

**İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI***Compensation for Impediment in Labour Contract*

*Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU\**

**I. GİRİŞ**

Ülkemizde 4773 sayılı kanunun ısdarına kadar iş sözleşmesinin fesih bildiriyle (feshin ihbarıyla) yapılacak fesihlerde işyeri sendika temsilcileri için öngörölmüş olan ayırık durum bir tarafa bırakılırsa bir sebep gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktaydı. İş sözleşmesinin taraflarından her biri kanunda belirlenen ya da sözleşmeyle öngörölen bildirim sürelerine riayet etmek suretiyle diledikleri zaman sözleşmeyi feshetmek imkanına sahip bulunmaktaydılar. Bu çözüm özellikle işçi bakımından düşündürücü ve sakıncalıydı.

İşçi bakımından hayati önemdeki bu sakınca birçok avrupa ülkesinde işçiye iş güvencesi sağlayan hükümlerle aşılmaya çalışılmış ve iş güvencesi kurumu yakın zamanlarda mevzuatımızda da yer almıştır. 4773 sayılı kanunun getirdiği düzenleme aynı yılda 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununda da benimsenmiş ve ülkemizde bir iş güvencesi kurumu o tarihten beri hayata geçirilmiştir.

Gerçekten önceki (1475 sayılı) İş Kanununda bulunmayan ve gerekli görölmeyen fesih bildiriminin bir "sebebe", geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğunu öngören 4857 sayılı İş Kanunumuz: otuz veya daha çok işçinin çalıştığı işyerinde/işyerlerinde asgari altı aydan beri çalışan ve kanunun belirlediği işveren vekillerinden olmayan ve belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçilerin iş

---

\* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

sözleşmesini fesheden işverenin; işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin özelliklerinden veya işin gereklerinden kaynaklanan “geçerli bir nedene” dayanmak ve bu çerçevede fesih sebebini açık ve kesin bir biçimde ve yazılı olarak belirtmek zorunluluğunu getirmekte; feshe maruz kalan işçiye, yapılan feshin geçersizliğinin tespitini mahkeme (ya da özel hakemden) isteyebilme imkanını vermektedir.

İşçinin kanuni süresi içinde başvurması halinde mahkeme ya da özel hakem, kanundaki usul ve esaslara uyulup uyulmadığını, özellikle işverenin feshe dayanak yaptığı sebeb, kanunun aradığı nitelikte olup olmadığını inceleyecek; yapılan feshin kanuna uygun olup olmadığına karar verecektir. İşte bu çerçevede, mahkeme- ya da özel hakem- işverence yapılan fesih işlemi kanuna uygun bulmazsa “feshin geçersizliği”ne karar verecek; ayrıca talep edilmiş olmasa bile, işçinin usulünce başvurması halinde işçiyi işverenin işe başlatmaması halinde kanuni sınırı belirlenen bir tazminat ile, işçiyi çalıştırmadığı süreye ilişkin olarak en fazla dört aylık ücret ve diğer haklarının miktarını da süre olarak belirtecektir. Bu kapsamdaki bir karar çerçevesinde işveren süresinde işe başlatmasını isteyen işçiyi bir ay içinde işe başlatmazsa işçiye azami dört asgari sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeyecektir.

Değerli hukukçu, dostum ve meslektaşım Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER için çıkarılacak Armağanda yayınlanmak üzere kaleme aldığımız bu makalemizde iş güvencesi kapsamındaki işçilerin talep edebilecekleri bu tazminatı, İşe Başlatmama Tazminatını ele alacağız.

## II. KAVRAM

### 1. Deyim

İş Kanununun geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen 21. Maddesinde, mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde, usulünce başvurusu üzerine kanuni süresinde işe başlatmayan işverenin işçiye en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemesi gerekeceği öngörülmekte; doktrinde ve yargı kararlarında bu tazminat “işe iade tazmi-

natı” veya “iş güvencesi tazminatı” ya da “işe başlatmama tazminatı” olarak adlandırılmaktadır.

Hemen belirtelim ki gerek “işe iade tazminatı” gerek “iş güvencesi tazminatı” deyimleri kavramı yeterince açıklamamakta, birtakım yanlışlara da kapı açacak içeriği sahip bulunmaktadır. Başka bir söyleyişle bu deyimler kavramı açıklamaktan uzak olup, birtakım yanlışlara yol açacak nitelik taşımaktadırlar.

Gerçekten konuyu düzenleyen kanun hükümleri yakından tahlil edilirse “işe iade tazminatı” deyiminin isabetli olmadığı; geçersizlik kararı üzerine işverenin işçiyi herhalde işe iade etmek zorunda bulunduğu ve bu zorunluluğa uymadığı için böyle bir tazminat ödemek durumunda kaldığını düşündürmekte; ancak bu düşünce kanundaki düzenlemeyle örtüşmemektedir. Zira aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız gibi, işverenin her halükarda işçiyi işe iade etmesi, yeniden çalıştırmaya başlaması zorunluluğu bulunmama; çalışmadığı ya da çalıştırılmadığı belirli süreyle sınırlı işçilik haklarıyla kanunen belirlenen tazminatı ödeyerek çalıştırmama hakkına sahip bulunmaktadır.

Öte yandan daha önce tarafımızdan da kullanılmış olan “iş güvencesi tazminatı” deyimini de çok genel bir kapsama sahip olup, kanundaki düzenlemeyle bağdaşır gözükmemektedir.

Kanımızca mahkeme ya da özel hakem tarafından ısdar edilen feshin geçersizliği kararına rağmen, kanun, işverene işçiyi çalıştırmamak imkanı vermiş; böyle bir durumda işverenin asgari ve azami sınırı kanunen belirlenmiş bir tazminat ile bir kısım işçilik haklarını ödeyerek iş ilişkisini ortadan kaldırmak olanağı kendisine sağlamıştır. Bu tazminat feshin geçersizliği kararının hukuki sonucu olmayıp; taraf davranışlarıyla ortaya çıkacak, özellikle işverenin işçiyi “işe başlatmamak” olgusuna bağlı olarak ödenecek bir tazminattır. Bu itibarla bizce de sözü edilen tazminata “işe başlatmama tazminatı” denilmesi daha uygun gözükmemektedir.

## 2. Tanım

İş Kanununun 21. ve izleyen maddelerinden hareketle şu yolda bir tanım yapmak mümkündür: İşe başlatmama tazminatı, iş

güvencesi hükümleri çerçevesinde kanuna aykırılığı- geçersizliği hakim veya hakem tarafından belirlenen bir feshe maruz kalan işçinin, kanuni prosedürü izleyerek işe başlamak için yaptığı başvurunun işverence kabul edilmemesi halinde miktarı kanunun öngördüğü asgari ve azami sınırlar içinde mahkeme ya da özel hakem tarafından belirlenen ve işçiye işveren tarafından ödenmesi gereken bir para miktarıdır.

Kısaca belirtmek gerekirse, iş güvencesi hükümlerine göre, işverence yapılan feshin geçersizliğini tesbit eden mahkeme veya özel hakem kararına dayalı olarak işe başlamak için işverene başvuran işçinin, işe başlatılmaması halinde işveren tarafından işçiye ödenmesi gereken miktarı kanunda belirlenen sınır içinde geçersizliğe karar veren makam tarafından belirlenen bir miktar paranın işe başlatmama tazminatı adı altında işverence işçiye ödenmesi gerekir.

Görüldüğü gibi "işe başlatmama tazminatı" işverenin yaptığı feshin geçersizliğini tesbit eden mahkeme ya da özel hakem kararına dayalı olarak, işçinin usulünce başvurup çalışmaya amade olmasına rağmen işverenin işe başlatmaması olgusuna bağlı bir tazminattır. Bu sebeple, ihbar ve kıdem tazminatlarına ve iş ilişkisinden doğan diğer işçilik haklarına olumsuz bir etkisi olmaz; bunların iş güvencesi hükümleri dışında düşünülmesi ve değerlendirilmesi gerekir.

### III. İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI TALEP EDİLEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR (ŞARTLAR)

İşe başlatmama tazminatı talep edebilmek herşeyden önce iş güvencesi hükümleri çerçevesinde işveren tarafından sözleşmesi feshedilen işçinin bu işlemin geçersizliğini tespit ettirmesine bağlıdır. Başka bir söyleyişle işçinin feshin geçersiz olduğunu tespit eden bir yargı veya özel hakem kararı alması zorunluluğu vardır. Bu sebeple işçinin işverence yapılan feshin geçersiz olduğunu tespit eden bir karar alabilmesi için bu konuda bir dava açması gerekir. Açılacak davanın konusu, dava açma süresi ve davacının tabi bulunduğu usul ve esaslar kanunda ayrıca belirlenmiş, işçi tarafından ikamesi ve mahkemece kabul edilebilmesi için gerçekleşmesi gerekli koşullar (şartlar) da kanunda ayrıca düzenlenmiştir.

Ancak işçinin böyle bir davayı açabilmesi belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından iş güvencesi hükümlerine aykırı olarak feshedilmiş olmasına bağlıdır. Bu itibarla böyle bir dava ancak iş güvencesi kapsamındaki bir işçi tarafından açılabileceğinden bu konudaki kanuni koşulların da ele alınması gerekecektir.

Öte yandan mahkeme veya özel hakemin feshin geçersizliğine ilişkin olarak verdiği kararın kesinleşmesinden sonra, kanuni süresi içinde işçinin işe başlamak için başvurması; işverenin ise işçiyi kanunda öngörülen süre içinde işe başlatmaması halinde konumuzu teşkil eden tazminatın gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir.

Bu itibarla işe başlatmama tazminatı talep hakkı sağlayan kanuni şartları (gerekleri) dört başlık altında toplayarak incelemek mümkündür.

- 1) İş güvencesi kapsamına giren işçinin sözleşmesinin güvence hükümlerine aykırı olarak işveren tarafından feshedilmiş olması
- 2) İşçinin mahkeme ya da özel hakeme başvurarak yapılan feshin geçersizliğini tespit eden bir karar almış olması
- 3) Feshin geçersizliği kararının kesinleşmesi üzerine süresinde işe başlamak için işverene başvurması
- 4) Usulünce başvuran işçiyi işverenin işe başlatmaması

### **1. İş Güvencesi Kapsamına Giren İşçinin Sözleşmesinin Güvence Hükümlerine Aykırı Olarak Feshedilmiş Olması**

İş Kanunumuz iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilme şartlarını (koşullarını) ayrıca belirlemiş olduğundan ancak bu koşulları haiz bulunan ya da bu gereklere sahip bulunan işçilerin feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin dava açmaları imkanı vardır. Bu koşullar (gerekler) ise İş Kanunu ve Basın İş Kanununun kapsamında bir iş veya işyerinde belirsiz süreli bir iş sözleşmesine dayalı olarak ve kanunen belirlenen bir sayıda işçinin çalıştırıldığı/çalıştığı işyerinde çalışmaya, çalışıyor olmaya; belirli bir kıdeme sahip bulunmaya ve nihayet kanunen evsafı belirlenen işveren vekili sıfatı taşımamaya ilişkindir .

**a. İşçinin İş Güvencesinden Yararlanma Hakkının Bulunması  
(İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanabilme Şartları (İş  
Güvencesinin Kapsamı))**

İşe başlatmama tazminatına esas olabilecek davanın sözleşmesi feshedilen her işçi tarafından açılması mümkün değildir; ancak iş güvencesi hükümlerinden yararlanma imkanı bulunan işçiler bu davayı açabilirler<sup>1</sup>.

**aa. İşçinin İş Güvencesini Düzenleyen Kanunların Kapsamında Olması**

İş güvencesinden yararlanacakların bu kapsamda sayılacak işçilerin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girip de yine aynı kanun tarafından belirlenen aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz şartları haiz bulunan işçiler olacağı kuşkusuzdur. Normal olarak diğer iş kanunlarına tabi olan işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar. Bununla beraber İş Kanunumuz özel ve ayrık bir hükümle "İş Kanununun 18-19-20-21 ve 29. maddesi" hükümlerinin örneksene

<sup>1</sup> İş güvencesi konusunda genel iş hukuku kitapları dışında bkz. EKONOMİ, M.: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, ÇİMENTO İŞVEREN, Mart 2003 Özel Eki; TAŞKENT, S.: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenlemeler, Ankara 2002; ULUCAN, D.: 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi, Temel Kavramlar, Uygulamadan Örnekler, İstanbul 2003; CENTEL, T.: İş Güvencesi, İstanbul 2012; GÜZEL, A.: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, 2004 Yılı Toplantıları, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 33, vd.; DEMİR, F. : İş Güvencesi Hukuku, İzmir 1999. AKYİĞİT, E. : Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007; ALP, M.: İşçinin Feshe Karşı Korunması, DEUHF, Y.2003, S.1, sh. 1-40; ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, sh. 200-251; BAŞTERZİ, s. 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, C. TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005, s. 623-651; ÇANKAYA, O. G./ GÜNAY, C.İ./GÖKTAŞ, S.:Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005; ÇELİK, N.: İş Güvencesi, İstanbul 2003; ÇİL,Ş.: İş Kanunu Şerhi, C. I-II-III, B.2, Ankara 2007; KAR, B.: İş Güvencesi ve Uygulaması, B.2, Ankara 2011.

yoluyla uygulanacağını; basın işçileri (gazeteciler) yani Basın İş Kanununa tabi gazetecilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını öngörmüştür. Bu itibarla Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilerin de iş güvencesi hükümleri kapsamında düşünülmesi gerekecektir. Öyleyse Deniz İş Kanununa bağlı gemi adamları ile Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları mümkün değildir.

*bb. Feshe Muhatap Olan İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışması*

İş güvencesine ilişkin kanun hükümleri işverenin fesih bildirimini ile yapacağı feshin sınırlandırılmasına yönelik bulunduğu için, işçinin çalışmasının dayanağının belirsiz süreli iş sözleşmesi olması zorunluluğu vardır. İş Kanunumuz da konuyu bu çerçevede ele alarak düzenleme yapmış işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde iş güvencesi prosedürünün uygulanabileceğini öngörmüştür. Bu itibarla işçinin iş güvencesi hükümlerinden bu arada işe başlatmama tazminatından yararlanabilmesi çalışmasının bu türden bir sözleşmeye dayalı olmasına bağlıdır.

Hemen belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunumuz iş güvencesi hükümlerinin dolanılmasını önlemek amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerliliğini sıkı şartlara bağlamış; tarafların sözleşme için süre belirlemelerini yeterli görmemiş; objektif (esaslı nedenler)in varlığı halinde bu türden sözleşme yapılabilmesine imkân tanımıştır.

*cc. En Az Otuz İşçinin Çalıştığı Bir İşyerinin İşçisi Olması*

Kısaca "İş Güvencesi Kanunu" olarak adlandırılan 4773 sayılı Kanunda on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörülmüş, daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu sayı otuza çıkarılmış; 18. maddede bir işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna

göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünölmelidir<sup>2</sup>.

İş Kanunumuz iş güvencesi hükümlerinin "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri"nde uygulanacağını açıkça düzenlemektedir. Öte yandan aynı kanun asgari 51 işçinin çalıştığı tarım işçilerinin de kapsama alındığından, bu özel durumu da göz önünde bulundurmak gerekir.

Otuz işçi ölçüsünün belirlenmesinde, işverence yapılan fesih işlemi sırasındaki işyeri mevcudunun göz önüne alınacağı genel kabul gören bir görüştür. İşyerindeki toplam işçi sayısına fesih sırasında işyeri kadrosunda bulunan (hasta, izinli işçiler gibi ödünç verilen işçi de) tüm işçiler dahildir. İşçinin çalışmasını dayandırdığı sözleşmenin türü (belirli süreli, belirsiz süreli, kısmi süreli, mevsimlik çalışanlar) önemli olmadığı gibi çalışma türü de önemli değildir.

Kanunun aradığı asgari işçi ölçütünün belirlenmesinde işçinin buyruğunda çalıştığı işverene ait işyeri veya işyerlerinde -aynı işkolunda olmak şartıyla- çalışan işçiler göz önüne alınacaktır.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Uygulamada tereddüt edilen bir husus, işyerinin yardımcı işlerinde veya belirli bir bölümünde alt işveren faaliyette bulunuyorsa, işyerindeki işçilerin tümünün gözönüne alınıp alın-

<sup>2</sup> İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır (9. HD. 25.10.2010 E. 2008/32408 K. 2010/1126, ÇİL, İlke Kararları, sh. 255, No. 113).



mayacağıdır. Böyle bir durumda bu işyeri alt işveren bakımından da işyeri sayılıp kaydedileceği kanunen öngörüldüğüne göre alt işverenin işçileri asıl işverenin işçileriyle birlikte değil, ayrı ayrı hesaba katılmak gerekir. Başka bir söyleyişle, aynı işyerini kullanan alt işveren işçileri birarada işyeri mevcudunu oluşturmaz; her birisi diğerinden bağımsız olarak düşünölmek gerekir<sup>3</sup>.

Gerçekten de normal olarak alt işverenin işçileri otuz işçi kıtasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar<sup>4</sup>; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağılı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tesbitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. İlave edelim ki "özel güvenlik görevlileri" işyeri mevcuduna dahil oldukları gibi, her kademedeki işveren vekilleri de otuz işçi sayısına dahil edilebileceklerdir. Buna karşılık alt işveren işçileri ile geçici (ödünç) işçiler ancak kendi işyerlerine ait işyeri mevcuduna dahil edilebilirler. Ödünç verilen işçilerin ödünç alan işverenle, alt işveren işçisinin asıl işverenle bir iş ilişkisi bulunmadığı için, anılan işverenlerin işyeri mevcuduna dahil edilemezler.

Yargıtay da yukarıda belirtilen kanuni esaslara uygun ve isabetli olarak, "İş kanununun 18. maddesi uyarınca, işyerinde veya işverenin aynı işkolundaki tüm işyerlerinde çalışan işçi sayısının otuz ve üzerinde olması"nın iş güvencesinden yararlanmak için zorunlu bulunduğunu belirtmiş<sup>5</sup>; diğer kararında da "aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine

---

<sup>3</sup> Krş. ÇİL, Şerh, sh. 252 Yazara göre, "asıl işveren bakımından kendi işçileri ve alt işveren işçileri bu sayının tesbitinde birlikte değerlendirilmelidir."

<sup>4</sup> (9. HD. 14.12.2009 11766/35109, ÇİL, İlke Kararları, sh. 251, No. 114)

<sup>5</sup> (bkz. 9.HD. 15.10.2007 16653/30534 ÇALIŞMA ve TOPLUM S.17, sh.371 vd.)

ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığına"<sup>6</sup> işaret edilmiştir. Yargıtay bu düşüncesini daha sonra da sürdürmüş aynı çözümü pekiştirmiştir<sup>7</sup>. Yüksek Mahkeme, aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığını; uluslararası çalışan ve bir çok ülkede işyeri açan bir kuruluşun, açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurması ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik olması, aynı işkolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacağını; özellikle yasanın büyük ölçekli işverenleri esas aldığı dikkate alındığında, Uluslararası çalışan ve Türkiye’de şubesi bulunan bir şirketin, bu şubede çalışan işçisini, Türkiye’deki işyerinde çalışan işçi sayısının 30 işçiden az olduğu gerekçesi ile iş güvencesinden yoksun bırakılmasının yasanın gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun düşmeyeceğini dile getirmiştir<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> (9. HD. 12.02.2007 E.2006/32297 K.2007/3272); 9. HD. 03.07.2006 9818/9560, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2007/I, No:12, sh. 286, vd. Yukarıda açıklanan somut ve hukuki olgulara göre işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda yurtdışında başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alınarak 30 işçi sayısı belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

(Yargıtay 9. HD., 25.1.2010 gün, 2008/32408 E., 2010/1126 K., ÇİL, İLKE KARARLARI, sh. 254 vd., No.113) Aynı doğrultuda 9 HD. 24.01.2011 E. 2009/46271 K. 2011/131, KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 183.

<sup>7</sup> Yargıtay’ın aynı iş koluna dahil olan yurt içi işyerleri yanında yurt dışındaki işyerlerinin işçilerinin de 30 işçi ölçütünde göz önüne alınacağına ilişkin görüşünü doktrinde paylaşanlar (Bkz. AYGÜL, M./UŞAN, F.: İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? LEGAL, YKİ. 2007 S.3 sh. 75 vd.) olduğu gibi bu çözümün isabetli olmadığını savunanlar (TUNCAY, A.C., SİCİL, S.6, sh82) da vardır.

