



GEÇERSİZ FESHİN SONUÇLARI

Av. Arb. Samet ÇETİNTAŞ
2021

ÖZ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesinde iş güvencesine tabi iş yerlerindeki işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından geçersiz feshiyle birlikte; işe iade, boşta geçen süre ücretleri, işe başlatmama tazminatı (iş güvencesi tazminatı) ve diğer haklarına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. 4857 sayılı kanun, iş bu düzenlemeyi getirirken 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ni kaynak edinmiş ve getirdiği çözüm önerileri genel itibariyle bu sözleşmedeki çözüm önerilerinden yola çıkılarak ortaya konmuştur. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar ise makalemizde de sıkça yer verdiğimiz üzere Yargıtay kararlarıyla çözülmeye çalışılmıştır. Ayrıca 2017 yılında 21. Maddeye getirilen ek fıkralar ile hem uygulamada sorunlara neden olan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücret ve diğer hakların parasal olarak hesaplamasının mahkeme veya özel hakem tarafından yapılması gerektiği yönünde düzenleme getirilmiş hem de arabuluculukta işe iade istemli yapılan başvurularda tarafların anlaşması durumunda düzenlenecek anlaşma belgesinde bulunması gereken hususlar düzenleme altına alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Geçersiz fesih, geçersiz feshin sonuçları, işçinin iadesi, işe iade davası, boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı, işçinin geçerli bir sebep olmadan işten çıkarılması

I-GİRİŞ

Bu makalede 4857 sayılı kanunun 21. maddesinde düzenlenmiş olan geçersiz feshin sonuçları incelenmiştir. Çalışmamda ilk etapta geçersiz fesih kavramının ne olduğu ve niteliği ile işe iade davası sonrası verilen kararın niteliği üzerinden durulmuş daha sonra ise feshin geçersizliğine karar verilmesiyle birlikte işçinin işverene başvurma zorunluluğu ve usulü, işverenin işçiyi işe başlatması ve boşta geçen süre ücretinin ödenmesi ile işverenin işe başlatmama tazminatı ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmesinin sonuçları detaylı olarak ele alınmıştır.

Maddenin kaleme alınışı metodolojik olarak karışık yazılmıştır. Şöyle ki; madde de iş güvencesine tabi iş yerlerinde işçinin mahkemeye başvurusuyla birlikte kesinleşen işe iade kararının nasıl yazılacağı ve neleri kapsayacağı düzenlenmiştir. Halbuki madde de öncelikle

mahkeme safhası daha sonra ise sonuçların düzenlenmiş olması durumunda daha doğru ve anlaşılır bir düzenlemenin varlığından söz edilebilecekti.¹

4857 sayılı kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasında; feshin geçersizliğine, işveren tarafından geçerli bir sebep gösterilmemesi veya gösterilen sebebin geçerli olmaması nedeniyle karar verildiği takdirde işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işçinin başvurusuna rağmen işveren tarafından işçiye iş başı yaptırılmaması durumunda en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü getirildiği düzenlenmiştir. Bu fıkranın hemen devamında feshin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel hakemin işe başlatmama durumunda ödenecek tazminatın miktarını da belirteceği açıkça ifade edilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise geçersiz feshin işveren açısından bir diğer yaptırımı olan en çok dört aya kadarki doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların işçiye verileceği düzenlenmiştir. Maddenin devamında ise 12/10/2017 tarihinde 7036 sayılı kanun ile eklenen mahkeme veya özel kalemin ikinci ve üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların dava tarihindeki ücretin esas alınarak parasal olarak da hükme bağlanması gerektiği şeklindeki düzenleme mevcuttur. Maddenin 5. Fıkrasında ise işçinin işe başlatılması durumunda peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatının boшта geçen süre ücretinden mahsup edileceği, işçinin işe başlatılmaması durumunda ise işe başlatılmayan işçiye ihbar öneli verilmemiş veya ihbar tazminatı tam ödenmemiş ise bu sürelerle ait ücretlerin ayrıca ödeneceği düzenlenmiştir. Maddenin 6. Fıkrasında feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda işçinin uyması gereken usul ve bu usule uyulmaması durumundaki sonuçlar düzenlenmiştir. Maddenin 7. fıkrası ise yine 12/10/2017 tarihinde 7036 sayılı kanun ile eklenen arabuluculuk faaliyeti sonunda işçinin işe başlatılması yönündeki anlaşma durumunda düzenlenecek anlaşma belgesinde bulunacak hususlar ile bu hususların anlaşmada belirtilmemesi durumunda ortaya çıkacak sonuçlar düzenlenmiştir. İlgili maddemizin son fıkrasında ilk üç fıkranın emredici hükümler olduğu yani taraflarca hiçbir suretle aksinin kararlaştırılamayacağı ifade edilmiştir.²

Sonuç olarak; 158 sayılı ILO sözleşmesindeki getirilen çözüm önerileri de dikkate alındığında³ 4257 sayılı kanunun 21. maddesinin bu sözleşmedeki çözüm önerilerini karma bir şekilde düzenlemiş olduğu ve geçersiz feshin sonuçları olarak; işçinin işe iadesi, işe iade edilen işçinin işe başlatılması zorunluluğu, işe başlatma zorunluluğuna uymayan işverenin tazminat

¹ Mustafa Kılıçoğlu ve İlayda Kılıçoğlu Ada, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 287.

