Hadi, "**İş sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**", Karar İncelemesi, Sicil İHD, 2010/19, s.70

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku, 7. Baskı**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2011.

ŞENYÜZ, Doğan, **6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 5. Baskı**, Ekin Basım Dağıtım, Bursa, 2011.

TOPALHAN, Türker, **Ücret ve Ücret Teorileri**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2010.

TUNCAY, A. Can, "İş Güvencesi", Karar İncelemesi, **Çimento İşveren Dergisi**, Mart 2004.

UÇUM, Mehmet "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", **Sicil İHD**, Eylül 2008,

YAVUZ, Cevdet, **Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2011.