<sup>8</sup> “...İşverene bağlı olarak yıl içerisinde belli aylarda fiilen hizmet verip yılın geri kalanında iş akdi askıda bulunan işçilerin de otuz işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.” 9. HD. 23.05.2012 15462/18229, ÇİL, İlke Kararları, B. 5, sh. 316. Yargıtay “işe iade davası açanların da sözleşmelerinin askıda kaldığını bunların da işçi mevcuduna dahil edilmesi

Şunu da belirtelim ki, işyeri mevcudunun, fesih bildirimının yapıldığı tarihte kadrosu işyerine ait bulunan işçi sayısı ele alınarak hesaplanması gerekir. İş Kanununun “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyeri” yolundaki ifadesinden, fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işçinin çalıştığı işyerinde iş sözleşmesiyle iş ilişkisi içinde bulunan çalışanların işyeri mevcudunu oluşturacağı sonucuna varılacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, işyeri kadrosuna dahil olup da, bu tarihte hasta, izinli vb. bir sebeple işyerinde bulunmayan işçiler de, otuz işçi sayısının belirlenmesinde gözönüne alınacaklardır<sup>9</sup>.

Burada özellikle, kanunun iş güvencesi hükümleri dışında bıraktığı işveren vekillerinin otuz işçi sayısına dahil bulunduğu konusunda tereddüt edilemez ise de, iş güvencesi hükümleri hakkında uygulanamayacak işveren vekillerinin işyeri mevcuduna dahil sayılıp sayılmayacakları hususunda tereddüt edilebilir. Kanımızca aynı zamanda ve herşeyden önce “işçi” sayılan bu kimselerin de otuz işçi sayısı içinde düşünülmesi gerekir. Konumu itibariyle güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir<sup>10</sup>.

Öte yandan Yargıtay, feshin geçersizliğinin istendiği fesih işleminin yapıldığı tarihten önce, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliği hususunda dava açan işçilerin de işyeri mevcuduna dahil edileceğini; dava açılmışsa iş sözleşmesi askıda kalacağından bu işçilerin otuz işçi koşulu açısından dikkate alınacağını içtihat etmiştir<sup>11</sup>.

---

gerektiğine ayrıca işaret etmiştir. 22. HD. 29.03.2012 E. 2011/13231, K. 2012/5909, ÇİL, İlke Kararları, sh. 316, vd.

<sup>9</sup> Bkz. Bu anlamda 9. HD. 23.05.2012 15462/18229 ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, Ankara 2012, sh. 315, vd.

<sup>10</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin uygulaması bu yöndedir (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamı).

<sup>11</sup> 22. HD. 29.03.2012 E. 2011/13231 K. 2012/5909, Çil, İlke Kararlar, sh. 317; 9 HD. 22.11.2010, E. 2009/27187, K. 2010/33920, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 225.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli- belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daima- mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamayacağına yukarıda işaret etmiştik. Fesih bildirimimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bir süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır.

Şunu belirtelim ki, otuz işçi sayısına ilişkin hüküm nisbi emredici niteliktedir. İş Kanununun 18 inci maddesine göre iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu için işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. Ancak kanunun bu hükmü nisbi emredici bir hüküm olup, tarafların her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür<sup>12</sup>. Öte yandan Yargıtay'a göre aynı holding içinde yer alan şirketlerin işyerleri ya da işletmelerinin birlikte değil, münferiden göz önüne alınması gerekir; fakat "birlikte istihdamının söz konusu olduğu hallerde, ortaklara işçi çalıştırılan işyerleri işçilerinin tamamının, birlikte hesaba katılması gerekir<sup>13</sup>. Yargıtay da, aynı holding içerisinde olan tüzel kişiliklerin (şirketlerin) 30 işçi sayısının belirlenmesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, ancak birlikte istihdamın varlığı halinde birlikte istihdamda bulunan şirket işçilerinin anılan sayıya katılması gerekti-

<sup>12</sup> Nitekim bir Yargıtay kararına konu olan taraflar arasında imzalanmış ve işyerinde yürürlüğünü sürdüren toplu iş sözleşmesinin (İş Güvencesi ve İşçi Çalıştırılması) başlığını taşıyan 34. maddesinde iş akdinin feshedildiği durumlarda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda, işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi toplu iş sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır." (9. HD. 26.05.2005 E. 12317/19404 TÜHİS, C.20, Ağustos 2006, S.3, sh. 92, vd.). Aynı doğrultuda: 22. HD. 24.01.2012, E. 2011/5116, K.2012/473, ÇİL, İlke Kararlar, sh. 319 vd.; 9 HD. 22.02.2010 4905/4260, KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 163.

<sup>13</sup> (Bkz. 9. HD. 21.03.2006, 6685/7652 KILIÇOĞLU Tebliğ, sh. 37); 22. HD. 14.02.2012, E. 2011/9095, K. 2012/1863, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 318-319.

ğine işaret etmiş; “Birlikte istihdam” kavramının işyeri kayıtlarıyla belirlenemeyeceğine, konunun bilirkişi aracılığıyla yapılacak keşifle belirlenmesi gerektiğini dile getirmiştir<sup>14 15</sup>.

Yüksek Mahkemeye göre, özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır<sup>16</sup>. Önemi dolayısıyla tekrar vurgulayalım ki aslında İş K. kapsamı dışında kalmakla beraber, 4857 sayılı İş K. 50’den fazla işçi çalıştıran “tarım ve orman işleri”nin yapıldığı işyerlerinde çalışan işçileri kapsama aldığından bunların da iş güvencesinden yararlanacakları belirtilmelidir. “Elliden az (elli dahil) işçi çalıştırılan tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanununun kapsamı dışında olduklarından, burada artık 30 işçi ölçüsü de kullanılmaz<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> (9. HD. 1.10.2007 14350/28760 KILIÇOĞLU, Aynı yer, sh. 37)

<sup>15</sup> (9. HD. 21.03.2006, 6685/7652, KILIÇOĞLU Tebliğ, sh. 37) “...Davalı şirketlerin aynı adreste faaliyet gösterdikleri, aynı işi yaptıkları ve birlikte istihdam ettikleri anlaşılmış olup, bu üç şirketin işçi sayısının 30 işçi sayısını aştığı görüldüğünden davanın.. reddi” hatalıdır (22. HD. 05.06.2012 E. 2011/12520, K. 2012/12497, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2012/4 No: 35,sh. 480-481)

<sup>16</sup> (9. HD. 14.12.2009 11766/35109 ÇİL, İlke Kararları, sh. 251, No.114); 9. HD 05.05.2008, E. 2007/33332, K. 2008/1420, KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 160 vd.

<sup>17</sup> Tarım işlerinde elli işçinin belirlenmesinde orada çalışanların tümü- tarım işçisi olup olmadığına bakılmaksızın- hesaba dahil edilecektir, sadece tarım

*dd. Asgari Altı Aylık Kıdeme Sahip Bulunması*

İş güvencesinden ve dolayısıyla şartları oluştuğunda işe başlatmama tazminatından belirli bir kıdeme, çalışma süresine sahip işçiler yararlanabilirler. İş güvencesi kapsamına giren işyeri ya da işyerlerinde en az (asgari) altı aylık kıdemi olan işçiler, kanuni güvenceden yararlanabilirler.

İş Kanunumuz bu sürenin kesintisiz (aralıksız) olmasını aramakta, "aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin" bir arada göz önüne alınabileceğine cevaz vermekte, çalışmaların dayandırıldığı sözleşmelerin türü konusunda da bir farklılık gözetmemektedir.

İş güvencesi prosedürünü işletebilmek imkanı, işçinin belirli bir kıdeme, işyerinde veya işverenin buyruğunda belirli bir süre çalışmış bulunması halinde mümkündür. Zira İş Kanunumuz işçinin asgari altı aylık bir çalışmasının (kıdeminin) bulunmasını zorunlu kılmıştır<sup>18</sup>.

---

işçileri değil, diğer işçiler de dikkate alınmalıdır (9. HD. 31.03.2008 2007/29950 E. 2008/7008 K., ÇİL, İlke Kararları, sh. 24, No. 107); aynı karar KAR, İş Güvencesi, B.2, sh. 155'te de yayınlanmıştır.

<sup>18</sup> Yargıtay'ın (9.HD. 01.10.2007 14029/28533 ÇALIŞMA ve TOPLUM, 2008/1 S.16, sh.201 vd.) bozma kararına konu olan olayda, mahalli iş mahkemesi işçinin altı aylık kıdemi olmadığı için işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına karar vermiş; Yüksek Mahkeme 15.12.2005 tarihinde işe başlayan davacı (işçi)nin sözleşmesinin her ne kadar 14.06.2006 da feshedilmişse de fesih bildiriminin bu tarihte tebliğ edilmediğini bu hususun tutanakla tevsik edildiğini; davacının 14.06.2006 tarihinde işyerinde çalıştığı, bu hususun bu tarihte kendisine ücret tahakkuk ettirildiğinin ücret bordosu ile sabit bulunduğunu, işçilik haklarının da bu tarihten sonra ödendiğini ve fesih bildiriminin tekrarlandığı gerekçesiyle, işçinin altı aylık kıdem süresini doldurduğu sonucuna varmıştır. Karar kuşkusuz isabetlidir. Yargıtay'ımız diğer bir kararında da aynı şekilde, ücretin fiilen çalışmanın bir karşılığı olduğu esassından hareket ederek 17.09.2005 tarihinde işe başlayan ve sözleşmesi 16.03.2006 tarihinde feshedilen fakat bildirimden sonra davacı işçiye işçilik haklarının 23.03.2006 tarihinde ödendiği anlaşılan, bu suretle Mart 2006 ayı için on altı günlük ücret tahakkuku yapılan ve dosyadan açıkça anlaşılan bu olgular karşısında davacı işçinin altı aylık kıdeme sahip bulunduğu belirtilmiş aksine karar veren mahkeme kararıdır

Asgari altı aylık kıdemın başlangıcı işçinin işveren buyruğunda ya da ilk çalıştığı işyerinde fiilen işe başladığı tarih; sonu ise fesih bildirim tarihının yapıldığı tarihtir. Böylece altı aylık kıdem süresi işçinin işveren buyruğunda fiilen çalışmaya başladığı tarihten itibaren hesabedilecek; varsa deneme süresi de göz önüne alınacaktır. İş sözleşmesine dayalı iş ilişkisinin devamı süresi kıdeme esas alınacaktır. Bu itibarla işçinin altı aylık kıdemının başlangıcı işveren buyruğunda çalışmaya başladığı, işe koyulduğu tarihtir. Deneme süresi gibi, askı süreleri de göz önüne alınır. Zira burada önemli olan iş ilişkisinin devamı süresidir. Öte yandan bu sürenin işgünü olarak değil "takvim günü" olarak hesap edilmesi gerekir.

Öte yandan çalışmanın fasılasız (aralıksız) olması da gerekli bulunmamakta; aralıklarla çalışılan sürelerin uzunluk veya kısalığına bakılmaksızın hesaba dahil edilmesi gerekecektir. Başka bir söyleyişle, altı ay sürekli (kesintisiz) çalışmak gerekli olmayıp, iş sözleşmesiyle, işçi sıfatıyla aynı veya değişik işyerlerinde devamlı veya aralıklı çalışma sürelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir<sup>19</sup>.

Şunu da belirtelim ki, kanunda tasrih edilmediği için, daha önce çalışan işyerlerinin "aynı işkolu"na dahil bulunması zorunlu bulunmamaktadır. İşçinin aynı işveren buyruğunda daha önce başka işkoluna dahil işyeri veya işyerlerinde çalışmış olduğu süreler, sonuncu çalışmasıyla birlikte göz önüne alınır<sup>20</sup>.

---

bozmuştur (Bkz. 9.HD. 15.10.2007 16156/30231 ÇALIŞMA ve TOPLUM, S.17, sh.285 vd.).

<sup>19</sup> Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının dava dışı şirket tarafından, kıdem ve ihbar tazminatı ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshedildiği ve böylece geçmiş hizmetinin tasfiye edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kıdem hesabı yapılırken önceki hizmet süresi davalı şirket nezdinde çalıştığı süreye dahil edilemez. Davacı, davalı şirket nezdinde yeni bir iş ilişkisiyle çalışmaya başlamıştır. Davacının davalı şirkette geçen hizmet süresi altı ayı doldurmadığından davacı işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz." (22. HD. 03/07/2012 2340/15648, ÇİL, İlke Kararları, sh. 323 vd.).

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. EKONOMİ,M.:İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi), İHSGHD, C.9,2012, S. 34, sh. 3, vd.

Altı aylık kıdem şartı öngören düzenleme, İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak hükümler arasında sayılmadığından, bu süreyi kısaltan veya tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmek gerekir<sup>21</sup>.

Kanun altı aylık kıdemi olan işçilerin iş güvencesinden yararlanacaklarını öngördüğüne göre, bu sürenin fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarihte doldurulmuş olması şarttır. Sürenin bildirim önelleri sonunda dolacak olması, güvenceden yararlanabilmek için yeterli değildir<sup>22</sup>. Demek oluyor ki, işçinin altı aylık kıdemi, işverenle iş ilişkisi içinde bulunduğu süreleri gözönüne alınarak hesap edilecek; işçinin fiilen ve kesintisiz çalışması aranmaksızın, işveren buyruğunda geçirilmiş sürelerin tümü kıdemden sayılacaktır<sup>23</sup>.

Bu itibarla, altı aylık kıdem süresi işçinin işverenin buyruğunda fiilen çalışmaya başladığı tarihten itibaren hesabedilecek, varsa deneme süresi de dahil edilecek, iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisinin devamı süresi devamlı veya aralıklı (fasıllı) olarak geçirilen süre altı aya ulaşınca kanunun gereği yerine getirilmiş olacaktır. Tekrar belirtelim ki, kanunda tasrih edilmediği için, fasıllı olarak çalışılan günlerin geçirildiği işyerlerinin aynı işkolunda olması aynı işkoluna dahil bulunması zorunlu değildir; işçinin aynı işveren buyruğunda

<sup>21</sup> "Altı aylık kıdem şartını öngören hüküm nisbi emredici olduğundan daha az kıdem şartını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmelidir." 22. HD. 27.03.2012 E. 2011/13419 K. 2012/5859, ÇİL, İlke Kararları, sh. 326.

<sup>22</sup> 9. H.D. 7.12.2009, 10104/33620, ÇİL, sh.261, No.116.

<sup>23</sup> Yargıtay 22. HD işçinin sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenmek suretiyle tasfiye edilmiş olduğu kurumlardan altı aylık kıdem koşulunu yeniden işe giriş tarihinden itibaren hesap edileceğini; önceki çalışmaların göz önüne alınamayacağını kabul etmektedir (Bkz. 22. HD. 03.07.2012 2340/15648, ÇİL, İlke Kararları, B. 5, sh. 323-324). Ancak İş Kanunu kapsamı dışında geçirilen sürelerin altı aylık kıdeme esas alınacağını da kabul edildiği; kanunda bu konuda bir sınırlama bulunmadığı göz önüne alındığında bu karardaki çözümü paylaşmak bize güç gözükmektedir. Nitekim 9. HD. "Davacının ilk dönem çalışmasının işverence tazminatları ödenmek suretiyle sona erdirilmiş olmasının önceki çalışma süresinin göz önüne alınmasını engellemeyeceğini isabetli olarak işaret etmiştir (9. HD. 7.12.2009 10104/33620, ÇİL, İlke Kararları, sh. 322, vd.).



daha önce başka işkolu veya işkollarına dahil işyeri veya işyerlerinde çalıştığı ya da çalışmış sayıldığı süreler sonuncu çalışmasıyla birlikte göz önüne alınacaktır.

Öte yandan sözleşmenin askıda kaldığı süreler de işçinin kıdemine dahil sayılacaktır. İşyerinin el değiştirmesi veya işyerinin bünyesinde vaki değişikliklerden de işçinin kıdemi etkilenmez. Özellikle işyerinin “devri” anlamında el değiştirmelere rağmen çalışmasını o işyerinde sürdüren işçinin kıdemi devirden önceki durumla birlikte hiç kesilmemişçesine devam edecektir<sup>24</sup>. Gerçekten de İş Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işyerinin devrinde devralan işveren hizmet süresi ile ilgili haklarda işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmak zorunda olduğundan devir ile işverenin değişmesi altı aylık kıdem süresini etkilemeyecektir. Bu bağlamda, bir işyerinin işvereni tarafından bir şirkete sermaye olarak kurulması halinde de İş Kanununun 6. maddesi anlamında işyerinin devrinin söz konusu olduğu kabul edilmeli ve kıdem süreleri birlikte hesap edilmelidir<sup>25</sup>.

Muvazaalı olduğu ortaya konulan asıl-alt işveren ilişkisinde, alt işveren buyruğunda geçen süreler de, hiç kuşkusuz altı aylık kıdem hesabına dahil edilecektir. Öte yandan süreye sadece fiilen çalışılmış süreler değil, kanunen çalışılmış sayılan süreler ve yukarıda belirttiğimiz gibi sözleşmenin askıda kaldığı süreler de dahil edilecektir<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> “...bir işyerinin, işvereni tarafından bir şirkete sermaye olarak kurulması halinde de, İş Kanununun 6 ıncı maddesi anlamında işyerinin devri olarak kabul edilmeli, kıdem süreleri birlikte” hesap edilmelidir (9. HD. 23.02.2009 tarihli ve sayılı kararından bkz.).

<sup>25</sup> (Yargıtay’ın 9. HD 23.02.2009 tarihli kararına bkz.) “...bir işyerinin, işveren tarafından bir şirkete sermaye olarak kurulması halinde de, İşK.’nun 6 ncı maddesi anlamında işyerinin devri olarak kabul edilmeli, kıdem süreleri birlikte hesaplanmalıdır.”İşyerinin herhangi bir şekilde el değiştirmesi şeklinde genellenebilir. Aynı karara göre: “Geçici iş ilişkisiyle (ödünç ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi 4857 sayılı İşK’nun 7inci maddesinden hareketle, işçinin başka işverenden (ödünç alanda) geçen süresi işverende (ödünç veren) geçirilmiş sayılır.”

<sup>26</sup> “İşçi işyeridneki (kıdemini), çalışma süresini her türlü delille kanıtlayabileceği gibi, işyerinde veya komşu işyerinde çalışanların tanıklığı ile de

İlave edelim ki Yüksek Mahkememiz altı aylık sürenin fesih bildirim tarihinden başlayacağını, bildirim sürelerinin (ihbar önellesinin) eklenerek sürenin hesap edilemeyeceğini; fesih bildirimini işçiye ulaşması tarihinin altı aylık sürenin bitimi olarak kabul edileceğini; sözleşmelerle altı aylık sürenin kısaltılabileceğini, ya da kaldırılabilceğini, tamamen kaldırılabilceğini içtihat etmiştir<sup>27</sup>.

Ancak işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine bir kaç gün kala feshetmesi dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir<sup>28</sup>."

*ee. İş Kanununda Belirlenen İşveren Vekillerinden Olmamak*

İş Kanunu işyerinde işverene yakınlıkları dolayısıyla bazı işveren vekillerinin iş güvencesi hükümleri dışında tutmaktadır. "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile

---

kanıtlayabilir." 9. HD. 09.03.2009 E. 2008/16653,K. 2009/6198, KAR, İş Güvencesi B.2, sh. 196 vd.; 9. HD. 18.10.2010, E. 2009/29399, K. 2010/29392, KAR, İş Güvencesi, sh. 200 vd.

<sup>27</sup> (9. HD. 08.0.2008 E. 2007/27725 K. 2008/7812 ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 19, sh. 380)

<sup>28</sup> (9. HD. 23.02.2009 E. 2008/13047 K. 2009/3265 ÇİL, İlke Kararları, sh.214, No: 93)

"Uyuşmazlık altı aylık kıdeminin dolmasına iki gün kala iş sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Borçlar Kanunu 154. ... maddesinde yer alan şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur kuralına göre; işverence iyiniyet kurallarına aykırı olarak altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşmesi engellenmiş ise, şartın gerçekleştiği kabul edilerek davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında düşünülmesi gerekecektir. (9. HD. 15.10.2010 E. 2009/30688 K. 2010/29172, ÇİL, İlke Kararlar, B.5, sh. 328,vd.) "Bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür. Çünkü bu hüküm nisbi emredicidir. Söz konusu sürenin işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda 17 inci maddedeki ihbar süreleri ile doldurulması mümkün değildir." (9. HD. 23.02.2009 E. 2008/13047 K. 2009/3265, ÇİL, İlke Kararları, Sh 214, No: 93)

işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri” hakkında 18, 19 ve 21. Maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz” yolundaki 18 inci maddenin son fıkrası bu yönü açıklıkla ortaya koymaktadır.

Şunu belirtelim ki, 4773 sayılı kanunda işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri<sup>29</sup> kapsam dışında tutulmuşken, 4857 sayılı İş Kanununun işveren vekillerinin çerçevesini genişletmiş; işletmenin bütününe yürütümünü üslenen genel müdür yardımcıları<sup>30</sup> yanında işyerini tümünü idare ve sevk yetkisi bulunan işveren vekillerini de güvence hükümlerinden yoksun bırakmıştır<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bakımından “işveren vekili” sayılan bu kişiler ancak işveren sendikalarına üye olabilirler (SenTisK m. 2, 17/2)

<sup>30</sup> Genel müdür yardımcıları işletmenin tümünü değil belirli bir bölümünü yönetmek görevi ile donatılmışlardır. Başka bir söyleyişle, bunların işletmenin tümünü sevk ve idare etmeye yetkili değildirler; bu yetki sadece işletmenin en başında olan “genel müdür”e aittir.