² <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>, E.T 27.11.2021.

³ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm, E.T 27.11.2021.

ödeme yükümlülüğü ve işverenin boшта geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları ödeme yükümlülüğünden bahsedileceği söylenebilecektir.⁴

II-GEÇERSİZ FESİH KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İş kanunun 18. maddesinde iş güvencesinin kapsamıyla birlikte belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde işverenin geçerli bir sebebe dayanması gerektiği ve bu geçerli sebeplerin neler olduğu belirtilmiştir. İşe iade davası sonucunda mahkeme veya özel hakem feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı veya geçerli neden gösterilmediğine hükmetmesi durumunda ortada bir geçersiz feshin varlığından söz edilecektir. Ancak geçersiz fesih kavramının ne anlama geldiği hususu geçerli nedene dayanmayan feshin geçersiz olduğuna ilişkin düzenlemenin yeterince açık olmaması sebebiyle tartışmalıdır.⁵ Şu açıkça söylenebilir ki; işçi işe iade kararı sonrası işe başlamış olsun veya olmasın yada işe iade kararı sonrası işverene başvursun yada başvurmasın her durumda da mutlak bir fesih durumunun ortaya çıkması kanun tarafından amaçlanmamıştır.⁶ Aksi durumda kanunun amacı mutlak bir geçersizlik olsaydı işverene seçimlik bir düzenleme yerine her durumda işçinin işe başlatılması ve boшта geçen süre ücretinin ödenmesi şeklinde düzenleme getireceği aşıkardır. Nitekim doktrinde Süzek de İş Kanunu 21. Maddesinde bahsedilen geçersiz feshin '*kendine özgü (esnek) geçersizlik*' şeklinde öngörüldüğünü özellikle TBK genel hükümler kapsamında düzenlenen geçersizlik yani kesin hükümsüzlük (butlan) ile aynı sonuçları doğurmadığını ifade etmiştir.⁷ Kanaatimce de; gerçekten İş Kanunun 21. Maddesindeki düzenlemede feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesiyle işçinin on işgünü içerisinde işverene işe başlamak için başvurmadığı durumda feshin geçerli bir fesih sayılacağı kabul edilmektedir. İşçinin işverene yasal süresi içerisinde başvurması durumunda ise işverenin bir ay içerisinde işçiyi işe başlatma ya da işe başlatmayarak iş güvencesi tazminatı ödemesi şeklinde seçimlik hakkı işverene verdiği görülmektedir. Bu durumda da TBK genel hükümler kapsamında bir geçersizlik olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

21. madde kapsamında geçerli bir fesih nedeninin bulunmaması halinde mahkeme tarafından verilen feshin geçersizliği ve işe iade kararıyla işçinin işe başlamasıyla taraflar arasındaki iş ilişkisinin kesintisiz devam ettiği kabul edilir ancak işçiye yasal sınırlandırma

⁴ Şamil Demir, " İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları", Ankara Barosu Dergisi, 3 (2013), 342.

⁵ Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, İş Hukuku (Ankara; Turhan Kitabevi, 2012), 943.

⁶ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, İş Hukuku, 946.

⁷ Sarper Süzek, İş Hukuku (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 648.

nedeniyle en çok dört aylık ücret ve diğer hakları ödenir. İşçinin işe hiç başlatılmaması durumunda ise iş sözleşmesi işe başlatılmadığı gün feshedilmiş sayılacaktır.