Davacının işyerinde idari ve mali işler koordinatörü olduğu anlaşılmaktadır. Davacının çalıştığı işyeri bir işletmedir. Dosyada mevcut son yönetim planında koordinatörün yeri bulunmamaktadır. Öncelikle, işyerinde yeni bir planlamaya gidilmeden önceki organizasyon planı celbedilmeli, davacının konumu işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcısı durumunda ise, şimdiki gibi karar verilmelidir. Eğer davacının üzerinde işletme genel müdürü ve genel müdür yardımcısı mevcutsa davacı iş güvencesinden yararlanacağından işin esasına girilerek hüküm kurulmalıdır. Yargıtay 9. HD. 17.03.2005, 6629/8934, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2008, S. 107, sh. 63.

<sup>31</sup> Mahkemece davalı şirket tarafından davacıya verilen vekaletnamede ve tanık anlatımlarına göre davacının işçi alma ve çıkarma yetkisine sahip olduğundan hareketle işveren vekili olduğu sonucuna varılmıştır. Öncelikle davacı bölge Müdür Yardımcısı olduğundan işyerinin bütününe sevk ve idare ettiği söylenemez. Diğer yandan, Bölge Müdürü ve davacıya verilen vekaletnamede işçi alma işlemlerini yapmaya, işçi çıkarma işlemlerini ise Genel Müdürün onayı ile gerçekleştirmeye yetkili oldukları belirtilmiştir. Vekaletnameye göre davacının işçiyi çıkarma konusunda tek başına yetkili olduğu söylenemez. Bu nedenle davacının işveren vekili olarak kabulü doğru olmamıştır. Yargıtay 9. HD. 20.09.2010 E. 2009/25316, K. 2010/24186, İHSGD LEGAL 2011 S.29, s. 289-291.

Ancak bu sonuncuların yani işyerinin tümünü sevk ve idare eden işveren vekillerinden sadece işçileri işe almak ve işten çıkarmak yetkisini haiz olanların kapsam dışı kalacağını düzenlemiştir. Öyleyse işyerinin tümünü sevk ve idare yetkisiyle donatılmış olmak hükmün kapsamı dışında kalmaları, güvenceden yoksun kalmaları için yeterli olmayıp; aynı zamanda bunların işçileri işe almak ve işten çıkarmak yetkisine sahip bulunmaları da zorunlu bulunmaktadır<sup>32</sup>. Yargıtayca isabetli olarak belirtildiği gibi "... işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı ünvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütünü yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir<sup>33</sup>."

***b. İş Sözleşmesinin Güvence Hükümlerine Aykırı Olarak İşveren Tarafından Feshedilmiş Olması***

***aa. Genel Olarak***

İşe başlatmama tazminatı talebine dayanak olabilecek iş güvencesine ilişkin kanuni prosedürün işletilmesi, özellikle de sözü edilen

<sup>32</sup> İşletmenin bütünü sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütünü sevk ve idare edenlerin 18inci madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Bu işyeri işletmeye bağlı bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanunu'nun 18inci maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunann insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak işletmeye bağlı bir işyerinde, bu işyerinin tümünü sevk ve idare eden, ayrıca işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Yargıtay 9. HD. 26.05.2008 gün, 2007/35929 E., 2008/12484 K.

<sup>33</sup> 9. HD. 05.05.2008 E. 2007/35813, K. 2008/11429, KAR, İş Güvencesi, sh. 243-244.

tazminatın gerçekleşmesini sağlayacak feshin geçersizliği davasının açılabilmesi, işçinin sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş bulunması halinde gündeme gelebilecektir. Başka bir söyleyişle, feshin geçersizliğinin tespiti davasının açılabilmesi veya şartları varsa özel hakeme gidilebilmesi, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi şartına bağlıdır; zira bu husus davanın maddi hukuk yönünden ön şartıdır.

İş güvencesine ilişkin hükümler sadece işverenin sözleşmeyi feshetmesi halinde uygulama imkanı bulurlar. İş güvencesi kurumunun niteliğinden hasıl olan ve işverenin fesih yetkisini sınırlayan bu esas kanunda ayrıca tasrih edilmiştir. Gerçekten, 4857 sayılı yürürlükteki İş Kanununun “feshin geçerli sebebe dayandırılması” başlığını taşıyan 18.maddesinin 1. fıkrasında “işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren” den söz edilmekte; dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin bu çerçevede uygulanabileceğine açıkça işaret edilmektedir. Bu itibarla sözleşmenin fesih dışında sona ermesi hallerinde olduğu gibi <sup>34</sup>, işçinin sözleşmeyi feshettiği durumlarda da iş güvencesine ilişkin kanun hükümleri gündeme gelmeyecektir.

4857 sayılı İş Kanunumuz iş güvencesi çerçevesinde yapılacak fesih bildirimini “geçerli bir sebep”e dayandırılmasını gerekli gördüğü gibi; bu evsafa bir sebebin fesih beyanında açık ve kesin bir şekilde belirtilmesini ve bildirim de “yazılı şekil”de yapılmasını zorunlu tutmaktadır. Öte yandan, işverenin feshe dayanak yapabileceği geçerli nedenlerin işçiye, işyeri ya da işletmenin ve işin gereğine ilişkin olabileceğini; ayrıca hangi sebep ya da olguların bu nitelikte yani geçerli sebep olarak sayılmayıp feshe dayanak yapılmayacağını da tasrih etmiştir. Demek oluyor ki, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18.

---

<sup>34</sup> İş güvencesi hükümlerinin sadece işveren tarafından kanuna aykırı olarak yapılan “sözleşmenin feshi” halinde uygulanabileceği Yargıtayın bir kararında da dile getirilmiştir.4857 sayılı yasada düzenlenen iş güvencesi ve iade hükümlerinden faydalanmak ancak akdin feshi halinde mümkündür. Davacının tayin edildiği önceki görev yerine iadesine karar verilmesi 4857 sayılı kanun hükümleri uyarınca mümkün değildir (9 HD. 10.01.2005 E. 2004/28269 K. 2005/13 ÇANKAYA O. G./GÜNAY, İ./GÖKTAŞ, S. : TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞE İADE DAVALARI ANKARA 2005, SH. 713, No. 572).

maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir.

Nihayet işverenin feshe konu olan geçerli nedeni öğrendikten sonra fesih hakkını makul süre içinde kullanması gerekir. Yargıtayca da belirtildiği gibi “makul süre davranış ve yeterlilik nedeniyle fesih, fesih hakkının kullanıldığı anda işçinin feshe konu edilen davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve işyerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyorsa; kısaca işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise makul sürenin geçmediğinin kabulü gerekir<sup>35</sup>.”

**bb. İş Sözleşmesini Kendisi Fesheden İşçinin İş Güvencesinden Yararlanamaması**

Bu itibarla, tekrar belirtelim ki, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi gibi; fesih dışında bir sebeple iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde de iş güvencesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Gerçekten de, sözleşmeyi kendisi fesheden işçinin iş güvencesi prosedürünü işletmesi, böyle bir dava açması kabil değildir. İşçi iş sözleşmesini ister bildirimli ister bildirimsiz olarak feshetmiş hatta işverenin kusurunun aşikâr bulunduğu bir nedenle feshetmiş olsa bile feshin geçersizliği davası açması ve buna dayalı olarak işe başlatmama tazminatı talebine hak kazanması söz konusu olamaz. Zira aşağıda göreceğimiz gibi, işe başlatmama tazminatına esas olabilecek böyle bir tazminat, işverenin yaptığı feshin geçersiz olduğu olgusuna dayalı olarak ortaya çıkabilecek bir işçilik hakkıdır. İşçinin sözleşmeyi “haklı nedenle” feshetmiş olması da herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Yargıtayca da belirtildiği gibi “davacının iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği anlaşılmakta ise de, haklı nedene dayansa bile iş sözleşmesini kendisi fesheden işçinin işe iade davası açma hakkı” bulunmamaktadır<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> 9. HD. 27.04.2009 E. 2008/25659, K. 2009/11669, KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh.296 vd.; aynı doğrultuda 9. HD. 12.10. 2009 E. 2008/4446, K. 2009/26662, KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 302 vd.

<sup>36</sup> (9 HD 26.11.2007 35615/35327 ÇİMENTO İŞVEREN, MART-NİSAN 2008, sh.53 vd.)

Normal olarak iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi halinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi kuşkusuz mümkün olmayacaktır. Bununla beraber sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olmasına rağmen fesih beyanının iradeyi sakatlayan bir etkenle yapılmış olması ya da işverenin dahli ile iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kötüye kullanıldığı anlaşılmaması halinde durum değişecektir. Örneğin bir Yargıtay kararına konu olan olayda işçi ve arkadaşlarının (çıkış bildirim listesinde) sözleşmelerinin fesih bildirim yoluyla feshedildiği kaydedilmiş olmasına rağmen; feshin geçersizliği davasının açılmasını engellemek amacıyla davacı işçiden istifa dilekçesi alınmıştı: Yüksek Mahkeme işverenin bu davranışının dürüstlük kurallarıyla bağdaşmadığını vurgulayarak, aksi yöndeki mahalli iş mahkeme kararını bozmuş ve iş güvencesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine isabetli olarak karar vermiştir:

*cc. İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Ermesi Hallerinde İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanması Kabil Değildir.*

Bilindiği gibi fesih tek taraflı bir hukuki işlem olup, sözleşmeyi sona erdirmek amacıyla açıklanan karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan bir irade beyanıdır. İş güvencesine ilişkin kanun hükümleri fesih dışında ve hasren işveren tarafından yapılan fesih dışında bir sebeple, özellikle tarafların anlaşması (ikale) ya da belirli sürenin sona ermesi suretiyle sözleşmenin ortadan kalkması hallerinde uygulanamazlar.

*aaa. Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışanlar*

Daha önce belirttiğimiz gibi iş güvencesi hükümlerinden çalışmasını belirsiz süreli iş sözleşmesine dayandıran işçiler yararlanırlar, yararlanabilirler. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, iş ilişkilerinin dayanağı belirli süreli sözleşme olanlar iş güvencesi rejimi dışında kalırlar. Bununla beraber belirli süreli olarak akdedilmiş ya da zincirleme olarak uygulamaya konulmuş sözleşmelerin bu nitelikte olmadığı; belirli süreli iş sözleşmeleri için kanunun zorunlu kıldığı şartları taşımadıkları anlaşılan sözleşmeler de belirsiz süreli sayılacaklarından, bu hususun anlaşılması halinde işçilerin güvence hükümlerinden yararlanabilecekleri tabiidir.

Öte yandan belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin daha önce aynı işveren buyruğunda "belirsiz süreli" iş sözleşmesiyle çalışmış olması halinde de, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği söylenemez; yeter ki, ortada sözleşmeyi belirli süreli niteliğe büründüren objektif (esaslı) nedenler bulunsun. Aksi takdirde görünüşte belirli süreli sayılan bir veya birkaç kez yenilediği söylenen sözleşmeler belirsiz süreli olarak kabul edileceğinden işçi güvence hükümleri kapsamında düşünölmek gerekecektir.

Bu itibarla, başlangıçta belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasının İş Kanununun 11. maddesinin birinci fıkrasındaki şartlara uygun olup olmadığı; aynı şekilde ard arda yapılmış yani zincirleme olarak yenilenmiş iş sözleşmelerinin objektif (esaslı) bir nedene dayanıp dayanmadığını araştırılarak sonuca göre hareket edilmesi gerekecektir<sup>37</sup>. Nitekim, Yargıtayın birçok kararında taraflarca bağitlanan ve belirli süreli olduğu tasrih edilen sözleşmenin sürekli bir işe ilişkin bulunmasının, işten ya da işçinin vasfından kaynaklanan "objektif ve esaslı" bir nedene dayanmamasının anlaşılması dolayısıyla, aradaki ilişkinin belirsiz süreli bir iş sözleşmesine dayandığı kabul edilerek, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı sonucuna ulaşılmıştır<sup>38</sup>. Kanımızca da İş Kanununun 11. maddesindeki unsur ya da

---

<sup>37</sup> (Bkz. GÜZEL, İş Güvencesi, sh 25) Yargıtay'ın (9.HD. 05.02.2007 tarihli ve E.2006/30127 K.2007/2013 sayılı) kararında, işyerinde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan davacı işçinin bir yıllık olarak akdedilip yedi kez yenilenen sözleşmesinin türünün belirlenmesi sorununa eğilmiş ve "Davacının iş sözleşmesinin birden fazla yenilenmesi, işverenin konumuna, iç mevzuatına ve davacının uzman olarak çalıştırılması esaslı nedenlerine dayanmaktadır." sonucuna ulaşılmış; bu sebeplerle de işçinin çalışmasının belirli süreli iş sözleşmesine dayandığı olgusu karşısında, işçinin güvence hükümlerinden yararlanamayacağına, isabetli olarak işaret etmiştir (Karar metni için bkz. YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.33, Haziran 2007, S.6, sh.1101 vd.).

<sup>38</sup> Halihazırdaki normatif hükümlere göre "işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Buna karşın yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir." (9.HD. 05.02.2013,



gerekleri haiz bulunmuyorsa, tarafların sözleşmeyi böyle nitelendirmeleri ya da adlandırmaları, sözleşmenin belirli süreli olduğunu kabul etmeleri kanuni buyruk karşısında bir anlam ifade etmeyeceğinden ve sözleşmenin türünü kanundaki unsurlar belirleyeceğinden ulaşılan sonuç yerindedir.

Nihayet bu konuda “azami süreli iş sözleşmelerinin sürelerinin bitiminden önce işveren tarafından feshedilmesi halinde de bu feshin geçersizliğinin iş güvencesi hükümleri çerçevesinde bir tespit davasına konu olabileceğini gözden kaçırmamak gerekir. Zira öngörülen azami süre içinde taraflarca fesih ile sona erdirilmezse iş sözleşmesi belirli- azami sürenin sonunda kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Böyle bir durumda işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talep etmesi kabil olamayacağı gibi işçinin iş güvencesi prosedürüne başvurabilmesi de mümkün bulunmayacaktır. Öte yandan sürenin sonu bilinmesine rağmen sözleşmenin her halde azami sürenin bitiminde sona ereceğine kadar devam edeceği söylenemeyeceğine göre, yani sözleşmenin öngörülen - belirlenen süreden- daha önceki bir tarihte sona ereceği mümkün bulunduğuna göre 4857 sayılı İş Kanununda yer verilen gerekler karşısında bu türden bir sözleşmenin belirli süreli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi kabil olamayacak; sözleşme öngörülen tarihten önce feshedilirse işçi güvence hükümlerinden yararlanacak, feshin geçersizliğini dava edebilecektir<sup>39</sup>.

***bbb. İş Sözleşmesi İkale ile Sona Erenlerin Güvence Hükümlerinden Yararlanamaması***

Öte yandan tarafların anlaşması (ikale) ile sona eren sözleşmeler dolayısıyla iş güvencesi hükümlerine başvurulmayacaktır. İş

---

E. 2010/20850, K. 2013/4273, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2013/2, No:37, s. 331, vd.; “İşyerinde yapılan işin sürekli olduğu ve davacının sürekli işte çalıştırılmak üzere işe alındığı anlaşıldığından iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmasını gerektirir esaslı ve objektif bir neden de bulunmadığına göre, davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerekir. (22. HD. 09.04.2012 E. 2011/9642, K. 2012/663, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2012/4, No:35, sh. 482-483).

<sup>39</sup> Bkz. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, sh. 226 vd.

sözleşmesi de diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların rızası ve anlaşmalarıyla her zaman ortadan kaldırılabilir; iş sözleşmesinin tarafları aralarında anlaşarak, diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler. Sözleşmenin sona erdirilmesi konusundaki anlaşma yani, “iş sözleşmesini sona erdirme akdi” açık olabileceği gibi zımnî (örtülü) de olabilir. Örneğin işçinin işten ayrılma isteğinin işverence kabul edilmesi halinde açık, taraflar yükümlülüklerini karşılıklı olarak yerine getirmeme yoluna gitmişlerse örtülü bir anlaşmadan söz edilebilecektir.

Bilindiği gibi ikaleye konu olan sözleşmenin türü, konusu olan işin niteliği önemli değildir; sürekli veya süreksiz işe ilişkin sözleşmeler gibi; belirli ya da belirsiz süreli olan sözleşmeler de ikaleye konu olabilirler. Sadece, kanunen şekle tabi tutulmuş bir iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce ortadan kaldırmak istendiğinde, ikalenin de bu şekle uygun olarak yapılması zorunludur<sup>40</sup> (TBK. m.13). İkaleda sözleşmeye taraf olanların işçi veya işverenin ya da vekilinin karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri sonucu ortaya çıkan yeni bir sözleşme, mevcut sözleşmeyi sona erdirme sözleşmesi söz konusudur. İkale yoluyla sözleşme karşılıklı iradelerin açıklandığı ya da açıklanmış sayıldığı anda sona ererse de, tarafların iş sözleşmesinin sona ereceği tarihi ayrıca belirtmelerine de bir engel bulunmamaktadır.

Hemen belirtelim ki, ikale suretiyle sözleşmenin sona erdiği hallerde iş güvencesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Bkz. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 336 vd.

<sup>41</sup> Yargıtay da 9.HD. 02.10.2007 tarihli ve 15135/28823 sayılı kararda “iş sözleşmesinin ikale (bozma) sözleşmesi imzalanarak tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla sona erdirildiği durumlarda işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına olanak bulunmadığına” (Karar metni için bkz. YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.34, Nisan 2008, S.4, sh.658) işaret edilmekte;

Diğer bir karar da “davalı şirkete ait 2 birimin birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan istihdam fazlalığının giderilmesi amacıyla işverence yapılan işleme işçinin muvafakat ederek iş sözleşmesinin tarafların karşılıklı iradesiyle sona erdirildiği” olgusu karşısında işçinin iade talebinin reddedilmesi

Ancak şunu da ekleyelim ki, ikale sözleşmesini imzalamış olup da iradesinin sakatlığını ileri süren işçinin bunu kanıtlaması halinde sözleşmenin bu sebeple sona erdiği kabul edilmeyecektir. Nitekim bir Yargıtay kararına konu olan olayda bu hususa değinilerek şunlar kaydedilmiştir: “Davacı yasal haklarının ödenmeyeceği baskısı altında...” iş sözleşmesinin karşılıklı olarak sona erdirilmesine ve işten çıkışının 4857 sayılı İş Kanununun 17.maddesine uygun olarak yapılmasını kabul ve taahhüt ediyorum” yolundaki ibareyi yazdığını açıklamışsa da, iradesinin sakatlandığına yönelik bu iddiasını kanıtlamak için herhangi bir kanıt dosyaya sunmamış, tanık da dinletmemiştir. Kaldı ki haklarının ödenmeyeceği şartının tek başına iradeyi sakatladığını kabul etmek de mümkün değildir. Somut olayda iş sözleşmesi tarafların karşılıklı anlaşması ile sona ermiş olduğundan davacının işe iade isteği reddedilmelidir.<sup>42</sup>

Uygulamada özellikle toplu işçi çıkarma ve işyerinin yeniden yapılandırılmasında, işverenin yaptığı duyuru üzerine tazminatlarını ödeyeceğini bildirdiği işçilerin, sözleşmelerini feshetmeleri halinde de bir fesih söz konusu olmakla beraber, işçinin iş güvencesi prosedürünü işletmesi mümkün değildir. Zira böyle bir durumda işçinin sözleşmenin sona erdirilmiş olmasında makul ve meşru menfaatin korunmuş olduğu kuşkusuzdur. İşçilik haklarını alarak işlemin tekemmülünü itirazsız kabul eden işçinin, feshin geçerli olmadığını öne sürmesi dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz.

---

gerekeceğine değinilmektedir (Bkz. 9.HD.29.01.2007 E.2006/27 27843 K.2007/1013 LEGAL 2007, S.14 sh.).

Yüksek Mahkeme “ikalenin varlığı halinde feshin son çare ve işçinin seçiminin objektif ölçülere uygun olup olmadığının ayrıca yargı denetimine tabi tutulmasını; işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılmaması”nı da iki ayrı kararda isabetli olarak vurgulamıştır (Bkz. 9.HD. 19.02.2007 3613/4552 KAMU-İş Bülteni, 2007, S.54, sh.17; 9.HD. 30.04.2007, 6394/13549 YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.33, Ekim 2007, S.10, sh 1869 vd.).