III-İŞE İADE DAVASI SONUNDA VERİLEN KARARIN NİTELİĞİ

İş kanunun 21. Maddesine 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile eklenen mahkeme veya özel kalemin ikinci ve üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların, dava tarihindeki ücretin esas alınarak parasal olarak da hükme bağlanması gerektiği şeklindeki düzenleme sonrasında işe iade kararlarının hukuki niteliğinin ne olduğu yönündeki tartışmalar farklı bir boyuta gelmiştir. Şöyle ki bu düzenleme öncesinde doktrindeki görüşler; işe iade kararının bir işin yapılmasını hükmeden eda niteliğinde olduğu⁸, Kuru' nun da arasında olduğu doktrindeki ağırlık görüş ile Yargıtay ise işe iade davalarının tespit niteliğinde olduğu ve vekalet ücreti ile yargılama giderleri kalemleri dışında işe iade kararının ilamlı icra takibine konu edilemeyeceğini söylemekteydi. 7036 sayılı kanun ile gelen yeni düzenlemenin gerekçesine bakıldığında da özetle; uygulamadaki işe iade kararı veren mahkemelerin boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatını ay olarak belirtmesinin alacağın tahsili için ikinci bir tazminat davası açılmasına sebebiyet verdiğinden hem işçi bakımından sorunlu olan hem de yargının iş yükünü azaltacak şekilde işe başlatmama durumunda kararda belirtilen parasal miktar ile icra takibine geçilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Kanunun gerekçesinin bu şekilde olması karşısında önceki tartışmaların sona ereceği ve hükmün gerekçesinde belirtilen parasal miktarların işe başlatılmama durumunda doğrudan ilamlı icra takibine konu edilebileceği düşünülse de, Süzek 'in de belirttiği üzere bu düzenleme tek başına mahkemece verilen geçersizlik kararının tespit niteliğinin değiştiğini ileri süremez.⁹ Şöyle ki; 21. Madde kapsamında işçinin işverene yasal süresinde usulen doğru şekilde başvurup başvurmadığının incelenmesi ve işverenin yine usul ve yasaya uygun bir şekilde işçiyi işe başlatıp başlatmadığının tespiti yargılamayı gerektireceğinden, yasada ay yerine parasal olarak da hesaplama yapılması düzenlemesinin tek başına bu tartışmaları ortadan kaldıracak bir niteliği bulunmamaktadır. Kaldı ki 21. madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde esas olan feshin geçersizliğinin tespiti olup işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücret miktarının

⁸ A. Eda Manav, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları (Ankara: Turhan Kitapevi 2009), 283.

⁹ Süzek, İş Hukuku, 650.

ne kadar olacağı konusu ikincil hususlardır ve aynı zamanda şarta bağlı eda hükümleridir. Bu nedenle de mahkeme söz konusu miktarları parasal olarak hesapladıktan sonra kayıtsız şartsız ödenmesine karar vermesi mümkün olmayacağından ve bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinin yargılama gerektirecek olması nedeniyle doğrudan ilamlı takip yapılması yine mümkün olmayacaktır.¹⁰ Aynı şekilde son düzenlemeye rağmen Çelik/Caniklioğlu/Canbolat 'da bu düzenlemenin sadece boşta geçen süre alacağı ve işe başlatmama tazminatının miktarına ilişkin uyuşmazlığı ortadan kaldıracığı ancak işverene başvurunun olup olmadığı, işverenin işe davette samimi olup olmadığı gibi uyuşmazlıkları ortadan kaldırmadığını belirtmektedir.¹¹

Sonuç itibariyle; İş kanunun 21. Maddesine 12.10.2017 tarihinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile eklenen dördüncü fıkraya rağmen birinci fıkra mahkemece veya özel hakemle *'tespit edilerek'* ifadesinin halen varlığını devam ettiriyor olması ve ikinci ile üçüncü fıkradaki kalemlerin ödenmesinin halen şarta bağlı ikincil hususlar olduğu göz önüne alındığında, işe iade davaları sonunda verilen kararın tespit niteliğinde olduğu son düzenlemeyle sadece işe başlatmama durumunda ödenecek miktarların ne kadar olacağı konusundaki uyuşmazlığı sona erdirebilecek nitelikte olduğu kanaatini taşımaktadır.

IV-GEÇERSİZ NEDENLE YAPILAN FESHİN SONUÇLARI

1. İşçinin İşverene Başvuruda Bulunması

a. Başvurunun Zamanı, Şekli ve Muhatabı

İş kanunun 21. maddesinin 6. fıkrası gereğince işçinin geçersiz fesih nedeniyle işe iadeye ilişkin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Başvuru doğrudan yapılabileceği gibi vekil veya işçinin üyesi bulunduğu sendika vasıtasıyla da yapılabilir.¹² Herhangi bir zorunluluk olmamakla birlikte ispat açısından kolaylık sağlanması amacıyla başvurunun yazılı ve noter aracılığıyla yapılmasında fayda bulunmaktadır.¹³ Yargıtay ayrıca başvuruda postada yaşanacak gecikmelerden işçinin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.¹⁴

¹⁰ Süzek, İş Hukuku, 651.

¹¹ Nuri Çelik ve diğer., İş Hukuku Dersleri, (İstanbul: Beta Yayınları, 2018), 552.

¹² Yargıtay HGK, 17.6.2009 gün ve 2009/9-232E, 2009/278K.

¹³ Yargıtay 9. H.D., 19.12.2017, 2017/26994 E, 2017/21810 K.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T. 27.11.2021.

¹⁴ Yargıtay 9. H.D., 10.04.2012, 2012/10242 E., 2012/12156 K.

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2012-10242.htm&kw=`2012/12156`&cr=yargitay#fm>, E.T. 27.11.2021.