<sup>42</sup> (9. HD. 24.09.2007 13961/27954, ÇALIŞMA ve TOPLUM, S.16, sh. 262-263)

*dd. İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Fesih Usulü*

Genelde herhangi bir şekle tabi olmayan ve bir sebebe dayanılmayan ve dayandırılması zorunlu bulunmayan fesih bildirim; iş güvencesi kapsamında işveren tarafından yapılmak istendiğinde kanundaki şekle ve esasa uyularak yapılmak gerekir. Gerçekten İş Kanununa göre iş güvencesi kapsamında işçiler söz konusu ise işveren fesih bildirimini sebebini de açık ve kesin ve yazılı şekilde belirtecektir<sup>43</sup>.

*aaa. Fesih Bildiriminin Yazılı Şekilde Yapılması Gereği*

İş Kanununun 19'uncu maddesinde öngörülen feshin yazılı şekilde yapılması bu işlemin geçerliliğinin bir gereği olup; yazılı olarak yapılmayan fesih bildirimini geçersiz olarak kabul edilecektir.

Hemen belirtelim ki buradaki "yazılı şekil" bir geçerlilik şartıdır: uyulmaması yapılan feshin -başka bir hususa ihtiyaç olmadan- geçersiz sayılması sonucunu doğuracaktır. Başka bir söyleyişle, feshin yazılı şekilde yapılması geçerli sayılabilmesinin bir şartı (koşulu) olup, yazılı şekilde yapılmayan fesih bildirimini bu nedenden dolayı feshin geçersiz sayılmasına yol açacaktır.

Kanunda "işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık bir şekilde belirtmek zorundadır." biçimindeki hüküm karşısında EKONOMİ şunları kaydetmektedir: "Fesih bildirimini için öngörülen yazılı şeklin, resmi yazılı şekil olmadığı açıktır. Bu şekil, bir geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır. Geçerlilik şartı, işverence dayanılan geçerli bir sebep olduğu ve işçiye açıkça bildirildiği halde, sırf yazılı şekle uyulmadığı için feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır ki, böyle ağır bir sonucun kabulü uygun görülemez. İşveren sadece fesih bildirimini yapıldığını değil bunun geçerli bir sebebe dayandığını da ispatla yükümlü olduğu için, genellikle fesih bildirimini yazılı yapacaktır. Bildirim işçi tarafından imza edilip

---

<sup>43</sup> Maddeye ilişkin gerekçede "bu hususun, ileride işçi tarafından açılacak bir davada feshin İş Kanunu m.19 anlamında geçerli sayılıp sayılamayacağıının belirlenmesi bakımından ispat kolaylığı sağlayacağına işaret edilmiştir.

alınmadığında durumu bir tutanak ile tespit edecektir<sup>44</sup>.” “Bununla beraber, fesih sözlü olarak ve geçerli sebep de gösterilmek üzere işçiye bildirildiğinde, işveren kendisini ispat yönünden güç durumda görmüyorsa, işlemi sırf fesih bildirim yazılı yapılmadığı için geçersizliği ileri sürememelidir. Ancak aşağıda görüleceği üzere işçi sebebi açık ve kesin şekilde görebilmek ve savunması alınması gereken hallerde durumu her yönüyle bilerek inceleyebilmek için sebebin yazılı olarak verilmesini istediğinde, işveren iyiniyet kurallarının gereği olarak işçiye sebebi yazılı şekilde bildirmekle yükümlüdür<sup>45</sup>”.

Ancak hemen belirtelim ki kanımızca, burada feshin “yazılı şekilde” yapılması feshin geçerliliğinin bir kanuni gereği olup, yazılı şekilde yapılmayan feshin bu sebeple geçersiz sayılması gerekir. Öte yandan işveren fesih beyanında bildirdiği sebeple bağlı olup bunu şu veya bu şekilde değiştirmeye mezuun değildir. Bu zorunluluğun kontrolü de yazılı şekilde işlem yapılmasını gerekli kılmaktadır. Kanunda sıkı koşullara, özellikle hak düşürücü süreye bağlanmış feshe itiraz ya da dava hakkını işçinin kullanabilmesi için sebebin kendisine önceden açık, kesin ve yazılı şekilde bildirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu itibarla EKONOMİ'nin “işçi, hiçbir sebep açıklanmamış veya bildirilen sebep yeterince açık değilse, kesinlik arz etmiyorsa, sebebin belirtilmesini veya tam açık ve kesin şekilde ortaya konulmasını talep” edebileceği “hatta fesih sözlü yapılmışsa, bunun yazılı yapılmasını da” isteyebileceği yolundaki yargısının -kanunun açıklığı ve amacı karşısında paylaşılmasının güç olduğunu düşünüyoruz.

Yargıtay'ın aşağıya aynen aldığımız şu kararı bu konuyu yeterince ışık tutacak bir açıklıkta ve isabetle kaleme almıştır:

“4857 sayılı İş kanununun 19. maddesi uyarınca aynı yasanın 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yazılı

---

<sup>44</sup> (EKONOMİ, ÇİMENTO İŞVEREN sh. 13)

<sup>45</sup> (EKONOMİ, ÇİMENTO İŞVEREN sh. 13)

fesih bildiriminin de, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde içermesi zorunludur.

Yazılı şekil, ayrıca açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonu haizdir. Yazılı şekil, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Madde uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorundadır. "Geçerli sebep", yazılı fesih bildirimini ile belirtme zorunluluğu, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için zorunludur.

Fesih beyanı, İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde öngörüldüğü şekilde yazılı olarak kaleme alınmakla geçerli fesih için gerekli olan bütün şartlar yerine getirilmiş olmaz. Söz konusu beyanın, bu haliyle, yani yasal geçerlilik şartına uygun aslının da muhataba ulaşması zorunludur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uymamak feshi geçersiz kılar. Yazılı fesih bildiriminde, fesih açık ve kesin sebebinin gösterilmemesi, İş Kanunu'nun 20'nci maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur.

İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır.

Sadece fesih bildiriminin değil fesih sebeplerinin de yazılı olması ve işverence fesih bildirimini ile gerekçelerini kapsayacak şekilde altının imzalanması gerekir. İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe de dayanamaz<sup>46</sup>.

Yeri gelmişken şunu da belirtelim ki "İş Kanununun 22'inci maddesine dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde de, fesih bildirimini yazılı olması ve fesih sebeplerinin yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur. İş Kanununun 22'nci maddesi açısından dikkat edilmesi

<sup>46</sup> (Yargıtay 9.HD., 15.09.2008 gün, 2008/1011 E., 2008/23499 K.) (ÇİL, İlke Kararları, sh.225, No.100)

gereken diğer bir husus, işverenin değişiklik teklifini de yazılı yapmasıdır. Değişiklik teklifinin yazılı yapılması da geçerli bir icabın varlığından söz edebilmek için şarttır<sup>47</sup>.”

Öte yandan, aynı şekilde işverenin çalışma şartlarında tek yanlı (tarafalı) değişiklik yapamayacağını düzenleyen İş Kanununun 22'nci maddesi; işverenin çalışma şartlarında (koşullarında) esaslı değişiklik yapma arzusunu (isteğini) “yazılı” şekilde yapmasını düzenlemekte; yazılı şekilde bildirilmeyen isteklerin (değişiklik önerilerinin) bağlayıcı olmadığını öngörmektedir. İşçi işverenin önerisini altı işgünü içinde kabul etmez ise, kanun belirli şartlarla işverene sözleşmeyi feshetme yetkisi tanımaktadır ki, doktrinde buna “değişiklik feshi” denilmektedir. Buna göre işveren yaptığı değişiklik önerisinin geçerli nedene dayandığını veya fesih için diğer başka bir geçerli sebebin varlığını “yazılı” şekilde açıklayarak ve bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi fesih yoluna gidebilecektir. Böyle bir feshe karşı kanun işçiye iş güvencesi prosedürü işletmek imkânını sağlamaktadır.

Nihayet şunu da belirtelimki, feshin İş Kanununun 25. maddesine dayanması halinde 19. maddede yazılı koşulların varlığı aranmayacaktır. 4857 sayılı İş Kanununun 25/son maddesi hükmüne göre, işçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20, ve 21'inci madde hükümleri çerçevesinde yargu yoluna başvurabilecektir. Böylece İş Kanunumuz, bildirimsiz fesihle, “haklı sebep”le iş sözleşmesinin feshedildiği hallerde de, fesih işleminin iş güvencesi bağlamında yargısal denetime tabi tutulabileceğini; bu tür fesihle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde de iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini ayrıca düzenlemiştir. Ancak kanunda belirtilmediği için, bildirimsiz fesihlerde bildirim “yazılı şekilde” yapılması gerekli görülmemiştir<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> (9. HD., 15.09.2008 1011/23499, ÇİL, İlke Kararları, sh. 225, No. 100)

<sup>48</sup> İş Kanununun, 25'inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır (9.HD. 15.09.2008 1011/23499 ÇİL, İlke Kararlar, sh 225 No.100). Bu yargı Türk Borçlar

**bbb. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Bir Şekilde Bildirilmesi Gereği**

4857 sayılı İş Kanunumuz da, öncekilerde olduğu gibi, işverenin fesih bildirim hakkının (yetkisinin) herhangi bir sebebe dayandırılmaksızın, bildirim sürelerine uymak kaydıyla her zaman kullanılabilmesi esasına sadık kalmakta; feshin “geçerli sebep”e dayalı olarak yapılmasını istisnai hallerde, bazı işçiler için zorunlu tutmaktadır. Bunlar iş güvencesi kapsamına giren işçilerdir. Bu itibarla fesih bildiriminde sebep bildirme, feshin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu işveren için öngörülmüş olup, sadece iş güvencesi kapsamına giren işçiler bakımından söz konusudur.

Genelde bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini her zaman fesih bildiriyle sona erdirmek imkanına sahip bulunan işverenin fesih sebebi göstermesi, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerini feshederken gündeme gelebilecektir: işveren iş güvencesi hükümleri kapsamına giren işçinin (işçilerin) iş sözleşmelerini ancak “geçerli bir sebebe” dayalı olarak feshedebilecektir<sup>49</sup>. Genelde ise, iş güvencesi dışındaki işçiler bakımından işverenin ve/veya sözleşmenin diğer tarafı işçinin fesih beyanında bulunarak sözleşmeyi sona erdiren hukuki sonuca ulaşmaları imkânı kuşkusuz bulunmaktadır; bu durumdaki tarafların fesih beyanında bulunmaları yeterli olup,

---

Kanunu'nun bu konuda getirdiği yazılı şekli öngören hükmü karşısında tartışılacaktır.

<sup>49</sup> “İş Kanununun 19. maddesine göre işveren iş akdinin fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde bildirmek zorundadır. 14.06.2004 tarihli fesih yazısında “15.06.2004 tarihinden itibaren iş akdiniz feshedilmiştir” şeklinde olup; bu şekli itibariyle fesih geçerli kabul edilemez. Ayrıca davalı feshin haklı ve geçerli bir nedene dayandığını da kanıtlayamamıştır.” (9. HD. 26.05.2005 12317/19404 TÜHİS, C. 20, Ağustos 2006, S. 3, sh. 92 vd.); diğer bir kararda işyerinde 23.10.2008 tarihinden beri Bölge Müdürü olarak çalışan davacının 01.02.2010 tarihli yazılı fesih bildiriminde Yönetim Kurulunun 27.02.2010 tarihli kararı uyarınca görülen lüzum üzerine 01.03.2010 tarihi itibariyle haklarının ödenerek iş sözleşmesinin feshedildiği olayda Yüksek Mahkeme fesih sebebi açık ve kesin olarak bildirilmediğinden geçerli bir fesih sebebinin varlığından söz edilemeyeceğini isabetli olarak dile getirilmiştir. (22. HD. 19.04.2012, E. 2011/14422 K. 2012/7815, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 347 vd.).



ayrıca bir sebep göstermesi, göstermemesi veya gösterilen sebebin varit olup olmaması önemli değildir; sözleşmenin feshi anlamına gelecek bir beyan veya davranış iş sözleşmesinin sona ermesini sağlayacaktır.

Hemen belirtelim ki, işverenin bildirim süresine uymuş olması ya da bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödemiş bulunması, işçinin iş güvencesi hükümlerini işletmesini engellemez. Zira işçi yapılan feshin geçerli sebebe dayanmadığını veya sebep gösterilmediği iddiası ile konuyu yargıya (veya hakeme) taşıyabilecektir. İşin doğasından kolayca ortaya çıkan bu sonuç kanunda ayrıca tasrih edilmiş; işverence bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi veya bildirim şartına hiç uyulmamasının işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına engel olamayacağı tasrih edilmiştir<sup>50</sup>.

### *ccc. Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması*

#### *1) Geçerli Neden Kavramı*

İş güvencesi kapsamına giren yani, otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde, altı ay çalışmış bulunan ve kanunda tasrih edilen işveren vekili sıfatını taşımayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, bu bildirimini “geçerli bir sebep”e dayamak, daha doğrusu fesih bildirimini gerekçelendirmekle yükümlüdür (İş K m.18).

Gerçekten kanuna göre belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işveren, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işverenin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir

---

<sup>50</sup> Sözleşmeyi fesheden işverenin geçerli sebebe dayanması ve sebebini açıkça ve kesin olarak bildirmesi, bildirim süresine uymasını ya da bildirim süresine ilişkin ücreti peşin tediyesi zorunluluklarını ortadan kaldırmaz. (kaldırmayacaktır); aksi halde işverenin işçiye ihbar tazminatı ödeme yükümü gündeme gelecektir. Ancak ihbar tazminatının ödenmesi de, kuşkusuz iş güvencesi hükümlerine uymayan işverenin “işe başlatmama tazminatı” ödeme yükümünü engellemeyecektir. Kısaca söylemek gerekirse, “İşverence bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi veya bildirim şartına hiç uyulmaması, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını” engellemeyecektir (İşK. m.13/6) (EKONOMİ, ÇİMENTO İŞVEREN, sh. 13).

sebebe (nedene) dayanmak zorundadır. İş Kanununu izleyen hükümlerinde yapılmak istenen feshin usulünü (fesih sebebinin yazılı olarak ve açık şekilde gösterilmesi gereğini) ayrıca düzenlemekte; hangi sebeplerin bu nitelikte olmayacağını tasrih etmekte fakat nelerin geçerli sebep sayılacağı konusunda ayrıca somut bir düzenlemeye yer vermemektedir. Bildirimsiz feshe dayanak yapılacak haklı sebepler gibi, iş güvencesi kapsamındaki fesih bildirimlerinin dayanak yapılacağı geçerli sebeplerin de önceden tek tek belirlenmesi mümkün olmayacağı gibi, gerekli de bulunmadığından, kanun koyucunun izlediği yöntem yerinde sayılmalıdır. İş Kanunu feshe dayanak olabilecek nedenleri genel gruplar içinde soyut olarak belirlemiş, işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerle, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden hasil olan nedenlerin geçerli sebep sayılabileceğini düzenlemiştir.

Kanuna ilişkin Ön Tasarı da, feshin bildiriminde yer verilmesi gerekli sebeplerin, bildirimsiz feshe dayanak yapılacak "haklı nedenler" kadar vahim-ağır olmayan, fakat işin ve işyerinin yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller olduğu; "geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler işçinin iş görme borcunu kendisinden ya da işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve işçinin iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler" olabileceğine işaret edilmiştir.

İşveren belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin sözleşmesini, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde ancak "geçerli bir sebep"e dayanarak feshedebilir. Bu sebep ise işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işin, işyerinin yahut işletmenin gereklerinden dolayı da ortaya çıkmış olabilir.

Bu çerçevede, işveren yönünden iş ilişkisini sürdürmeyi güçleştiren her sebebin "geçerli" bir sebep sayılması gerekeceği söylenebilir. Ancak bu sebepler "haklı sebep"teki gibi, dürüstlük kuralları çerçevesinde tahammülü istenemeyecek ağırlıkta, aykırı davranışlar değildir<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Bu husus Yargıtay kararlarında sıkça tekrar edilmiştir: "Söz konusu geçerli nedenler İş Kanununun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için

### 2) Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturmayan Haller

İş Kanununa göre özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep sayılamayacaktır.

- Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlerine katılmak/İşyeri sendika temsilciliği yapmak/Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak ya da bu hususta başlatılmış sürece katılmak/Irk, renk, cinsiyet, medeni hak, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler/İş Kanunu 74. maddesinde öngörülen kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek/hastalık veya kaza nedeniyle İş Kanunu 25. maddesinin (I) numaralı bendinin alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

### 3) Feshin Geçersiz Sayılmasına Yol Açan Sebeplere Genel Bir Bakış

İş Kanunu 20. maddesinden iş güvencesi kapsamında olup iş sözleşmesi feshedilen işçinin “fesih bildiriminde sebep gösterilmediği” veya “gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı” iddiasıyla dava açılabilirliği öngörülmekte; böylece fesih bildirimine itirazın bu çerçevede yapılabileceğine işaret edilmektedir. Ancak sözü edilen kanunun feshin usulünü düzenleyen 19 uncu maddesi işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapılmasını fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilmesini, ayrıca işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle fesih yoluna gidildiğinden işçinin savunmasının alınmasını zorunlu tuttuğundan uyuşmazlığa el koyan hakim ya da hâkemin konuya bu çerçevede yaklaşması; yapılan fesih işleminin her iki

---

öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işverenin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkilerinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli veya makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir.” (9. HD 11.06.2007 tarihli ve 7999/18356 sayılı karar metni için bkz. TEKSTİL İŞVEREN, Temmuz 2008, S. 340, sh. 6).

maddede yer verilen (belirtilen) kanuni gereklere göre davayı sonuçlandırması gerekecek; bu gereklerden birinin bulunmaması halinde feshin geçersiz olduğuna karar verecektir.

Nitekim EKONOMİ de bu hususa isabetli olarak işaret etmekte sadece geçerli bir sebebin gösterilmediği ya da gösterilen sebebin varit olmadığı hallerde değil “fesh bildirimının yazılı şekilde yapılmadığının ya da fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilmediği zorunlu olduğundan işçinin savunmasının alınmadığı veya birden fazla işçinin işten çıkarılacağı durumlarda seçimin objektif ölçüye göre yapılmadığı hallerde feshin geçersizliğine karar verilebilir<sup>52</sup>.” Bu itibarla mahkeme feshin geçersizliğini tesbiti davasında iki grupsesa ve şekle ilişkin- sebeplerden herhangi birisinin bulunması halinde davacının isteği doğrultusunda hüküm tesis etmek durumunda kalacaktır.

Hemen belirtelim ki, feshe dayanak yapılabilecek “geçerli sebepler”e bu incelemede yer vermek gereksizdir. Bu konuda doktrinde ayrıntılı incelemeler yapıldığı gibi, yargıtayımızın da isabetli bir çok kararı bulunmaktadır<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> EKONOMİ, YİK. 2008, S. 8, sh. 117.

<sup>53</sup> Yukarıda 1 nolu dipnottaki eserlere ilaveten konuyla ilgili bkz. ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, SİCİL, sh.71-83; CENTEL, T.: Feshin Geçerli Nedene Dayanması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları, MERCEK, Nisan 2003, sh. 10-14; ÇELİK, N.: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, SİCİL, Aralık 2006, S. 12; EKMEKÇİ, Ö.: Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davaları, İş Kanunu Toplantı Dizisi III, İstanbul 2005, sh. 15-26; EKONOMİ, M.: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Karar İncelemesi, YKİ, S.1, sh. 29-47; AKI, E./ALTINBAŞ, H.D./BAHÇIVANCILAR, İ.: Uygulamada İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2005, MANAV, A. E.: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009; KILIÇOĞLU, M./ŞENOCAK, K.: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul, 2007; KESER, H.: 4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2012; NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu, Niteliği, Davayı

Ancak önemleri dolayısıyla özel birkaç soruna burada değinmeyi yararlı görüyoruz. Kanuni bir hakkın kullanılmasının geçerli bir sebep sayılıp sayılamayacağı; eşit işlem borcuna aykırı davranmanın feshe dayanak yapılacak geçerli sebep olup olamayacağı; haklı sebeple yapılan fesihlerin kanuni şartları taşımaması halinde hukuki çözümün ne yolda olduğu konularına kısaca değinmeyi yararlı görüyoruz.

*4) Kanuni Bir Hakkın Kullanılması Şeklinde Bir Davranışın Geçerli Sebep Sayılamayacağı*

2003 yılında uygulamaya konulan 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesi “ücretin gününde ödenmemesi” başlığı altında, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceğini öngörmekte; bu yola başvuran işçilerin bu nedenle çalışmadıkları için iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceğini ve bu işçilerin yerlerine yeni işçi alınamayacağını ve onların işlerini başkalarına yaptırılmayacağını belirterek Türk Borçlar Kanununun 83. maddesine benzer bir durumu mevzuata taşımıştır.