Uygulamada yaşanan işe başlama başvurusunun usulsüz tebliği konusunda ise Yargıtay bu durumu usulsüz başvuru olarak değerlendirmekte ve bu durumda işe başlama iradesinin işverene ulaşmaması sebebiyle işe başlatmamaya yönelik taleplerin istenemeyeceğine hükmetmektedir.¹⁵ Bu karar tartışmalı olup bu durumda işçinin işe başlama başvurusunun usulsüz olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başvuru süresinin yeniden başladığının kabul edilmesi gerekir ki aksi durumda işçinin kendi kusuru bulunmamasına rağmen hak kaybına uğrayacağı bir durum oluşmaktadır.¹⁶

İşçinin işe başlamak için başvurusunun açık olması gerekmektedir. Bu nedenle Yargıtay işçi tarafından işverene sadece işe iade ilamı ve kesinleşme şerhini posta yolu ile göndermesini yeterli görmemiş işçinin işe başlama iradesini açıkça işverene bildirmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁷

Yine Yargıtay’a göre işçi işe başvurusunda samimi olmalıdır. İşçi sırf işe başlatmama tazminatı almak amacıyla işverene başvuru yapması sonrasında davete icabet edip işe başlamazsa ilk fesih geçerli hale gelir ve işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücreti taleplerinin reddi gerekir.¹⁸

İşe başlama başvurusunun işçinin işvereni konumundaki gerçek veya tüzel kişiye yapılmalıdır. İşyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmaktaysa işçi alt işverene karşı işe iade davası açabilir ve işe iade kararı sonrası da iş sözleşmesinde taraf sıfatı bulunmayan asıl işverene değil bağlı bulunduğu alt işverene başvuruyu yapmalıdır. Kaldı ki; alt işverene yapılan usulüne uygun başvuruya rağmen işçi işe başlatılmazsa işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücretinden alt-üst işveren birlikte sorumlu olacaklardır.¹⁹

Kanaatimce Yargıtay’ın özellikle ilgili maddenin 6. fıkrasının uygulanmasına yönelik olarak vermiş olduğu kararlardaki çözüm önerileri güçsüz konumdaki işçinin korunmasından çok öte işçiler açısından hak kaybına sebebiyet verecek niteliktedir. Bu nedenle Yargıtay’ın, özellikle işe iade kararı sonrası haklılığı ortaya çıkmış bir işçinin yapacağı usuli işlemlerde işçiyi mağdur edecek yöndeki içtihatlarından dönmesi yerinde olacaktır.

¹⁵ Yargıtay 22. H.D., 06.04.2012, 2012/1962 E., 2012/6570 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2012-1962.htm&kw='2012/6570'&cr=yargitay#fm>, E.T. 27.11.2021

¹⁶ Demir, “ İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları”, 347.

¹⁷ Yargıtay 9. H.D., 8.12.2015, 2014/21936 K., 2015/34787 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T. 27.11.2021.

¹⁸ Yargıtay 7. H.D., 2.6.2014, 2014/3181 E., 2014/11189 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, E.T. 27.11.2021

¹⁹ Cevdet İlhan Günay, İş Davaları (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 1064-1065.

b. İşverenin Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaması

İşçinin başvuruda bulunmasına ve işverenin de süresi içerisinde davetine karşı işçinin işe başlamamasının sonuçları kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte İş Kanunun 21. maddesinin altıncı fıkrasında işçinin süresi içerisinde başvuruda bulunmamasına ilişkin bir düzenleme mevcut olduğundan kıyas yoluyla bu hükmün sonuçları burada da tatbik edilecektir.²⁰ Başka bir deyişle işçinin başvuru bulunup da işverenin işe davet etmesine rağmen işçinin işe başlamaması durumunda ilk fesih geçerli hale gelir ve işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti işçiye ödenmez. Ancak pek tabi ki, ihbar ve diğer şartları mevcutsa kıdem tazminatı ödenebilir.

2. İşverenin İşçiyi İşe Başlatması

a. İşverenin Samimi Olması ve İşçinin Önceki Koşullarının Korunması

İş Kanunun 21. Maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere işveren tarafından geçerli sebep belirtilmediği veya belirtilen feshin geçersiz olduğu mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek işe iade kararı verildiğinde işveren usulüne uygun bir şekilde işe başlama başvurusunda bulunan işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Belirtmekte fayda var ki; bu durumda yapılmış olan fesih geçersiz olacağından taraflar arasındaki iş sözleşmesi bir kesilme olmamış gibi devam etmiş sayılır.²¹

Yukarıdaki açıklamalarımızda işçinin işe başlama iradesinin açık ve samimi olması gerektiğini belirttiğimiz gibi burada da aynı şekilde işverenin işçiyi işe başlatmaya yönelik beyanın kesin, koşulsuz, samimi olması ve işçiyi daha düşük ücretle işe davet etmemesi gerekmektedir.

Yargıtay'a göre de işe başlamaya davet edilen işçinin önceki koşulları sağlanmalı, aynı parasal hakları ödenmeli ve dava süresince mahrum kaldığı ücret artışlarından yararlandırılması gerekmektedir.²² Yargıtay'ın bu yöndeki istikrar kazanmış kararlarında işçinin eski işyerinde ve aynı koşullarda işe başlatılmasının zorunlu olduğu aksi durumda değişiklik feshinin düzenlendiği İş Kanunun 22. Maddesi hükümlerinin uygulanması gerekeceği belirtilmektedir. İş şartlarındaki esaslı değişikliğe rıza göstermeyen işçinin işe başlatılmadığı kabul edilir ve bunun sonucunda da işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretlerine işçi hak kazanır.