Bu düzenleme işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı, iş sözleşmesi gereğince çalışmak zorunda bulunan işçilere ücretinin belirli bir süre içinde ödenmemesi halinde işverenin iznine ihtiyaç olmaksızın ücretleri ödeninceye kadar iş görme borcunu ifa yükümlülüğünden bağımsızlık sağlamaktadır. Ancak kanunda ücretin kapsamı belirtilmediği için, ücret ekleri veya tamamlayıcılarının da bu kavrama dahil olup olmadığı hususunda düşünce ayrılığı ortaya çıkmıştır.

Bir Yargıtay kararında ikramiyelerin ödenip ödenmediği hususu, işgörmekten kaçınma hakkının doğumu ile doğrudan doğruya bağlantılı olduğu; bu nedenle anılan ikramiyelerin ödenip ödenmediği ödenmiş ise tarihi kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklığa

---

Tamamen ya da Kısmen Konusuz Bırakan Olgular, SARPER SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, sh. 623-655; GÜZEL, A.: İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, CAN TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005, sh. 57 vd.

kavuşturulmalı davacının eyleminin İş Kanunu 34. madde kapsamında kalıp kalmadığı ve dolayısıyla geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenerek sonuca göre karar verilmesi" gereğine işaret ederek kararı bozmuştur<sup>54</sup>.

Bu kararı inceleyen ŞAHLANAN Yargıtay'ın görüşünü paylaşmamakta, İş Kanununun 34 üncü maddesi anlamında işçiye iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı veren ücret'in geniş anlamda ücret olarak kabul etmesinin ve ikramiyenin geç ödenmesinde de işçinin hizmet sözletmesinin sinnellagmatik karakterlerine uygun düşmediğini ve Borçlar Kanununun 81 inci maddesindeki temel ilkeyle de bağlaşamayacağını dile getirmektedir<sup>55</sup>.

Yargıtay daha önce verdiği bir kararda da <sup>56</sup>Temel (asıl, kök) ücretin yanında ücret eklerinin ödenmemesi halinde de İş Kanununun 34 üncü maddesinin uygulanması imkanı bulunduğuna işaret etmiş, 4857 sayılı İş Kanununun ücreti düzenleyen hükümlerinin düzenlenme biçiminin bu sonucu gerekli kıldığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme diğer bir kararında da <sup>57</sup> 3 ay geçmesine rağmen ikramiyesi ödenmeyen işçinin çalışmadan kaçınma hakkını kullanabileceği; diğer bir kararında da İş K.nın 34 üncü maddesinde belirtilen mevduat faizinin, genel anlamda ücret yanında fazla çalışma, ulusal bayram ve hafta tatili ücretlerinin gününde ödenmemesi halinde de uygulanacağı Yargıtayca dile getirilmiştir.

Kanımızca hükmün amacına göre yorumlanması Yargıtay'ın çözümüne hak verir niteliktedir. Amaç, işçinin yegane geliri olan ücret ve eklerinin olabildiğince zamanında eline geçmesini sağlamaya yöneliktir. Kanuni korumayı asıl (temel) ücretle sınırlamak kuşkusuz bu amaca uygun düşmeyecektir.

<sup>54</sup> (Bkz. 9. H.D. 30.10.2007 19022/31935 Çalışma ve Toplum, S.17, sh. 334).

<sup>55</sup> Bkz. ŞAHLANAN, F.: Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Borcunu Yerine Getirmeme, Tekstil İşveren, Eylül 2008, S. 342, sh. 3.

<sup>56</sup> (Bkz. 9. H.D. 27.10.2004, 7054/24266 İstanbul Barosu Dergisi, 2005, S. 1, sh. 115 vd.)

<sup>57</sup> (9. H.D. 11.04.2005, 10352/12625 ÇANKAYA, O./GÜNAY, İ./GÖKTAŞ, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, sh. 417)

### 5) Eşit İşlem Yapma Borcuna Aykırı Davranmanın Geçerli Sebep Sayılıp Sayılamayacağı

İşverenin farklı işlem yapmasını gerektiren makul nedenlerin yokluğunda, aynı durum ve konumdaki işçilerine eşit davranması, daha doğrusu “işçileri arasında keyfi ayırım yapmaması” demek olan eşit davranma borcu ya da ilkesi, evrensel bir niteliğe sahip olup, topluluk ilişkilerinin bulunduğu alanlarda gündeme gelmektedir<sup>58</sup>. Hemen belirtelim ki işverenin eşit işlem yapma borcu, eşit nitelikteki ve konumdaki işçiler bakımından söz konusu olabilecektir. İşçiler arasında gerek yaradılıştan gerekse sonradan gelen birtakım vasıflar örneğin, ihtisas, kıdem, öğrenim gibi objektif; kabiliyet, beceriklilik, liyakat gibi sübjektif olan vasıflar, onların aynı işleme tabi olmalarını, aynı çalışma şartlarına bağlı tutulmalarını engellemektedir. İşveren aynı işte aynı verimle çalışan ve aynı nitelik ve konumda olan işçiler arasında ayırım yapamaz, farklı işlemde bulunamaz; aksi takdirde eşit işlem borcunu ihlal etmiş olur.

4857 sayılı İş Kanunumuzun 5 inci maddesi açıkça işverenin, iş ilişkisinin sona erdirilmesinde yani sözleşmenin feshedilmesinde eşit davranma borcuna aykırı hareket edemeyeceğini öngörmüş bu zorunluluğa uyulmaması halinde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminattan ayrı olarak yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceğini hükme bağlamıştır.

Doktrinde de işverenin eşit davranma borcunun fesih hakkını kullanırken de söz konusu olabileceği; mutlak ayırım yasaklarına aykırı olarak yapılan fesihlerin geçersiz olduğu genelde kabul edilmektedir<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNCAY, A.C.: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982, sh. 32 vd.; EKONOMİ, M.: İş Hukuku 1984, İstanbul, sh. 156 vd.; ÇELİK, N.: İş Hukuku, B. 21, İstanbul 2008, sh. 174 vd.; TUNÇOMAĞ, K.: İş Hukuku I, sh. 251 vd.; CENTEL, T.: İş Hukuku, sh. 161 vd.; NARMANLIOĞLU, Ü.: Ferdi İş İlişkileri, sh. 324 vd.

<sup>59</sup> YENİSEY, K.D.: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, SİCİL, Haziran 2006, S.2, sh. 62 vd.; aynı yazar: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, LEGAL, 2005, S. 7; ÇELİK, N.: İşletmenin,

Yargıtayımızın da birçok kararında eşit davranma borcuna aykırı hareket eden işverenin bu davranışının fesih için geçerli sebep sayılamayacağı kabul edilmiştir. Nitekim “feshe konu olan olayı başlatan işçinin yerine diğer çalışanın” iş sözleşmesinin feshinin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağını<sup>60</sup> aynı şekilde asıl sorumlu kişi yerine, olayda daha az kusurlu olan işçinin işten çıkarılmasının eşit işlem borcuna aykırı olduğunu<sup>61</sup> içtihat eden Yargıtayımız 2007 yılında verdiği bir kararda da, daha ağır disiplin cezası alan işçiyi değil daha az (hafif) ceza alann işçinin başka iş yerine nakledilmek istenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olacağını belirtmiştir<sup>62</sup>.

Bu karara konu olan olayda davacı işçiye ihtar diğer personele ise kınama cezası verilmesinin istendiği; genel müdürlükten gelen yazının üzerine “ikisinden birisinin -en uygun olanının- diğer bir şubeye atanması şeklinde bir şerh düşüldüğü; sözü edilen yazıda daha ağır ceza verilmesi istenen kişinin değil de davacının naklen atama için seçilmesinin İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşit işlem yapma borcuna uygun düşmediği Yüksek Mahkemece dile getirilmiş; işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı yargısına bu olgu gerekçe yapılmıştır.

Aynı yılda verilen diğer bir kararda çay molasını takiben toplu olarak çalışmama şeklinde 70 işçi tarafından gerçekleştirilen eylem dolayısıyla on iki işçinin sözleşmesi feshedilmiş; bunlar arasında olan davacının da toplu eylemi yönlendirdiği ve kışkırttığı iddia edilmişse de bunun belirlenemediğinin söz konusu olduğu olay dolayısıyla çıkan uyuşmazlığa eğilen Yargıtay “aynı durumda olan işçilerden büyük bir kısmı işyerinde çalışmaya devam ettiği halde davacı

---

İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, SİCİL, Mart 2008, S. 4, sh. 5 vd.; ÇİL, Ş.: Geçerli Nedene Dayanan Feshte İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Yargıtay Kararları, LEGAL, YKİ., 2007, S. 5, sh. 293 vd.).

<sup>60</sup> 9. HD 04.11.2004 8413/24957, ÇİL, İş Kanunu Şerhi, sh. 353.

<sup>61</sup> 9. HD. 02.05.2005 E. 2004/26530 K. 2005/15033 ÇİL, sh. 345.

<sup>62</sup> Bkz. 9. HD 01.10.2007 14259/28745 ÇALIŞMA VE TOPLUM 2008/1, S.16, sh. 207 vd.



işçinin sözleşmesinin feshininin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğunu; İş Kanununun 5/6. maddesinde borca aykırılığın müeyyidesinin dört aylık ücrete kadar tazminat ve işçinin ayrıca yoksun kaldığı haklarını talep edebileceğini, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması sonucu somut olayda davacı işçinin işsiz kaldığı” vurgulanarak, işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>63</sup>.

Buna karşılık Yüksek Mahkemenin (9. HD 10.04.2006 tarihli ve 2785/9027 sayılı) kararında, eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımının geçersizlik olamayacağı, haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda iş ilişkisinin sona ermesinde, eşit davranma ilkesine aykırı davranılmasının iş sözleşmesinin işveren tarafından yapılan feshi haksız kılabilceği fakat geçersiz hale getirmeyeceği; eşit davranma borcuna aykırılığın müeyyidesinin kanunda açıkça belirtildiği vurgulanmıştır<sup>64</sup>.

Bu kararlardan Yüksek Mahkemenin konuya olaylar çerçevesinde yaklaştığı izlenimi edinilmekte, işverenin eşit davranma borcunun fesih yetkisini hangi hallerde sınırladığı konusunda kalıcı bir içtihat oluşturmadığı sonucu çıkmaktadır. Yukarıda andığımız (18.09.2007) tarihli kararda işçinin fesih dolayısıyla işsiz kalmasının gerekçe yapılması; feshin geçersizliğine İş Kanununun 5. maddesindeki “işçinin yoksun bırakıldığı haklar”ın dayanak yapılması uygun olmamıştır. Zira fesih sonucu işsiz kalmasaydı, işverenin eşit işlem borcuna aykırılık söz konusu olmayacak mıydı? Sorusu ortaya çıkacaktır.

Hemen ilave edelim ki Yargıtay’ımız 2007 yılında verdiği diğer bir kararda (9. HD. 03.07.2007 14473/21553) “4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen işverenin eşit davranma borcu”nun maddede sözü edilen aynı durumdaki işçiler bakımından bir anlam ifade ettiğini; “emeklilik suretiyle işyerinden ayrılan davacı işçinin yönetim kurulu kararı ile getirilen ve belli bir süreden önce fesih

<sup>63</sup> Bkz. 9. HD 18.09.2007 28933/2694 YKİ., LEGAL, 2007/5, sh. 296, ÇİL’in incelemesi ile

<sup>64</sup> Karar metni için bkz. ÇİL, İş Kanunu Şerhi, C.II, sh. 335.

halinde liyakat pirimi ödenmesini öngören, bu yönüyle iş güvencesi sağlayan hükümden yararlanması"nın mümkün olamayacağını isabetli olarak belirtmiştir<sup>65</sup>.

Yüksek Mahkeme çok yeni bir kararında da; davalı işveren tarafından işçi çıkarırken gönüllü ayrılmak isteyenler, emekliliğine hak kazananlar ve kalanlar içerisinde 2011 yılında çalışılacak ürünlerde önceki yıl çalışanlardan başarılı olanların seçilmesi şeklinde kriterlerin belirlendiği; ek menfaatin anlaşma yolu ile iş sözleşmesini sona erdiren işçilere sağlandığı fesihlerde keyfi bir uygulamaya gidilmediği; bu durumda eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğinin kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir<sup>66</sup>.

#### 6) Haklı Sebebin Geçerli Sebebe Dönüştürülmesi (Tahvili)

Kanuna aykırı bir bildirimsiz (haklı sebeple) feshin iş güvencesi prosedürü içerisinde kanuna uygun bir fesih bildirimine dönüştürülebileceği kanunun yürürlüğe girdiği tarihten beri Yargıtayca istikrarlı bir şekilde kabul edilmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme İş Kanununun 25. maddesine dayalı olarak bildirimsiz fesihte bulunan işverenin bu tavsifi ile mahkemenin bağlı olmadığını; feshe dayanak yapılan olgunun "haklı sebep" olarak kabul edilmemesi halinde geçerli sebep sayılabiliyorsa yapılan feshin geçerli sayılabileceğini kabul etmektedir<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Karar için bkz. ÇALIŞMA VE TOPLUM 2008/1 S. 16 sh. 286, vd.; ÇİMENTO İŞVEREN C.22 Nisan- Mayıs 2008, S.3, sh. 44.

<sup>66</sup> 22. HD. 23.03.2012 E. 2011/15201, K. 2012/5338, ÇİL, İlke Kararlar, B.5, sh. 183 vd.

<sup>67</sup> İş sözleşmesinin İş Kanununun 26. Maddesinde öngörülen altı iş günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra feshedilmesi halinde fesih haksız duruma gelmekte ve davacı diğer koşulları mevcutsa ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Ancak salt sözü edilen sürenin geçirilmiş olması kural olarak, feshi geçersiz hale getirmez. Haklı nedene dayanmayan feshin geçerli nedene dayanması mümkündür. Dairemiz uygulamasına göre geçerli nedenle fesih için feshin makul bir süre içinde yapılmış olması yeterlidir. Bu nedenle altı iş günlük süre geçtiği gerekçesiyle feshin geçerli neden dayanmadığı sonucuna varılmış olması doğru değildir. 9. HD. 22.01.2007 E. 2006/28054, K. 2007/366, İHSGHD, 2007, No:15, sh. 1068.

Yargıtayın bu çözümünü doktrinde de uygun bulanlar olduğu gibi bu görüşü paylaşmayanlar da vardır<sup>68</sup>. Konuyu taşırmamak için şu kadarını söyleyelim ki, kanımızca iş güvencesi hükümlerini uygularken fesih türleri arasındaki farklılıkları bir yana bırakarak, özelliklerini göz ardı ederek sonuca ulaşmak pratik icaplara uygun görüntü verse de kanuni esaslarla bağdaştığını söylemek kolay değildir. Feshin her iki türüyle iş sözleşmesi sona ererse de, aynı olayda her iki fesih biçimi birarada mütalaa etmek veya birini diğerinin yerine ikame etmek uygun olmasa gerektir. Kısaca her iki fesih türü için iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağını kanunen düzenlenmiş olması bunların birbiri yerine ikame edilmesini; haklı sebeple feshin geçerli sebeple feshe tahvil edilmesi imkanını bahşetmese gerektir.

### 7) İspat Yükü

4857 sayılı İş Kanununun 20/2. maddesinde açıkça feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü davalı işverene terettüp ettirilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu; daha sonra içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararını istihdam fazlası

---

Aynı doğrultuda 9. HD, 19.06.2006 13620/17779, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2006/4, No: 11, sh. 211; 9. HD 09.04.2007 E. 2006/35881, K. 2007/9896, Karar için bkz. SİCİL, Aralık 2007, S.8, sh. 66 vd.

İşçinin savunma vermeyip imzadan imtina ettiği bir olayda Yargıtay da "İş Kanunu 25/II-h maddesinde yer alan haklı feshin şartlarının" gerçekleşmediğini; ancak yargılama sırasında elde edilen delillere göre davacının işini gereği gibi yapmaması, mazeretsiz olarak istirahat bitimi sonrası işe gelmemesi, arkadaşları ve amirleri hakkında olumsuz konuşması şeklindeki eylemlerinin işyerindeki iş akışını bozucu nitelikte olduğu bu durumda artık işverenden iş ilişkisini devam ettirmesinin" normal ölçülerde beklenemeyeceği; sonuç olarak feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varmıştır (9 HD. 26.01.2012, E. 2011/4865, K. 2012/586, ÇİL, İlke Kararlar, B.5, sh. 348 vd.).

<sup>68</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. KOMİTE, 2004, TAŞKENT'in Tebliği ve Genel Görüşmeler, sh.77 vd., sh. 102, 106.

meydana getirdiğini tutarlı bir şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispat etmek zorundadır<sup>69</sup>.

**ddd. Kanunen tasrih edilen hallerde işçinin savunmasının alınması gereği**

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin davranış veya verimi ile ilgili bir nedenle feshedileceği durumlarda, işçinin savunmasının alınması zorunlu tutulmuştur. 4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır."<sup>70</sup>

"Ancak işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda da savunmanın alınması işverenden beklenilmeyecektir<sup>71</sup>."

<sup>69</sup> HGK 24.02.2010, E. 2010/9-33 K. 2010/105, ÇİL İlke Kararları B. 5, sh. 1077. "...istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği; işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı ve son çare ilkesine uyulup uyulmadığı araştırılmalıdır.

<sup>70</sup> Bu hükümle işçinin işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken savunmasının alınmaması ihtar geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağı kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyile birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur. Yargıtay 9. HD. 26.05.2008 gün, 2007/37485 E. 2008/12509 K., ÇİL, İlke Kararları, SH. 236-237, NO. 104.

<sup>71</sup> Kuşkusuz İş Kanunu m. 25/II şartları gerçekleşmiş ise işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecektir (Maddeye ilişkin Gereke'den).

*eee. Feshin Son Çare Olma İlkesine Uyulması*

İş mücadelesi yöntemlerinden özellikle greve başvurmada da gündeme gelen bu ilke, iş güvencesi hukukunda da önemli bir işleve ya da yere sahiptir. Kaynağı ve sebebi ne olursa olsun fesih en son yapılması gereken bir işlemdir. Eğer işveren işçisinin iş ilişkisinin sürdürülmesini sağlayacak başka bir yönteme ya da imkana sahipse fesih yöntemini uygulamaya koyması caiz değildir. İşveren fesih yoluna başvurmadan işçinin ilişkisini sağlayacak başka bir işte ya da diğer bir işyerinde çalıştırma imkanı sağlamak zorundadır. İş Kanunumuz bu ilkeye açıkça yer vermemiş, bu konuda herhangi bir düzenleme yapmamışsa da, gerek doktrin gerekse de yargı kararları öteden beri feshin son çare olarak düşünülmesi gerektiğini kabul etmektedirler.

Nitekim Yargıtayımız verdiği kararlarda da bu esasın göz önüne alınarak, yapılan feshin geçerli olup olmadığını değerlendirmek gereğine işaret etmiştir. Örneğin Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 23.01.2007 tarihli kararında, davacının çalıştığı pozisyonun şirket yönetim kurulu kararıyla kaldırılacağı tartışmasız olduğu olayda, davalı işverenin davacının başka bir bölümde niteliklerine uygun iş olmadığı için başka bölümde değerlendirilemediğini savunduğunu ve bunu dinlettiği tanık ifadeleriyle doğruladığını fakat bu tanıkların halen işyerinde çalışan kişiler olduğunu vurguladıktan sonra, mahkemece gerekirse keşif icra edilerek pozisyonu kaldırılan davacı işçinin başka bir bölümde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığına karar verilmesi gereği dile getirilmiştir<sup>72</sup>.

Yine benzer bir olayda, işçi çıkarılmasını gerektiren ekonomik ve işletmesel kararın mevcut olduğuna göre üzerinde durulması gereken hususun, "fesihten önce ve sonra işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunup bulunmadığının, feshin son çare olup olmasının göz önünde bulundurulup bulundurulmadığıdır," yargısını serdeden Yüksek Mahkeme<sup>73</sup> diğer bir kararında, yasaya

<sup>72</sup> (E. 2006/28050 K. 2007/340 TOPRAK İŞVEREN, Eylül 2007, S. 75, sh. 23-24)

<sup>73</sup> (9 HD. 24.12.2007 24415/38774 ÇİMENTO İŞVEREN, C.22, Mart 2008, S.2, sh. 52 vd.)

uygun bir alt işverenlik uygulamasının yeniden yapılanma tedbiri olarak feshine dayanak olacak geçerli bir neden olduğunu, ancak feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulması gereğini tekrar etmiş<sup>74</sup>; yine aynı dairenin 01.10.2007 tarihli ve 14264/28749 sayılı kararında da<sup>75</sup> 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesine uygun olarak kurulan asıl işveren- alt işveren ilişkisi sonucu personel fazlalığının doğması halinde, farklılık teşkil eden personelin bu sebeple işten çıkarılmalarının geçerli nedene dayandığı; ancak feshin son çare olması ilkesinin gözönünde bulundurulmasının gerekli olduğu isabetli olarak vurgulanmıştır.

Aynı şekilde Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesinin aynı konuda verdiği 12.06.2007 tarihli ve 8740/18743 sayılı kararında, işyerinde şoför olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin psiko- teknik muayene sonucu yetersiz görülmesi üzerine, bu sebeple sözleşmesinin fesh edildiğini öne süren davalı işverenin savunmasına değer vererek iş güvencesi hükümleri gereğince açılan davanın reddine ilişkin mahalli mahkeme görüşü Yargıtay'ca kabul edilmediği; Yüksek Mahkeme "feshin son çare olması" ilkesine uyulmadığının belirlenmesi durumunda işe iade kararı verilmesinin gerektiğini; bununla birlikte somut olayın özelliği gereği davacının şoförlük görevini ifa etmesinin mümkün olmadığı, psiko- teknik değerlendirmeler sonunda değerlendirdiği için, davacı işçinin eski işi yerine çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm tesis edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir<sup>76</sup>.

Yargıtayın bu kararındaki çözümü benimseyenler ve karşı çıkanlar da vardır. Nitekim ŞAHLANAN, işçinin kanunda açıklandığı gibi "eski işine iade" edilebileceğini; Yargıtay'ın bu kararda ulaştığı sonucu "feshin son çare olması" ilkesine dayandırıldığını; ancak bu ilkenin yasada yer almadığını, işverenin ekonomik neden-

---

<sup>74</sup> (9. HD 22.10.2007 17306/31062 ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 17, sh. 147-148)

<sup>75</sup> (TOPRAK İŞVEREN Haziran 2008, S.78, sh. 23)

<sup>76</sup> Karar metni için bkz. TEKSTİL İŞVEREN, Haziran 2008, S. 339, ŞAHLANAN'ın incelemesiyle. Aynı karar SİCİL, Mart 2008, S.9, sh. 62 vd.da CANBOLAT tarafından incelenmiştir.

lerle işçi çıkarma yoluna giderken bu ilkenin göz önünde bulundurulmasının ilgili maddenin gerekçesinde ifade edildiğini; bu itibarla bu ilkenin işçinin yetersizliğini açıkça “feshin için geçerli sebep sayan yasa hükmünün uygulanmasının önüne geçirilebilmesi gerektiğini, özellikle belirli bir mesleğin icrası için işe alınmış bir işçinin mesleki yetersizliğinin ortaya çıktığı durumlarda, feshin son çare olması ilkesinden yola çıkarak, işçinin yetersiz olduğu eski işi yerine çalıştırılabileceği herhangi bir işe iadesine karar verilemeyeceğini dile getirerek kararı eleştirmektedir<sup>77</sup>. Aynı kararı inceleyen CANBOLAT ise Yargıtay’ın görüşünü isabetli bulmakta; iş güvencesinin temelinde iş ilişkisinin ve bunun hukuki temeli olan iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama düşüncesi yattığını; bu durumun feshin işleminin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesinde olduğu gibi, işçinin işe iadesi yönünden de göz önüne alınması gereken temel düşünce olması gerektiğini belirtmekte ve burada sözü edilen “iş” in mutlak anlamda işçinin fesihten önce çalışmakta olduğu iş olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır<sup>78</sup>.

Kanımızca da, iş güvencesine ilişkin hükümlerinin nihai amacının ilişkiyi, iş ilişkisini ayakta tutmak olduğu göz önüne alınırsa, işçinin işverence mümkün görülen herhangi bir işte çalıştırılabileceğini; bunun her halükarda eski işi olmasının zorunlu bulunmadığı, bu sebeple Yargıtay’ın çözümünün daha uygun olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> (Bkz. ŞAHLANAN, F.: İşçinin Mesleki Yetersizliği Sabit Olmasına Rağmen Çalıştırılabileceği Başka Bir İşe İadesi, Karar İncelemesi TEKSTİL İŞVEREN, Haziran 2008, S. 339, sh. 3-4) Yazar Yargıtay’ın görüşünün yasal düzenlemeye aykırı olduğunu; ayrıca işyerin işçi almanın takdirinin yargıya ait bulunmayıp işverene ait olduğunu ilave etmektedir.

<sup>78</sup> (CANBOLAT, T.: Psiko Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir, SİCİL, Mart 2008, S. 9, sh. 62 vd.)

<sup>79</sup> Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihadına göre: “Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme sisteminde ifayı engelleyen bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum

## 2. İşçinin Mahkeme (ya da Özel Hakeme) Başvurarak Feshin Geçersizliğini Tespit Eden Bir Karar Almış Olması

Bu konunun incelenmesine geçmeden önce şunu belirtelim ki İş Kanunumuz feshin geçersizliğinin tespiti işinin “özel hakem” tarafından da yapılabileceğini de düzenlemiş ise de, biz durumu sadece İş Mahkemesinde açılacak dava çerçevesinde inceleyeceğiz. Başka bir söyleyişle, İş Kanunumuzda iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliğinin tespiti hususunda mahkeme (yargı yolu) yanında tarafların anlaşarak özel hakeme de başvurulabileceği öngörülmekte ise de; uygulamada konu genellikle yargıya götürüldüğü için biz burada mahkemede ikame edilecek dava yönünde konuya eğileceğiz.<sup>80</sup>

İş güvencesi kapsamı içinde bulunan işçi işveren tarafından yapılan feshin kanuna aykırı olduğu kanısında ise konuyu yargıya götürebilecek ve bu bağlamda feshin geçersizliğinin tespitini isteyebilecektir.

### *a. Tespit Davası Açılabilmesi ve Mahkemece Kabul Edilebilmesi için Gerekli Şartlar (Dava Şartları)*

Yukarıda yaptığımız tanım ve konuyu düzenleyen 4857 sayılı kanun hükümlerinden işe başlatmama tazminatının iş güvencesi prosedürünün işletilmesi sonunda talep edilebileceği açıkça ve kolayca anlaşılmaktadır.

İşe başlatmama tazminatının gündeme gelebilmesi iş güvencesi kapsamında bulunan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin

---

araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi); işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi) ve feshin son çare olması ilkesi açıklığa kavuşturulmalıdır. 9. HD. 06.10.2008 30274/25209; 9 HD. 11.09.2008 25354/23401; 9 HD. 1.12.2009, 7388/32542. Karar metinleri için bkz. KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 1110 vd.

<sup>80</sup> Gerçekten de özel hakemden alınacak bir kararla da bu koşulun ya da gereğin yerine getirilmesi mümkündür. Ancak bu yola başvurmak çok istisnai olarak gündeme gelecektir.



işveren tarafından kanuna aykırı olarak feshedildiği iddiasıyla belirli süre içinde mahkemeye bir dava açıp yapılan feshin geçersizliğini tespit ettirmesini zorunlu kılmakta; feshin geçersizliğini tespit eden bu kararı alan işçinin, işe başlatması için belirli süre içinde işverene başvurması gerekmekte; nihayet, usulünce yapılan bu başvuruya rağmen yine belirli bir süre içinde işçiyi işe başlatmaması halinde tazminatı talep hakkı doğmakta, işçi tazminata hak kazanmaktadır.

*aa. Davanın Tanımı ve Özellikleri*

Feshin geçersizliğinin tespiti davası, iş güvencesi kapsamına giren işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde işlemin kanuna aykırı olduğu iddiasıyla geçersizliğinin tespitinin mahkemeden istendiği bir davadır. Bu dava aşağıdaki özellikleri gösterir:

- Bu dava iş güvencesi hükümlerine aykırı olarak iş güvencesi kapsamına giren işçinin sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde açılır.

- Dava fesih bildirimini suretiyle sözleşmesi feshedilen ve iş güvencesi kapsamında olan işçi tarafından işverene karşı açılır<sup>81</sup>.

- Dava feshe dayanak yapılan sebebin geçerli olmaması ya da fesihte hiçbir sebebe dayanılmaması halinde ayrıca diğer kanuni gereklere aykırılık halinde sonuçlanabilir. Hemen belirtelim ki bu durum dışında da iş güvencesi prosedürünün işletilebileceği bazı hallere de kanunda ayrıca yer verilmiş bulunduğundan sözü edilen durumların gerçekleştiği hallerde de feshin geçersizliği davası açılabilecektir. Gerçekten İş Kanunumuzun 22. maddesinde düzenlenen doktrin ve içtihatla “değişiklik feshi” diye adlandırılan bu yöntemle sözleşmesi feshedilen işçiye de iş güvencesi prosedürünü işletebilmek imkanı verilmekte; sözü edilen maddede belirlenen koşullara

---

<sup>81</sup> “İş sözleşmesinin feshedilip edilmediği ortaya çıkmadan feshe bağlı hakların dava konusu edilmesi mümkün değildir. Buna göre dava konusu tazminat ve alacak bakımından dava açma koşulu gerçekleşmeden açılan davanın usulen reddi gerekir.” (22. HD. 06.04.2012 1962/6570, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2012/4, No: 35, sh. 496 vd.).

aykırı şekilde yapılan feshin yargıya (ya da özel hakeme) götürülebilmesi hakkı saklı tutulmaktadır<sup>82</sup>. Aynı şekilde İş Kanunu 29. maddesi çerçevesinde yapılacak “toplu işçi çıkarma” işleminin kanuni şartlara aykırı olarak uygulanması halinde, işçi iş güvencesine ilişkin prosedüre uyarak feshin geçersizliği davası açma hakkına sahip bulunmaktadır (İşK. m.29/VIII.).

- Dava iş mahkemesinde açılır. Bidayet (İlk derece mahkemesi) kararı Yargıtayca bozulsa bile üst mahkeme tarafından kesin karara bağlanır.

#### **bb. Davanın Tarafları**

Feshin geçersizliğinin tesbiti davası, iş güvencesi kapsamında bulunan ve işvereni tarafından feshine maruz kalan (muhatap olan) işçi tarafından açılabilir. Eğer koşulları varsa Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri çerçevesinde sendikasıncaya tayin edilen avukat (vekil) aracılığı ile de dava açılması mümkündür. Bu iş hiç kuşkusuz sendikadan bağımsız olarak işçinin kendisinin tevkil ettiği avukatı eliyle de yapılabilir.

Hemen belirtelim ki, ister münferiden olsun isterse “toplu işçi çıkarma” yoluyla sözleşme feshedilmiş olsun, feshin geçersizliğinin tesbiti davası her bir işçi tarafından ikame edilmek gerekir. Başka bir söyleyişle, aynı işyerinde birden fazla işçinin sözleşmeleri aynı zamanda feshedilmiş olsa bile, yine işçilerin her birisi ayrı dava açmak zorundadırlar<sup>83</sup>. Uygulamada çokça rastlanan bir durum asıl-alt işverenlik ilişkisinin bulunduğu durumlarda asıl işverene de husumetin yöneltip yöneltilmeyeceği hususunda karşımıza çıkmaktadır.

Hemen belirtelim ki, asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde de işçinin açtığı davada hükmün alt işvereni isdihdaf edecek şekilde verilmesi gerekir. Yargıtayımız ise, işe başlatmama tazmina-

<sup>82</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. NARMANLIOĞLU, *Ferdi İş İlişkileri*, sh. 474 vd.

<sup>83</sup> Bir işçinin birlikte bu davayı açmış oldukları bir olayda Yargıtay davanın tefrik edilerek ayrı ayrı hükme bağlanması gereğine isabetli olarak karar vermiştir (Bkz. GÜNAY, *Tebliğ*, sh. 96).

tının asıl-alt işveren tarafından müştereken ve müteselsilen ödetilmesi şeklinde karar verilmesi gerektiğini içtihat etmiştir<sup>84</sup>. Gerçekten İşe başlatmama tazminatından asıl işveren ve alt işverenin birlikte sorumlu olduklarını dile getiren<sup>85</sup> Yargıtayımız, asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde, asıl işverene de husumet yönelttiğini; alt işverenle birlikte asıl işverene karşı da davanın açılması gerektiğini içtihat tesis etmiştir<sup>86</sup>. Yüksek Mahkeme diğer bir kararında da, asıl-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti halinde davanın alt işverene veya alt işverenle birlikte asıl işverene karşı açılması gerektiğini belirtmiştir<sup>87</sup>.

Kanımızca bu aşamada davanın açılmasında hiçbir dahli olmayan asıl işverenin bu davada hasım gösterilmesi gerekli değildir. Davanın işçilik haklarından asıl işveren de kanun gereği müteselsilen sorumlu olacaktır. Başka bir anlatımla, asıl işverenin sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu olup; kanun gereği gündeme gelmektedir. Asıl işverenin de feshin geçersizliğinin tesbiti davasında hasım gösterilmesi, onun da davaya dahil edilmesi şartına bağlı olmadığı gibi gerekli de değildir. Alt işverene karşı açılacak feshin geçersizliğinin tesbiti davasının olumlu sonuçlanması “feshin geçersizliğinin belirlenmesi şeklinde sonuçlanması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar kesinleşecektir. Başka bir söyleyişle mahkemece feshin geçersizliğine karar verilince kanuni süresinde alt işverene başvurusu ve

---

<sup>84</sup> “Asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda Yargıtay feshin geçersizliğine karar verildiğinde davacının alt işverene iadesine; işe başlatılmama durumunda davalılar(asıl-alt işveren) tarafından tazminatın müştereken ve müteselsilen ödenmesi gerektiğine; “işe iade kararının asıl işvereni kapsar şekilde hüküm kurulamayacağını” işe iade kararının alt işveren hakkında kurulabileceğini öngören 9. HD.nin 25.01.2006 tarihli ve 37065/1305 kararı için bkz. ÇİL, Şerh, sh.1458 vd. No:1211.

<sup>85</sup> Bkz. 9. HD. 30.01.2006 29/1807 ÇİL, Şerh, sh. 1457 No: 1210

<sup>86</sup> Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 25.1.2006 tarihli kararında: “asıl işveren durumunda olan davalı ( ) hakkında husumet nedeniyle davanın reddine karar” veren mahkeme kararını hatalı bulmuştur (E. 2005/17943 K. 2006/1302 ÇİL, Şerh, sh. 1457 No:1210).

<sup>87</sup> Bkz. 9. HD. 3.04.2007 4298/13555 GÜNAY, Tebliği, sh. 97.

çalışmaya amade olmasına rağmen işveren işe başlatılmayan işçi 4-8 (ya da 1 yıllık) ücreti tutarındaki işe başlatmama tazminatını alt işverenden veya asıl işverenden ayrı ayrı ya da birlikte talep etme hakkına sahip olacaktır<sup>88</sup>.

Yargıtayın son zamanda istikrarla benimsediği görüşe göre: 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarına göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik resen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarının ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksine bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı kanunun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre işe iade davalarına özgü olarak asıl işveren- alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Bkz. NARMANLIOĞLU'nun tebliği ÜÇLÜ İLİŞKİLER, sh. 87 ve öncesi.

Yargıtay asıl -alt ilişkisinin mevcudiyeti halinde davanın alt işverene karşı veya alt işverenle birlikte asıl işverenle birlikte asıl işverene karşı açılması gerektiğini içtihat etmiştir. (9. HD. 3.4.2007 4298/13555, GÜNAY TEBLİĞİ, sh. 97) "Sadece alt işverene karşı dava açıldığında, işe başlatılmayan işçinin sonradan işe başlatmama tazminatını işverenden de talep edebileceği kabul edilmelidir. Zira asıl işverene karşı bir aylık süre içinde işe iade davası açılmamış olmasının yasadan doğan birlikte sorumluluğu ortadan kaldırmaz." ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukuku İşe İade Davaları, B.2, Ankara 2006, sh. 228. Yargıtayın diğer bir kararına göre: "... dava konusu olayda asıl işveren Sağlık Bakanlığı ile alt işveren Gold Ltd. Şti. İlişkisinin muvazaalı olmadığı belirtilmesine rağmen davalı Bakanlık aleyhine açılan davanın reddine karar verilmesi, ayrıca işe başlatılmadan doğacak haklardan alt işveren ile birlikte asıl işveren Sağlık Bakanlığı'nun birlikte müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken sadece iş güvencesi taminatı yönünden davalı Bakanlığın birlikte sorumluluğuna karar verilmiş olması hatalıdır." 22. HD. 06.04.2012 E. 2011/13797 K. 2012/6525, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2012/4, No: 35, sh. 499.

<sup>89</sup> 22. HD 06.07.2012 9021/15875, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 343.

Her ne ise şimdi asıl konumuza dönersek, hangi türden fesih olursa olsun, tekemmül etmiş bir fesih işlemine karşı geçersizlik davası açılabilir; işverenin fesih tasavvuru ya da işçinin, işverenin feshe tevessül edeceği zannı ile böyle bir davanın açılması kabul değildir. Bilindiği gibi, fesih tek taraflı bir hukuki işlem olup, sözleşmeyi sona erdiren bir irade beyanı, açık bir fesih beyanı ya da bu anlama gelen bir davranış olarak ortaya çıkacaktır. İşveren tarafından sözleşmenin şu veya bu şekilde ister kanuna aykırı olarak açıkça feshedildiği haller gibi fesih anlamına gelen söz ve davranışlar da bu kapsamda düşünülecektir. Örneğin işçinin rızası hilafına iş ilişkisinin askıya alınması bir fesih olarak kabul edilecektir; aynı şekilde işçinin rızası olmaksızın ücretli izne çıkarılması halinde de sözleşmenin feshedilmiş olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Daha önce belirttiğimiz gibi bu çerçevedeki fesih işlemi dışında, özellikle tarafların anlaşması suretiyle iş sözleşmesinin sona ermesi, erdirilmesi halinde ya da belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitimine bağlı olarak ortadan kalkması, iş ilişkisinin süre bitimiyle sona ermesi hallerinde “feshin geçersizliği davası” açılması mümkün değildir. Aynı şekilde işçinin ölümü ile iş ilişkisi fiilen ortadan kalkacağından, işçinin mirasçılarının böyle bir dava açmaları da söz konusu olamayacaktır<sup>90</sup>.

Şunu da ekleyelim ki, kanunen iş güvencesi kapsamına giren işçilerin işverenlerin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunsa bile; feshin geçersizliği davası açılabilir. Zira işveren iş güvencesi kapsamında olan işçiler için toplu iş sözleşmesindeki prosedürün –güvenceye ilişkin hükümlerin- uygulanması gerektiğini öne süremeyecektir. Bu türden bir sözleşme hükmü, iş güvencesinden yararlanabilen işçiler bakımından bağlayıcı değildir; mahkeme de bu hususu resen göz önüne almak zorundadır; zira 4857 sayılı kanunun bu konudaki hükümleri mutlak emredici nitelik taşımaktadır.

---

<sup>90</sup> Muris işçi tarafından açılmış bir dava söz konusuysa, ölümün davayı ne şekilde etkileyeceği sorunu ortaya çıkabilecektir. Bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir.

Nihayet Yüksek Mahkememiz davanın görevsiz yargı yerinde (idari yargıda) açılmış olması halinde -adli yargı düzeni içinde öngörülen hak düşürücü süre zarfında açılması şartıyla- idari kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren on günlük süre içinde görevli adli yargı (iş mahkemesin) de aynı nitelikte olan davanın açılacağı kabul etmektedir<sup>91</sup>.

*cc. Davanın Kanuni Süre İçinde Açılması*

Sebebi ne olursa olsun, işçi hangi kanuna aykırılığa dayanırsa dayansın, feshin geçersizliği davasının kanunen belirlenen süre içinde açılması zorunludur. İş Kanunumuz feshin geçersizliğinin tesbitine ilişkin davanın işveren tarafından sadır olan fesih bildirimini işçiye bildirilmesinden başlayarak bir aylık süre içinde açılmasını öngörmektedir. Mahkemenin ilk ve resen incelemesi gereken hususlardan, dava şartlarından olan bu sürenin geçirilmiş olması halinde davanın dinlenilmesi kabil olmayacaktır.

Gerçekten de kanunen öngörülen bu süre "hak düşürücü" bir süre olup, başlangıcı da fesih bildirimini tebliği tarihidir. Sözü edilen sürenin niteliği, davalı tarafından öne sürülmesi bile mahkemece re'sen (kendiliğinden) göz önüne alınmasını gerektirmektedir<sup>92</sup>.

Öte yandan sözleşme ya da personel Yönetmeliğinde feshe karşı itiraz edilebileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmış olsa bile, bu durum kanuni süreyi etkilemez. Hatta işçinin bu süreye -bir aylık dava açma süresine- rastlayan hastalığını raporla tevsik etmiş olması

<sup>91</sup> HGK'nun 07.02.2008 Tarih ve 21-138/204 sayılı karar metni için bkz. KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 888, dipnot 392.