²⁰ Sözek, İş Hukuku, 658.

²¹ Sözek, İş Hukuku, 659.

²² Yargıtay 9. H.D., 26.5.2014, 2014/5801 E., 2014/16662 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2014-5801.htm&kw=`2014/16662`&cr=yargitay#fm> , E.T. 27.11.2021

b. Boşta Geçen Süre Ücretinin Ödenmesi

İş kanunun 21. Maddesinin üçüncü fıkrası gereğince kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer hakları kendine ödenir.

Maddenin gerekçesi de incelendiğinde anlaşılabileceği üzere işçinin işe başlatılması veya başlatılmamasının boşta geçen süre ücretinin ödenmesinde bir etkisi bulunmamaktadır. İşçinin usul ve yasaya uygun bir şekilde işe başlama başvurusunu yapmasıyla her iki durumda da en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer hakları kendisine ödenir.

İlgili fıkradaki dört aylık sınırlandırmanın ise uygulamaya bakıldığında kesinleşmesi 2 yıl kadar süre işe iade davalarında gerçekçi olmayan ve işçi aleyhine bir düzenleme olarak yer aldığı kanaatini taşımaktadır.

İlk derece mahkemesi işe iade kararında yargılama dört ayı aşmamış olsa dahi işçinin boşta geçecek süre için dört aylık ücret ve diğer haklarının dava tarihindeki ücreti esas alınmak üzere 7036 sayılı kanun ile eklenen dördüncü fıkra gereğince hesaplaması gerekmektedir.²³ Boşta geçen süre ücretinde kanundaki ‘ücret ve diğer hakları’ ibaresi gereğince giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanma yapılması gerekmektedir.²⁴ Kanundaki diğer haklar kavramının içerisinde; ikramiye, yol, yakacak ve gıda yardımı, servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmeli ancak çalışma karşılığında hak kazanılan fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, UGBT ücretleri ile satış veya performansa bağlı prim gibi ödemeler dikkate alınmamalıdır.²⁵ Ayrıca boşta geçen süre alacağının bir ücret alacağı olması göz önüne alınarak hesaplanmasında mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. Boşta geçen süre alacağının ücret niteliğinde olmasının bir diğer yansıması da bu ücretin gelir vergisi ve damga vergisine tabi olmasıdır. Tabi ki talep doğrultusunda miktarın brüt olarak hükmedilmesi durumunda bu husus infaz sırasında gözetilmelidir.²⁶

Boşta geçen süre ücretinin tespitinde tartışmalı olan bir husus; dava sürmekte iken işçinin başka bir işte çalışması durumunda boşta geçen süre ücretinin ve diğer haklarının tamamının ödenip ödenemeyeceği konusudur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi²⁷ ve doktrinde Süzek ile Çelik bu hakların eksiksiz alınabileceğini söylemekteyken²⁸ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin işçinin

²³ Günay, İş Davaları, 1064.

²⁴ Çelik ve diğer., İş Hukuku Dersleri, 558.

²⁵ Yargıtay 9. H.D., 9.6.2015, 2014/7548 E., 2015/21078 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2014-7548.htm&kw='2015/21078'&cr=yargitay#fm> E.T 27.11.2021

²⁶ Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 224.

²⁷ Yargıtay 9. H.D., 22.1.2007, 2006/27673 E., 2007/117 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2006-27673.htm&kw='2006/27673'+&cr=yargitay#fm>, E.T. 27.11.2021

²⁸ Çelik ve diğer., İş Hukuku Dersleri, 558., Süzek, İş Hukuku, 669-670.

başka işteki çalışmalarından sağladığı kazancın boşta geçen süre ücretinden mahsup edilmesi gerektiği yönünde kararlar da mevcuttur.²⁹ Kanaatimce de Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin kararı; öncelikle yasada mahsuba ilişkin bir düzenlemenin olmaması ve işçinin geçersiz bir nedenle fesih edilen iş sözleşmesi nedeniyle uğradığı mağduriyetin daha da katlanmasına neden olacak olması sebebiyle hatalıdır.

İşçinin işe iade davası sonrası işe başlatılması durumunda ise İş Kanunun 21. maddesinin 5. fıkrası gereğince kendisine peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, en çok dört aya kadar olan boşta geçen süre ücretinden ve diğer haklarından mahsup edilir.