<sup>92</sup> İş sözleşmesi bildirim süresi verilerek feshedilmiş bulunsa bile, dava açma süresi bildirim süresinin bitiminde değil, bildirim yapıldığı tarihten itibaren hesabedilmek gerekir. İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar. Yargıtay 9. HD. 18.02.2008 T. 2007/42394 K. 2008/208, sh. 1104. "Bir aylık dava açma süresi hak düşürücü nitelikte olup, yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır. Dairemizce bir aylık dava açma süresinin başlangıcı fesih iradesinin işçiye ulaştığı tarih olarak kabul edilmektedir (22 HD. 28.06.2012 614/14738, ÇİL, İlke Kararlar, sh. 341 vd.).

da, kanuni sürenin işlemlerini engellemeyecektir<sup>93</sup>. Zira bu sürenin kesilmesi veya durması söz konusu değildir<sup>94</sup>.

Bu itibarla iddialarını işverence yapılan feshin kanuna uygun olmadığı olgusuna dayandıran işçi (davacı), davayı fesih bildirimının kendisine yapılmasından itibaren bir ay içinde açmak zorundadır. Bir aylık sürenin hesaplanması konusunda İş Kanunumuz bir düzenleme yapmadığından konuya genel hükümler çerçevesinde yaklaşmak zorundadır. Davanın bildirim işçiye tebliğ edildiği ya da işçiye ulaştığı gün (tarih)in ertesi gün başlayarak geçecek otuz günlük sürede açılması gerekir. Feshin bildirilmediği, işverenin davranış ve tutumundan anlaşılan eylemli fesih hallerinde ise, feshe ilişkin davranışın sergilendiği tarih başlangıç alınarak otuz günlük sürenin hesabı yapılacaktır<sup>95</sup>. Yargıtayımız davanın süresinde açılıp açılmadığının tespiti bakımından fesih bildirim yazısı altında tebellüğden imtina şerhini imzalayan iki kişinin mahkemece dinlenilmesi ve davanın süresinde açılıp açılmadığının kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekeceğine isabetli olarak işaret etmektedir<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Bu anlamda bkz. 9. HD. 28.04.2008 E. 2007/33478 K. 2008/10625 ÇALIŞMA VE TOPLUM 2008/4, S. 19, sh. 330-331. Aynı doğrultuda 9. HD. 18.12.2006 26214/33181 TEKSTİL İŞVEREN, Mayıs 2008, S. 338, sh. 6; 9.HD. 10.12.2007 24655/37397 ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2008/3, No. 18, sh. 405, vd.

<sup>94</sup> Ancak işe iade davalarına özgü olmak üzere asıl- alt işveren arasında zorunlu (mecburi) dava arkadaşlığının bulunduğunu kabul eden Yargıtayımız, davanın süresi içinde sadece asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması halinde, davanın hemen reddedilmesi gerektiğini; davalı olarak gösterilmeyen diğer işvereni davaya dahil etmek için süre verilmesini, verilen süre içinde diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmesini, aksi taktirde sıfat yokluğundan dolayı davanın reddedilmesi gerektiğine işaret etmektedir (22. HD. 06.07.2012 9021/15875, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 341 vd.).

<sup>95</sup> Yazılı fesih bildirim bulunmayan hallerde eylemli feshe itibar olunur. Davacının dava dilekçesinde açıkladığı fesih tarihi hak düşürücü sürenin tespiti yönünde kendisini bağlar (9. HD. 18.04.2012 10694/13628, ÇİL, İlke Kararlar, B.5, sh. 344-345. Bu anlamda bkz. 9 HD, 16.11.2009, 5126/31958; 9 HD. 22.03.2010, E. 2009/16890 K. 2010/7404, kararlar için bkz. KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 900 vd.).

<sup>96</sup> 22. HD. 28.06.2012, 614/14738, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5,sh. 344.

### ***b. Mahkemece Feshin Geçersizliğinin Tespitine Karar Verilmiş Olması***

Daha önce de belirttiğimiz gibi “Sözleşmenin feshinde usul” başlığını taşıyan İş Kanununu 19. maddesi, işverenin geçerli sebebe dayalı olarak yapacağı fesih bildirimini yazılı olarak yapılması ve fesih talebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğunu getirmekte; hükmün izleyen fıkrasında da işçinin davranışı veya verimi (verimliliği) ile ilgili nedenlerle feshedilebilmesini işçinin savunmasının alınması kaydına bağlamaktadır. Yeter ki işçinin davranışı ve tutumu İş Kanunu madde 25/II de öngörülen (belirtilen) sebeplere dayalı olmasın. Zira işverenin 25/II de (ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı bildirimsiz fesihte işçinin savunmasının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Feshin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğuna uyulmaması gibi yukarıda sözü edilen kanuni gereklerden birinin yerine getirilmemiş olması halinde yapılan feshin “geçersiz” olacağına işaret edilmektedir.

#### ***aa. Mahkemece Verilecek Kararın Muhtevası ve Kesinleşmesi***

İşe başlatmama tazminatı kanunun belirlediği prosedür içinde mahkemenin “feshin geçersizliğinin tespitine” karar vermesi halinde gündeme gelecek bir işçilik hakkıdır. Davaya bakan mahkeme işverence yapılan feshin yukarıda belirtilen kanuni gereklerle aykırı olduğu kanısına varırsa feshin geçersizliğine karar verecektir. Başka bir söyleyişle iş güvencesi esaslarına uygun olmayan fesih işleminin geçersiz olduğunu hüküm altına alacaktır. Ayrıca işçi tarafından talep edilmemiş bulursa da mahkeme işçinin işverence işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını ve boşa geçen en çok dört aya kadar hesaplanacak ücret ve diğer hakları da kararında belirleyecektir. Ancak ödenecek tazminat miktarını süre olarak belirleme yoluna gidecek herhangi bir miktara hükmetmeyecektir.

Hemen belirtelim ki, Yargıtay’ın kökleşmiş kararlarında mahalli mahkemenin kararında işverence yapılan feshin geçersizliğine ve ayrıca işçinin işe iadesine karar vermesi zorunlu tutulduğu davacı işçinin kanuni süresinde başvurmasına rağmen işverenin



süresinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin kıdemi ve feshin şekli göz önüne alınarak takdiren işçinin dört (en çok sekiz) aylık ücreti olarak belirlenmesine; davacı işçinin işe iadesi için işverene süresinde başvurması halinde hak edilecek olan ve kararın kesinleşmesine kadar azami dört aylık ücretini ve diğer haklarını davacı işçiye ödemesine karar verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Bilindiği gibi iş mahkemelerince verilen nihai kararların incelenmesi diğer adliye mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi Yargıtaya ait bulunmaktadır. Bu davalarda Yargıtaya başvurma yani temyiz süresi kararın tefhim tarihinden itibaren sekiz gündür ve bu kararlar aleyhine karar düzeltme (tashihi karar) yolu kapalı bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki 02.03. 2005 tarihinde 5521 İş Mahkemeleri Kanunu'na 5308 sayılı kanunla getirilen bir hükümlerle iş mahkemelerinde verilen kararlara karşı temyiz (Yargıtay) yolu kapatılmış istinaf niteliğindeki ara mahkemelerin "bölge adliye mahkemelerine" başvurulacağı öngörülmüştür. Ancak hukuken kabul edilmiş olan bu mahkemeler fiilen kurulup çalışmaya başlamadığı için iş mahkemelerinden verilen kararlara karşı üst mahkeme olarak Yargıtay yoluna başvurulmaya devam edilecektir.

Hemen belirtelim ki davanın iki ay içinde sonuçlandırılacağı; mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtayca bir ay içinde kesin karar verileceğini öngören kanun hükmünü yorumlayan Yargıtayımız: "kesin karar verme" hususunu Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğunu amaçladığı, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerektiğini; özel daire bozma ilamına bu nedenle uyulmasının zorunlu olduğunu ve önceki kararda direnilmesinin usul ve yasaya aykırı bulunduğunu dile getirmiştir<sup>97</sup>. Nihayet şunu da kaydedelim ki Yüksek Mahkeme dosyanın tekemmül etmediği hallerde hükmü bozarak yerel mahkemeye göndermekte; yerel mahkemenin kararını bozacaksa dosyada bir noksanlık bulunmayan hallerde şu yolda karar verip işi sonuçlandırmakta: "ya davanın reddine yahut da yerel mahkeme kararının bozularak

---

<sup>97</sup> HGK 24.02.2010 E. 2010/9-33, K. 2010/105, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 1077.

ortadan kaldırılmasına davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermektedir. Bu ikinci olasılıkta ayrıca davacının kanuni süresi içinde başvurmasına rağmen işverenin işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarını davacının (4 ile 8) aylık ücret tutarını süre olarak belirlemekte; davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en fazla dört aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine de karar verilmektedir.

*bb. Geçersizlik Kararına Bağlı Olarak Ortaya Çıkacak Hukuki Sonuçlar*

Mahkeme ya da hakem tarafından verilip kesinleşen feshin geçersizliğine ilişkin karar gereği uygulanması gereken hukuki sonuçların gündeme gelmesi, kanunun belirlediği prosedür içinde tarafların tutum ve davranışlarına göre ortaya çıkabilecektir. Başka bir anlatımla, tesbit niteliği taşıyan feshin geçersizliği kararının hayata geçirilip geçirilemeyeceği tarafların sergileyecekleri davranışlarına göre şekillenecek feshin otomatik olarak hükümsüz sayılması söz konusu olamayacaktır<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> Doktrinde bazı yazarlar ve yargıtayın bazı kararlarında mahkeme ya da hakemce tesis edilen geçersizlik kararıyla yapılan fesih işlemlerinin hükümsüz sayılacağı öne sürülmektedir. Örneğin ALPAGUT, 'feshin geçersizliğinin tespiti iş ilişkilerinin devamı anlamındadır' (Komite, 2005, tebliğ, sh.116) demektedir; aynı şekilde ALP de, 'feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde yapılmış olan feshin hiçbir etkisi' olamayacağını, feshin hiç yapılmamışçasına iş ilişkisi dolayısıyla iş sözleşmesi eskisi gibi devam edeceğini' öne sürmektedir (ALP, M.: İşçinin Feshe Karşı Korunması, sh. 23). Aynı şekilde EKMEKÇİ "Kanunun feshin geçersiz sayılarak iş ilişkisini kural olarak hiç sona ermemiş gibi devam etmesini; işverenin bunu kabul etmemesi halinde de tazminat ödenmesini öngördüğünü belirterek bu görüşe katılmaktadır (EKMEKÇİ, Ö., sh. 107).

Yargıtay da '...açılan işe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmekle iş ilişkisi kesintisiz devam eder' (9.HD. 12.04.2005 E. 2004/18066 K.2005/12952 ÇALIŞMA ve TOPLUM - S. 6, 2005/3, sh.266).

Buna karşılık doktrinde yazarların çoğu kanundaki kullanılan "geçersizlik" sözcüğünün Borçlar Hukuku anlamında bir hükümsüzlük olarak kabul edilemeyeceğini kanımızca da isabetli olarak dile getirmektedirler.

Mahkeme ya da hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilip bu karar kesinleşince, tarafların kanunda belirtilen tutum ve tavırları, kısaca davranışları sonucu aşağıdaki durumlardan birisi ortaya çıkacaktır:

aaa.) Geçersizlik kararını tebellüğ eden işçinin kanuni süresi içinde usulünce başvurmaması veya başvurmuş bulunmasına rağmen işverenin davetine uyarak çalışmaya koyulmaması/işe başlamaması halinde, sözü edilen kararın herhangi bir inikası olmayacak iş güvencesine ilişkin hukuki sonuçların gündeme gelmesi hiç bir şekilde söz konusu olamayacaktır.

bbb.) İşçinin süresinde ve usulünce işverene başvurması ve başvurunun arkasında durması yani davet edildiğinde işe (çalışmaya) amade olması, çalışmayı istemesi halinde:

1.) İşveren işçiyi işe alır, çalıştırmaya başlarsa -önceki sözleşmenin hüküm ve şartlarını taşıyan ve işçinin kıdemini saklı tutan-kanun gereği yeni bir iş ilişkisi kurulmuş olacaktır.

2.) İşveren, işçiyi çalıştırmak istemezse, işçinin çalışmasını, işe başlamasını engellerse, kanun gereği sözleşmeyi bu davranışıyla ve bu tarih itibarıyla feshettiği kabul edilecek ve işçiye 'işe başlatmama tazminatı' ödemek yükümü altına girecektir<sup>99</sup>.

---

(Özellikle bkz. EKONOMİ, M.: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, ÇİMENTO İŞVEREN, Özel Eki, C. 17, Mart 2003, S. 2, sh. 16; ÇELİK, N.: İş Güvencesi, sh. 44; SÜZEK, S. : İş Hukuku, sh. 614; UÇUM, M.: İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları, LEGAL, YİK, 2006/2, sh. 185; ŞAHLANAN, F.: Karar İncelemesi, TEKSTİL İŞVEREN, Nisan 2010, S. 361, sh. 3; MOLLAMAHMUTOĞLU ise kanunun peşin olarak hükümsüzlüğü murad etmediğini, kanuni süresi içinde işçinin başvuruda bulunup bulunmamasına göre durumun değerlendirileceğini savunmaktadır. MOLLAMAHMUTOĞLU, H., İş Hukuku, s. 761.

<sup>99</sup> Yargıtay işe başlatılmayan işçinin geçersiz fesihten dolayı hak kazanacağı işçilik hakları hesaplanırken işe başlatılmama tarihinde geçerli olan ücretin esas alınması gereğine işaret etmiştir: "Davacının feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin mahkeme kararına dayanarak süresinde işverene başvurduğu halde işe başlatılmamakla iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece işe başlatılmama tarihindeki asgari ücrete göre kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretine karar verilmesi gerekirken

ccc.) Yukarıdaki her iki halde de işveren işçiye çalıştırmadığı dört aya kadar ücretini ve bu süreye ilişkin diğer işçilik haklarını ödemek zorunda kalacaktır.

Bu itibarla işçinin süresinde ve usulünce başvurup işverenin davetine uyarak çalışmaya başlaması halinde taraflar arasında kanun gereği bir iş sözleşmesi -feshedilen sözleşmenin şartlarını ve hükümlerini taşıyan- işçinin kıdemini saklı tutan<sup>100</sup> yeni bir sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak işçinin çalıştırılmadığı dört aya kadar olan ücret ve diğer haklarının işçiye tediyesi gerekecek; buna karşılık iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak ödenmiş olan işçilik haklarının işçi tarafından işverene iadesi gerekecektir. Öte yandan usulünce işe başlamak için işverene başvuran ve çalışmaya amade olan işçiye işveren iş vermez, çalıştırmaktan imtina ederse, kısaca işe almazsa bu davranışıyla **kanun gereği** sözleşmeyi feshetmiş sayılacak; bu tarihe göre ödenmiş ya da ödenecek işçilik haklarının tediyesi gerekecek; kanunen öngörülen ve mahkeme ya da özel hakem kararında belirlenen işe başlatmama tazminatı ile ilk fesihten sonraki işçinin çalıştırılmadığı dört aya kadar tekabül eden ücreti ve diğer haklarını da işveren ödemek zorunda kalacaktır.

Kısaca ifade edersek, işverence yapılan feshin geçersizliğinin tesbit edilmesi üzerine, usulünce başvuruda bulunmak ve çağrıldığında işe başlamak durumunda olan işçinin bu davranışı karşısında kanun işverene 1) İşçiyi işe başlatma veya 2) İşe başlatmama yoluna giderek tazminat yükümü getirmiş; her iki durumda da çalışılmayan dört aylık ücret ve diğer haklarını ödeyeceğini düzenlemiştir<sup>101</sup>. Böylece inceleme konumuz olan işe başlatmama tazminatı

---

geçersiz fesih tarihindeki ücret düzeyi esas alınarak anılan alacaklara karar verilmesi hatalıdır." (9 HD 08.11.2007 26457/32875 ÇİMENTO İŞVEREN,C. 23, Mayıs 2009, S. 3).

<sup>100</sup> Kanımızca kanunun sistemi, kanun gereği yeniden kurulacak iş ilişkisinin eski (önceki) çalışma koşullarının sürdürüleceği yolunda bir çözüme cevaz vermektedir.

<sup>101</sup> Görülüyor ki, yaptığı feshin kanuna aykırılığı tesbit edilmiş bulunmasına rağmen işveren dilerse işçiyi yeniden çalıştırmaya başlayacak dilerse kanunun belirlediği bir miktar tazminatı ödemek suretiyle kanuna aykırı fesih

işverenin usulünce işe başlamak isteyen işçiyi kabul etmemesi, işvermemesi halinde gündeme gelecektir. Başka bir söyleyişle işe başlatmama tazminatı mahkemece verilen feshin geçersizliği kararına bağlı bir sonuç olmayıp, tarafların davranışlarıyla şekilleneceğinden bu taraf davranışlarını ayrıca ele almak gerekecektir. Başka bir söyleyişle sözü edilen tazminat işe başlatmama hususunda feshin geçersizliğine bağlı bir sonuç olmayıp bu karardan sonra tarafların davranışlarıyla ortaya çıkacak bir işçilik hakkıdır.

### **3. Geçersizliği Tespit Ettiren İşçinin İşe Başlamak İçin İşverene Başvurması**

İş Kanunumuz işçinin kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmasını zorunlu tutmakta; aksi takdirde yapılan feshin “geçerli bir feshin” sonuçlarını doğuracağını belirtmektedir.

#### ***a. Konuya Hakim Olan Kanuni Esaslar***

##### ***aa. İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanmanın İsteğe Bağlı Olduğu Esası***

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması onun isteğine bağlıdır. İşçi bu konuda dava açmak- açmamak hususunda serbest olduğu gibi; açtığı davayı sonlandırmak zorunda da değildir. Aynı şekilde dava feshin geçersizliği şeklinde sonuçlanmış olsa da bunu hayata geçirmek, bu konudaki kanuni prosedürü tüketmek ve izlemekle de yükümlü değildir. Özellikle işçi açtığı iş güvencesi davasını takip etmemek suretiyle müracaata bırakabileceği gibi davadan feragat da edebilecektir.

##### ***bb. İşçinin İşe Başlama- İşverenin de İşe Başlatma Zorunluluğu Bulunmadığı Esası***

Mahkeme ya da hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi işverene işçiyi işe başlatması yolunda bir zorunluluğu

---

işlemine amacına göre sonlandırabilmektedir. Ancak dört aylık ücretini ve diğer haklarını da her iki ihtimalde ödemesi tediyesi gerekecektir.

gündeme getirmediği gibi; işçinin de zorunlu olarak işe başlaması şeklinde bir yükümlülük doğurmamaktadır.

Her ne kadar, İş Kanununun, “feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunluluğundan söz ediliyorsa da; daha sonra işverenin işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatmaması halinde ödenecek tazminat miktarının da mahkemece belirleneceğini öngören açık hükmü, işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda bulunmadığını hiçbir kuşkuyla yer vermezsin ortaya koymaktadır. Öte yandan, işçinin süresinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaması halinde, işverence yapılan feshin geçerli fesih olarak kabul edileceğini öngören hüküm de, sorunu işçi bakımından açıkça çözmektedir<sup>102</sup>.

*cc. İş Güvencesine İlişkin Hukuki Sonuçların Bütünlük İçinde Düşünülmesi Gereği (Esası)*

İşçiye iş güvencesi sağlayan kanun hükümleri ve güvence için öngörülen hukuki sonuçlar bölünüp ayrı ayrı aşamalarda kullanılacak niteliğe sahip bulunmamaktadırlar. Başka bir anlatımla, iş güvencesine bağlanan hukuki sonuçlar, yaptırımlar kanuni prosedürün işletilmesi ve belirli kanuni gereklerin gerçekleştirilmesi halinde ortaya çıkarlar.

Gerçekten de, iş güvencesine ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun belirlediği prosedir, aşamalı olarak işçiye hak sağlayan bir yapıdan uzaktır. Tarafların karşılıklı yükümlerini yerine getirmeden, kanuni usul tüketilmeden -bu prosedürün belli bir aşamasında- iş güvencesi yaptırımlarını uygulamak mümkün olmasa gerekir. Özellikle işçinin süresi içinde işverene başvurması veya başvuruda bulunan işverenin davetine rağmen işe başlamamasının hukuki sonucu, işverenin yaptığı feshin geçerli bir fesih olarak kabul edileceğidir. Diğer bir söyleyişle, süresinde işverene başvurmamak gibi,

<sup>102</sup> (İşverenin işe başlatma yükümlülüğü) gibi (işçinin işe başlamak için başvurması) da kanunda zorunlu tutulmuş ancak ademi riayet halinde işveren için (tazminat +4 aya kadar ücret); işçi için geçersizliği tesbit edilen feshin geçerli sayılacağı düzenlenerek tarafların davranışları arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.

süresinde başvurup işverenin istemesine rağmen işe başlamamak da aynı hukuki sonucu doğurur: işverenin yaptığı fesih geçerli sayılır ve buna bağlı hukuki sonuçlar gündeme gelir, iş güvencesine ilişkin hukuki sonuçlar hiç bir şekilde söz konusu olmaz.