3. İşveren Tarafından İşçinin İşe Başlatılmaması

a. İş Akdinin İşe Başlatmama Sebebiyle Sona Ermesiyle Birlikte İhbar ve Kıdem Tazminatı Ödenmesi

İş kanununun 21. maddesine göre feshin geçersizliğine hükmedilip işe iade kararı verilmesiyle usulen doğru başvuruya rağmen işçinin işe başlatılmaması durumunda iş akdi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. İş akdi bir aylık işe başlatma süresinin sonunda ya da işçinin işe başlatılmayacağı iradesinin ortaya konduğu gün sona ermiş sayılır.³⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat 'ın ifadesine göre de iş sözleşmesi işçinin işe başlatılmaması tarihinde sona erer.³¹

Kanunun ilgili maddesinin ikinci fıkrasında işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş ve bildirim süresine ait ücretler ödenmemişse bu süreler ait ücretlerin ödenmesi yine aynı şekilde kıdem tazminatı ödenmemiş ise bunun da ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Tabi ki; işçiye fesih bildirim yapıldığı dönemde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmiş olsa dahi geçersiz sayılan fesih ile işe başlatmama tarihi arasındaki geçen süre hesaplanarak ihbar ve kıdem tazminatı farkı da ödenmesi gerekmektedir.

Bu konudaki Yargıtay ve doktrin arasındaki görüş farklılığı ise sözleşmenin devamlılığının hangi tarihe kadar devam ettiğinin tespitinde yaşanmaktadır. Yargıtay sadece dört aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verilen sürenin sonuna kadar olan tarihe göre ihbar,

²⁹ Yargıtay 7. H.D., 30.05.2013, 2013/1937 E., 2013/10151 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=7hd-2013-1937.htm&kw='2013/10151'+&cr=yargitay#fm> E.T. 27.11.2021

³⁰ Süzek, İş Hukuku, 658.

³¹ Çelik ve diğer., İş Hukuku Dersleri, 559.

kıdem ve yıllık izin ücreti alacağının hesaplanması gerektiğini savunurken³² doktrin de Süzek ise kanunun ilgili maddesinin üçüncü fıkrasında getirilen sınırlandırmanın işçinin ücret ve diğer haklarıyla ilgili olduğunu bu dört aylık sürenin kıdem tazminatına esas alınacak süreyle ilgisinin olmadığını belirtmekte ve işçiye iş sözleşmesi hiç kesilmemiş olsaydı hak kazanacağı kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğini savunmaktadır.³³ Bu konuda doktrinde işçi lehine yorum yapılması yerinde olmakla birlikte uygulamada işe iade kararlarının kesinleşmesinin yıllarca sürebildiği gerçeği karşısında işçiye bu süre zarfında iş sözleşmesi hiç kesilmemiş gibi kıdem tazminatının ödenmesi işveren açısından da hakkaniyete aykırı olacaktır. Bunun yerine işçinin yaşadığı mağduriyetin kanundaki kısıtlayıcı ‘en çok 4 aylık süre’ ibaresinin uygulamadaki gerçeğe uygun olarak değiştirilmesi daha yerinde olacağı kanaatini taşımaktayım.

Diğer bir tartışmalı konu da ise Yargıtay uzunca süre geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar önelinin feshin geçersizliğinin tespit edilmesine rağmen ortadan kalkmayacağı işe başlatılmayan işçiye yeniden ihbar tazminatı ödenmesi gerekmediğini kararlarında vurgulamıştır.³⁴ Ancak 2019 yılında verilen kararla birlikte geçersiz sayılan fesih öncesinde bulunulan ihbar önelinin bir önem ihtiva etmeyeceği işe başlatmama şeklinde fesihle birlikte ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.³⁵ Doktrinde Günay’da Yargıtay’ın 2019 yılında vermiş olduğu kararla aynı görüşü paylaşmaktadır.³⁶ Ancak Süzek Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarını eleştirmekte; asıl olan işçiye bildirim önelinin tanınmış olması gerektiği ve ilgili maddenin 5. fıkrasının 2. cümlesinde açık bir şekilde bildirim sürelerini vermeyen veya peşin ödemede bulunmayan işverenlerin ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacağı belirtildiğinden Yargıtay’ın yasaya aykırı bir şekilde verdiği kararları hatalı bulmaktadır.³⁷ Gerçekten de her ne kadar işçi lehine bir durumda olsa da yasadaki ifadenin açıklığı karşısında Yargıtay’ın kanun koyucunun iradesi üzerinde karar vermesinin hatalı olduğu görüşünü taşımaktayım.

Ayrıca kıdem, ihbar ve yıllık izin ücretinin fesihle birlikte muaccel olacağı kuşkusuz olduğundan hesaplamanın son ücret üzerinden yapılması gerekmektedir. Bu nedenle işe başlatmama sebebiyle sözleşmesi feshedilen işçinin kıdem ve ihbar tazminatıyla yıllık izin

³² Yargıtay 9. H.D., 5.6.2014, 2012/14019 E., 2014/18274 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2012-14019.htm&kw='2012/14019'&cr=yargitay#fm>, E.T. 28.11.2021.

³³ Süzek, İş Hukuku, 662.

³⁴ Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, 227.

³⁵ Yargıtay 9. H.D., 12.02.2019, 2016/21438 E., 2019/3371 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2016-21438.htm&kw='2016/21438'+&cr=yargitay#fm>, E.T. 28.11.2021.

³⁶ Günay, İş Davaları, 1074.

³⁷ Süzek, İş Hukuku, 664.

ücreti hesabında işe başlatılmadığı tarihteki ücret dikkate alınmalıdır. Bu ücretin tespitinde uyuşmazlık mevcut ise emsal ücret araştırması yapılabilir ve işverenden emsal işçi ücret bordroları istenebilir.³⁸

b. İşe Başlatmama (İş Güvencesi) Tazminatı

Mahkemenin geçersiz fesih yapıldığının tespitiyle birlikte işçinin işe başlama başvurusunu yapması ancak işveren tarafından işçinin işe başlatılmaması durumunda İş Kanunun 21. maddesinin 1. ve 2. fıkrası gereğince en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatının işçiye ödenmesi gerekmektedir. 7036 sayılı kanun ile eklenen dördüncü fıkra ile birlikte mahkeme veya özel hakem kararında işe başlatmama tazminatını parasal olarak da belirler, bu değişikliğe ilişkin olarak tekrara düşmemek adına yukarıda boşta geçen süre ücret hesaplamasında belirtmiş olduğumuz hususlara atıf yapmakla yetinmekteyim. Ancak bu konuda şunu da belirtmekte fayda var ki; ilgili düzenleme 1.1.2018 tarihinde yürürlüğe girdiğinden ancak bu tarihten sonra açılacak davalarda bu düzenlemenin uygulanacağı unutulmamalıdır.³⁹

İşe başlatmama tazminatının belirlenmesinde boşta geçen süreden farklı olarak giydirilmiş ücret değil dava tarihindeki çıplak brüt ücret esas alınacaktır. Ayrıca yine belirtmekte fayda var ki; feshin sendikal sebepler dolayısıyla gerçekleştiğinin tespiti durumunda hükmedilecek tazminat işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacaktır.

Mahkeme geçersiz fesihle birlikte işe iade kararı verdikten sonra öncelikli olarak davanın açıldığı tarihteki işçinin çıplak brüt ücretini tespit edecek ve kaç aylık işe başlatmama tazminatına hükmedeceğini takdir ederek buna göre de işe başlatmama tazminatını parasal olarak hesaplayacaktır.⁴⁰ Pek tabi ki parasal hesaplamasının yapılmış olması yukarıda da detaylı açıkladığımız üzere, işe başlatmama tazminatının tahsili şarta bağlı olduğundan bu hükmün ilamlı icra yoluyla talep edilmesine yeterli değildir.⁴¹ Ayrıca miktar belirtilerek tespiti dair hüküm kurulduğundan mahkemece nispi harca hükmedilemez ve maktu vekalet ücretine hükmolunur, faiz ise işe başlatılmama halinde işverenin temerrüde düşürülmesiyle yasal faiz olarak işlemeye başlayacaktır.⁴²

³⁸ Yargıtay 22. H.D., 1.12.2014, 2014/21535 E., 2014/33761 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2014-21535.htm&kw='2014/33761'&cr=yargitay#fm>, E.T. 28.11.2021.

³⁹ Çelik ve diğer., İş Hukuku Dersleri, 553.

⁴⁰ Çelik ve diğer., İş Hukuku Dersleri, 552.

⁴¹ Günay, İş Davaları, 1076.

⁴² Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, 217.

İşe başlatmama tazminatı yine boşta geçen süre ücretinden farklı olarak tazminat niteliğinde olması nedeniyle gelir vergisinden muaf olup sadece damga vergisine tabidir.

Kanunumuz işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde hakimlere takdir yetkisi tanımış ancak bu yetkisini kullanırken hangi kıstaslara başvurulacağını belirtmemiştir. Bu nedenle de bu husustaki Yargıtay kararları oldukça önemlidir. Yargıtay bu konuda İş Kanunda yıllık ücretli izin sürelerinin belirlenmesi için getirilen kıdem sürelerinden yola çıkarak 6 ay- 5 yıl arası kıdemi bulunan işçiler için 4 aylık, 5-15 yıl arası kıdemi bulunan işçiler için 5 aylık, 15 yıl üzeri kıdemi olan işçiler için ise 6 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatına hükmedilebileceğini, fesih sebebine göre de 8 aylık sınıra kadar çıkılabileceğini belirtmektedir.⁴³ Bu şekildeki hesaplama kıstasları doktrin tarafından eleştirilmekte işe başlatmama tazminatının hesaplanmasındaki tek ölçütün kıdeme indirgenmesi hatalı bulunmaktadır.⁴⁴ Süzek bu konuda işverenin geçersiz fesihteki hukuka aykırı fillerinin ağırlığı, fesih nedeni ve şekli, kötü niyet, işçinin yaşı ve iş bulma olanağı gibi olgularında gözetilerek tazminatın takdir edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁵ Aynı şekilde Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat da işçinin yaşı, aile durumu, ücreti ve yapılan işin özelliği gibi hususlarında öncelikli olarak dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁶ Nitekim bu haklı eleştiriler sonuç bulmuş ve 2018 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, Yargıtay daireleri tarafından hakimlerin takdir yetkisini sınırlandıracak şekilde kıstaslar koyması ve sınırlamalar getirmesini hatalı görmüş, ‘fesih ve işe başlatmama sebeplerinin her olayın özelinde incelenerek takdir edilmesi gerekirken hakimleri bağlayıcı bir İBK kararı verilmesinin uygun olmayacağı’ sonucuna varmıştır.⁴⁷

Son olarak emekliliğe dayalı fesihlerde işe başlatmama tazminatının dört ayla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunsalına ilişkin olarak; emeklilikte işe başlatmama tazminatının dört ay olarak tespit edilmesini esas alan Yargıtay 9. HD’nin 18.01.2018, 2016/32052 E., 2018/525 K. Sayılı kararı ile Ank. BAM 6.HD’nin 19.12.2017, 2017/2458 E., 2017/2920 K. Sayılı kararları mevcut olmakla birlikte Ank. BAM 7. HD., 25.05.2017, 2017/1289 E., 2017/1257K. Sayılı ilamında olduğu gibi farklı yönde verilmiş kararlarda mevcuttur. Gerçekten de fesih sebebinin işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasından kaynaklanmayan fesihlerde işçinin yasal

⁴³ Yargıtay 9. H.D., 12.03.2018, 2017/27032 E., 2018/4868 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2017-27032.htm&kw='2018/4868'&cr=yargitay#fm>, E.T. 28.11.2021

⁴⁴ Süzek, İş Hukuku, 665.

⁴⁵ Süzek, İş Hukuku, 666.

⁴⁶ Çelik ve dğr., İş Hukuku Dersleri, 554.

⁴⁷ YİBHKG, 13.4.2018, 2017/3 E., 2018/3 K., RG, 27.6.2018, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180629-16.pdf>, E.T. 28.11.2021.

hakkı olan emeklilik hakkını elde etmiş olması kıdeme veya diğer yukarıda belirtmiş olduğumuz kriterlere göre işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesine engel olmamalıdır.⁴⁸

V.SONUÇ

Kanaatimce; geçersiz feshin sonuçlarının düzenlenmiş olduğu 21. maddenin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Şöyle ki; iş sözleşmesi geçersiz ve en nihayetinde hukuka aykırı bir şekilde feshedilen işçinin aynı işverenle çalışmak zorunda bırakılmaya çalışılmasının ve bunun kararının yine aynı hukuka ve yasaya aykırı işlem yaptığı tespit edilen işverene bırakılması hakkaniyetli bir düzenleme olmamaktadır. Bu nedenle feshin geçersiz olduğunun tespitiyle birlikte işçiye boşta geçen süre ücretinin ve işe başlatmama tazminatının her durumda verilmesi yönünde bir düzenleme yapılması değerlendirilmelidir. Bu şekilde radikal bir değişiklik yapılması yerine ise kısa vade de en azından işe iade davalarının tespit niteliğinden kurtarılacak geçersiz feshe uygulanacak yaptırımın daha mahkeme aşamasında nihai olarak eda hükmü niteliğinde belirlenerek hem yargı yükü hafifletilmeli hem de işçi alacağına kavuşmak için başka bir dava veya ilamsız icra takibi açmak zorunda bırakılmamalıdır. Ayrıca işçiye kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar şeklinde sınırlandırılan ücret ve diğer hakların ödenmesine ilişkin düzenlemenin hukukumuzdaki uzun yargılama süreleri göz önüne alınarak daha gerçekçi ve işçi mağduriyetlerini ortadan kaldıracak şekilde değiştirilmesi son derece elzemdir.

İş kanununda geçersiz feshin düzenlendiği mevzuatın bu şekilde korunduğu müddetçe iş bu çalışmamızda da görüleceği üzere uygulamada yaşanan tüm sorunlar Yargıtay içtihatlarıyla çözüme kavuşturulmaya devam edecektir. Bu durumda da Yargıtay'ın işçiler açısından hak kayıplarına neden olabilecek özellikle işe iade kararı sonrası işçinin işverene başvuru şekli, usulü ve ispatı konusundaki kararlarında işçiler lehine sonuç doğuracak çözüm getirme arayışı içinde olması daha makul olacaktır.

VI. KAYNAKÇA

Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen ve Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

Çil, Şahin. İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

⁴⁸ Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, 220.

Demir, Şahin, ‘İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları’, Ankara Barosu Dergisi, 3 (2013), 341-367.

Günay, Cevdet İlhan. İş Davaları. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 28.11.2021.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Ada, Kılıçoğlu İlayda. 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.

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

Mollamahmutoğlu, Ahmet ve Astarlı, Muhittin. İş Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.

Süzek, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.

www.mevzuat.gov.tr, E.T 27.11.2021.

www.ilo.org, E.T 27.11.2021.

www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 27.11.2021.