### ***b. İşçinin İşverene Başvurmasına İlişkin Hükümün Anlamı ve Kapsamı***

#### ***aa. Başvurunun Şekli***

4857 sayılı İş Kanunumuzun “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları”nı düzenleyen 21 inci maddesinin 5 inci fıkrasında işçinin kesinleşen mahkeme (ya da özel hakem) kararının tebliğinden<sup>103</sup> itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak gereğine işaret edilmekte; işçinin bu süre içinde başvuruda bulunmaması halinde işverenin yaptığı feshin “geçerli bir fesih” sayılacağını ve işverenin sadece bu tür feshin sonuçlarından sorumlu tutulacağı ayrıca belirtilmektedir.

Kanunda “başvuru”nun belirli bir süre içinde yapılması zorunlu tutulmuş; ancak başvurunun anlamı ve şekli konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Başka bir söyleyişle sözü edilen kanun başvurunun nasıl yapılacağı ve nasıl kanıtlanacağı ve daha da önemlisi başvuruda bulunmasına rağmen çağrıldığında işe başlamayan, çalışmaktan kaçınan işçinin davranışının nasıl yorumlanacağı konularında (hususlarında) bir açıklık bulunmamaktadır.

Gerçekten İş Kanunumuz işçinin işverene belirli bir süre içinde işe başlaması için başvuracağından söz etmekte; başvuru için herhangi bir şekil öngörmemektedir. Öyleyse işçi bu yoldaki iradesini

---

<sup>103</sup> İşK., İş güvencesi prosedürü içinde feshin geçersizliğini belirleyen ve kesinleşen mahkeme (ya da hakem) kararının hayata geçirilmesi açısından genel usul hükümlerine aykırı olarak işçiye tebliğ edilmesini zorunlu kılmıştır. Bu itibarla sözü edilen geçersizlik kararı işçiye tebliğ edilmeden izleyen prosedürün devam ettirilmesi kabil değildir. Zira bu tebliğ işçinin işverene işe başlatması için yapacağı başvurusu süresine başlangıç olacak; bu tarihi izleyen on günlük süre içinde başvuruda bulunmayan işçinin iş güvencesine ilişkin sonuçlardan yararlanması mümkün olmayacaktır.

sözlü veya yazılı olarak ya da bu yoldaki iradesini açığa vuran bir davranışta bulunarak ortaya koyabilir. Diğer taraftan münferiden yapılacak bir başvuru gibi, aynı durumdaki diğer işçilerle birlikte toplu olarak başvurmak da kabil olacaktır<sup>104</sup>.

Öte yandan başvurunun posta kanalıyla, mektupla, telgrafla yahut noter aracılığıyla yapılabilmesine de bir engel bulunmamaktadır<sup>105</sup>. Başvurunun bizzat yapılması gerekli olmayıp vekil marifetiyle yapılması da mümkündür. Aynı şekilde işçi başvurusunu bizzat işverene ya da vekiline yapabilecektir<sup>106</sup>. Nitekim Yargıtayımız yakın tarihli bir kararında uygulamadaki tereddütleri gidererek, işe başlama başvurusunun, “kesinleşen mahkeme kararı ile birlikte ve şahsen yapılmasının gerekli bulunmadığına; işçinin başvuruyu şahsen ya da yetkili avukatı aracılığıyla yapabileceğini; zira kanunda

<sup>104</sup> Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 23.12. 2008 tarihli ve E. 2007/32428 K. 2008/35247 sayılı kararında, işçinin (işçilerin) geçersizlik kararını aldıktan sonra herhangi bir beyanda bulunmaksızın işyerine gitmiş olmalarının, işe başlama başvurusu yapmak amacını taşıdığına kabul edilmesi gerektiğini isabetle dile getirmiştir (Karar metni için Bkz. İŞVEREN, Özel Eki Mayıs 2008, sh 23 vd.). Kararda işçilerin işyerine sokulmamaları başvurunun engellenmesi olarak yorumlanmış; bu davranışın “işe başlatmama” olgusu olarak değerlendirileceği kabul edilmiştir.

<sup>105</sup> Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 9.03.2009 tarihli kararında, başvurunun on iş günü içinde işverene bildirilmesi gerekmekte birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olduğu”nun düşünülmemeyeceği de isabetli olarak vurgulanmıştır.

<sup>106</sup> İşverene işe başlamak için bizzat başvurmak mümkün olduğu gibi işçi bunu vekili aracılığıyla da yapabilecektir. İşe başlama talebinin her halükarda bizzat işçi tarafından yapılacağı yolunda bir zorunluluğa kanunda dayanak bulmak mümkün değildir. Nitekim Yargıtayımız da “işe iade başvurusunun işçinin avukatı tarafından yapılmasının imkan dahilinde bulunduğunu; “işe iade davasında davayı vekaletname uyarınca takip etmiş olan avukat tarafından” yapılan başvurunun kesinleşen işe iade kararının yerine getirilmesi anlamında değerlendirilmesi isabetli olarak dile getirilmiştir.

Sözleşmesi alt işveren tarafından feshedilmiş olan işçinin asıl işverene; geçici (ödünç) iş ilişkisinde ödünç alan işverene başvurulamayacağı, aynı şekilde işyerinin devredilmiş olması halinde devreden işverenin başvuruya muhatap olamayacağı kabul edilmelidir.



“işçinin şahsen başvuru yapması gerektiğine dair veya işçinin iade başvurusunun ekinde kesinleşen iade kararının sunulmasının zorunlu olduğuna” ilişkin bir ibarenin bulunmadığına isabetli olarak işaret etmiştir<sup>107</sup>.

Nihayet şunu da belirtelim ki, on günlük sürenin geçirilmesi halinde olduğu gibi, mahkeme kararının kesinleşmesinden ya da kesinleşen kararın işçiye tebliğ tarihinden önce yapılacak başvurunun da kanuna uygun olamayacağı ve prosedürün bundan böyle işletilmesinin mümkün bulunmayacağı kuşkusuzdur.

#### **bb. Başvurunun Anlamı ve Kapsamı**

Burada önemli olan, çalışmayı sürdürmek, iş ilişkisini devam ettirmek arzudur. Bu arzu ise işveren davet ettiğinde onun buyruğunda çalışmaya yönelik bir davranışı gerektirmektedir. Sadece

<sup>107</sup> Bkz. 9. HD. 23.12.2008 tarihli ve E. 2007/32428 K. 2008/35247, İŞVEREN, Özel Eki Mayıs 2008, sh 23-24. Gerçekten başvurunun işverene ya da bu konuda yetkili işveren vekiline yapılması gerekli bulunduğundan işçinin bir yakınına ya da işyerindeki iş arkadaşlarından birisine yapılan başvurunun kanuna uygun olduğu söylenemeyecektir. Yargıtay geçersizlik davasını yürüten avukatın başvurusunun kanuna uygun olmadığını - umumi vekaletin davayı sonuçlandırmakla sınırlı olduğu gerekçesini öne sürerek- özel bir yetkisi olmayan avukata bu konuda başvuruda bulunamayacağına karar vermiş (9 HD 27.03.2006 E.2005/27660 K. 2006/7386 ÇİL, Şerh, sh. 1444 No: 1197); buna karşılık diğer bir kararında avukat aracılığıyla işçinin yaptığı işe iade başvurusunun geçerli olduğuna (9 HD, 02.12.2008 45501/32931 Çalışma ve Toplum 2009/2 No: 21, sh. 204 vd.) olduğuna kanımızca da isabetli olarak karar vermiştir.

Bu kararla ilgili karşı oy yazısında ise ilişkinin aktif sujesi olan işçinin “işe başlama başvurusunda çok önemli bir neden bulunmadıkça (mücbir sebep) bizzat işyerine icabet edip, ispat-ı vücut etmeli ve işe hazır ve istekli olduğunu işverene göstermesi” gereğine işaret edilerek vekil aracılığıyla telgraf ve noter teatisi ile işe başlatma başvurusunda bulunamayacağı görüşü öne sürülmüştür.

Nihayet 17.06.2009 tarihli ve E. 2009/9-232 K. 2009/278 sayılı Hukuk Genel Kurulu “İşçinin, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi, vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığıyla da ulaştırabileceğini” isabetli olarak karara bağlamıştır (Karar metni için bkz. ÇİL, Ş.: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009, s. 247, No: 109).

formel bir başvuru kanunun amacını gerçekleştiremeyecektir. Şöyle ki başvuruda bulunup, çağrıldığında işe gitmemek veya işyerine gitmekle beraber kendi inisiyatifi ile çalışmaktan kaçınmak ya da işe başlamamak “başvuruda bulunmama” olgusunu ortaya çıkaracaktır. İşçinin başvurusu soyut ve formel değil gerçekten iş ilişkisini devam ettirmeye, işveren ile arasındaki iş sözleşmesini sürdürmeye yönelik olmalıdır; bunun tevsiki ise, işçinin işveren kabul ettiğinde işe başlaması suretiyle olacaktır.

Gerçekten de, kanunun amacı (ruhu), başvuruda bulunmanın işçinin çağrıldığında işe koyulması (başlaması) gereğini kapsadığı gibi; kanunda işveren için öngörülmüş yükümlülüklerin uygulanma imkanı da işçinin işe başlaması (koyulması), çalışmaya amade olması olgusunun bulunmasına bağlıdır. İşe başlamayı içermeyen (kapsamayan) bir başvuruyu kanunun açık hükmüyle bağdaştırmak mümkün olmadığı gibi, formel bir başvuruya hukuki sonuç bağlamak da iş güvencesinin amacına ve kanuni prosedüre uygun düşmeyecektir.

Şunu belirtelim ki, “çalışma arzusu ya da niyeti” dışı vurulmadıkça, arzunun ötesine geçip fiil ve hareket, kısaca bir (davranış) haline gelmedikçe, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortaya konulmadıkça varlığı ya da yokluğu hususunda bir yargıya ulaşılması mümkün olamaz. Başka bir söyleyişle dış dünyaya yansıtılmayan bir arzu (istek) bulunmadıkça, bunun ne olduğunu yani işçinin niyetinin ne olduğunu kestirecek veya belirleyecek bir imkan ve vasıta bulunmamaktadır<sup>108</sup>.

Bu itibarla kanunun, işçinin çalışmak, işe dönmek için işverene başvuracağını öngören açıklığı bir yana; kanunun ruhu (amacı)

---

<sup>108</sup> Niyet tamamen batni, deruni (içsel) olduğuna göre, süresinde işverene başvuran işçinin davet edildiğinde işe başlayıp başlamayacağına ilişkin tasavvurlarını keşfetmek (önceden kestirmek) kabil değildir. Kuşkusuz hukuk bazı konularda niyetlerin araştırılmasına yabancı kalmaz. Fakat bu, kişinin davranışlarından açıklıkla anlaşılabilen arzular, niyetler için söz konusu olabilecektir. Bu itibarla niyet maddeten yeterli bir açıklıkla ortaya konulduğunda hukuken değerli olabilecektir. Başvuruda bulunan işçinin niyeti ise işverence işe başlatma esnasındaki davranışından anlaşılabilir. Öyleyse davete rağmen çalışmayacağını açık ya da örtülü bir şekilde ortaya koyan işçinin niyeti bu aşamada belli olabilecektir.

başvuruda bulunan işçinin işverence çağrıldığında işe başlaması gereğini kapsadığı gibi kanunda işveren için öngörölmüş yükümlülüklerin uygulanabilme imkanı da işçinin çağrıldığında işe başlaması ve çalışmaya amade olması olgusunun bulunmasına bağlıdır<sup>109</sup>. Kısaca belirtmek gerekirse işe başlamayı, yeniden çalışmaya koyulmayı içermeyen bir başvurunun kanunun açık hükmüyle bağdaştırılması mümkün olmadığı gibi, formel (biçimsel) bir başvuruya hukuki sonuç bağlamak da iş güvencesi kanuni prosedürüne ve iş güvencesinin amacına uygun düşmeyecektir.

*cc. Süresinde Başvuruda Bulunmasına Rağmen İşverenin Çağrısına Uymayıp Çalışmaya Başlamayan İşçinin Durumu*

Mahkeme ya da hakem tarafından verilen geçersizlik kararını tebellüğ edip süresinde işe başlamak için işverene başvuran ancak usulünce davet edilmesine rağmen çalışmaya yanaşmayan işçinin bu davranışı doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklı şekilde yorumlanmaktadır.

*aaa. Doktrindeki Görüşler*

Konuya ilişkin doktrindeki görüşleri üç başlık altında toplamak mümkündür.

*1) İşçinin Bu Davranışıyla Sözleşmeyi Usulsüz- Haksız Feshetmiş Olacağı*

Bu konuda öne sürölen bir görüş; mahkeme (ya da hakemin) verdiği geçersizlik kararını tebellüğ eden işçinin kanuni süresi -on gün- içinde işe başlamak için başvurmasına, başvuruda bulunmuş olmasına rağmen işverenin usulünce yaptığı davete icabet etmemesini, "işçinin iş sözleşmesini usulsüz- haksız feshettiği"; işçinin bu şekilde davranışının usulsüz- haksız fesih sonuçlarını gündeme getireceğini öne sürmektedir.

---

<sup>109</sup> Doktrinde isabetli bir şekilde işçinin başvurusunun edimin fiilen sunulması anlamına geldiği; işçinin şeklen başvuruda bulunmakla birlikte fiilen çalışmaktan kaçınması halinde başvuru gereğinin yerine getirildiğinden söz edilemeyeceği dile getirilmiştir (ALPAGUT, G.: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, sh. 246).

Nitekim MOLLAMAHMUTOĞLU<sup>110</sup> “geçerli nedene dayanmayan feshin geçersizliğine karar verilmekle işçinin işine iade edilmiş olacağını; “işçinin öngörülen sürede işverene başvurması ile geçersizliğine karar verilen” feshin hükümsüz olacağını; bu durumda işverenin kanun hükmü gereği işçiyi bir ay içinde işe başlatmak” zorunda olduğunu kaydetmekte; üzerinde durduğumuz sorun hakkında da “işverenin işe başlatma isteğine ve beyanına rağmen işe başlatmaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabulü ve daha önce peşin ödenen ücret ödemesi ile kıdem tazminatı almış ise bunları iade yükümü yanında usulsüz feshin sonuçlarından sorumlu tutulması”nın isabetli olacağını öne sürmektedir.

Aynı şekilde işe iade kararı ile birlikte önceki fesih işleminin ortadan kalktığını, sözleşmenin devam ettiğini” savunan UŞAN<sup>111</sup> da “işçinin iş için başvurmasına karşılık daha sonra işe başlamaması işçi tarafından yapılan bir fesih olarak kabul edilmelidir.” diyerek bu görüşü paylaşmakta; “daha önce ihbar ve kıdem tazminatı almışsa onun iadesinin” gerektiğini de ilave eden yazar, bu davranışıyla usulsüz fesih yapmış olan işçinin işverene ihbar tazminatı da ödemesinin zorunlu olduğunu kaydetmektedir. Aynı görüşü savunan başka bir yazar<sup>112</sup> feshin geçersizliğine ilişkin karara dayalı olarak işçinin işe başlamak için başvurusuyla feshin geçersizliğinin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ve iş sözleşmesinin hiç bozulmamış gibi devam eder hale geleceğini; işverenin çağrısına rağmen işe başlatmaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabul edileceğini öne sürmekte; yine bu doğrultuda “işçinin başvurusu üzerine işvere-

<sup>110</sup> Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU,H.: İş Hukuku, Ankara, 2004, sh. 576, B.3, sh. 763.

<sup>111</sup> UŞAN, F.: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davasının Sonuçları, KAMU-İŞ, C.10, 2008,S.1, sh. 11.

<sup>112</sup> ÜNLÜ, V. SİCİL - S.8, sh. 84; AKTAY da “işverenin davetine rağmen gelip de işe başlamayan işçi böylece iş sözleşmesini kendisi feshetmiş sayılacaktır.” (AKTAY, N.: İşe İade Davası Sonrası İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlatılmamanın Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, SİCİL, S. 3, Eylül 2006, sh.106) diyerek aynı görüşü paylaşmaktadır.

nin işe başlatma yönünde iradesi ortaya konulduğunda ise işçinin işe başlatmaktan başka çaresi” olmadığını kaydeden ÇİL<sup>113</sup> de, “işçinin işyerinde iş başı yapmaması”nın iş sözleşmesini kendisinin sona erdirmesi” olarak değerlendirileceğini; “aynı şekilde devamsızlık nedenine dayalı olarak işverenin haklı sebeple” sözleşmeyi feshedebilmesinin de mümkün olacağını savunmakta ve işe iade kararı öncesindeki feshe geçerli bir fesih gözüyle bakmanın yerinde olmadığını ifade etmektedir. Nihayet aynı görüşü yansıtan SARIBAY da, “mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiği ve işçi işe başlamak üzere işverene başvurduğunda, parasal sonuçlar kanunla sınırlandırıldığı için bunlar hariç olmak üzere, iş ilişkisi hukuki yönden hiç kesintiye uğramamışçasına” bir sonucun ortaya çıkacağını; işverenin işçiyi davet etmesine rağmen işçi işe başlamazsa, işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmiş sayılacağını öne sürmekte ve daha sonra da şunları ilave etmektedir: “İşe başlamak üzere başvuruda bulunmazsa feshi geçerli hale gelir. Başvuruda bulunduğu taktirde ise artık işveren işçiyi işe başlatmak zorundadır. Başvurunun geri alınması mümkün değildir, başvuru tek taraflıdır, işverenin kabulüne ihtiyaç duymaz<sup>114</sup>.”

2) *İşçinin Bu Davranışıyla Sözleşmeyi Haklı Sebeple (Bildirimsiz) Feshetmiş Sayılacağı*

‘Başka bir işte çalışan ve bu arada da işe başlamak üzere işverene bavurmuş işçinin, işverenin işe davet etmesi üzerine’ hukuki durumun ne olacağı sorusuna eğilen DURAN<sup>115</sup> işçinin başvurusu ile

<sup>113</sup> ÇİL, Ş.: İş Kanunu Şerhi, C.2, sh. 1417.

<sup>114</sup> SARIBAY, sh. 251; Aynı şekilde MANAV, İşçinin işverene işe başlatılmak istemesinden sonra işe başlamaktan vazgeçmesinin istifa olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır (MANAV, E.: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, sh. 408).

<sup>115</sup> DURAN, Abdurrahman: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 2006, Ankara, sh.338 vd. Yazara göre, ‘İşte bu noktada yeni bir işte çalışan işçinin, işverenin işe daveti üzerine çalışmaya başlaması iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi olarak yorumlanabilir. Bu yorum tarzı hakkaniyet duygusunu rahatsız edici nitelikte olmakla birlikte,

geçerli neden olmaksızın yapılan fesih bakımından hiç yapılmamışçasına bir etki doğacağını; işçinin başvurusu üzerine işverenin işe daveti ile de iş ilişkisinin kaldığı yerden devam edeceğini; işçinin işgörme borcunun tekrar doğacağını öne sürmekte; böylece yazar işçinin bu usulsüz - haksız feshin sonuçlarıyla sorumlu tutulabileceğine işaret etmekte; ancak bu yorum tazinin kabul edilemeyeceğini; işe iade davalarının uzun sürmesinin faturasının işçiye çıkarılması anlamına gelecek bu çözümün iş güvencesinin mantığıyla da bağdaşmayacağını; bu konuda kanunda yapılacak bir değişikliğe kadar, 'bu duruma işverenin geçersiz nedenle feshine sebebiyet verdiği' yani 'işçiyi bu davranışa işverenin davranışları sevkettiğinden' işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği yolunda bir yorum tarzının, İş Hukuku'nun işçi lehine yorum ilkesine ve hakkaniyete uygun düşeceğini belirtmektedir.

### 3) İşçinin Bu Davranışıyla Başvurma Talebinden Vazgeçmiş Sayılacağı Görüşü

Feshin geçersizliğine ilişkin kararı tebellüğ eden işçinin işe başvurmasının mahkeme kararıyla feshin hiç yapılmamış sayılması nedeniyle, bir fesih olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını; feshin hiç yapılmamışçasına ilişkinin devam ettiğine ilişkin doktrindeki görüşün kanun hükümleriyle çelişeceğini dile getiren UÇUM, 'mevcut sistemde iş ilişkisinin yeniden kurulması taraf davranışlarına bağlı olduğundan iş sözleşmesinin de ancak ihya yoluyla yeniden yürürlüğe gireceğine parmak basmakta; işçinin işverenin çağrısına, işe davetine rağmen işe başlamaması halinde, başvurudan vazgeçmiş, başka bir anlatımla 'başvurmamış' sayılacağı sonucuna ulaşmaktadır<sup>116</sup>.

---

sürecin gelişimi itibariyle, ortada işçinin feshi söz konusu olduğundan, işverenin mahkemece geçersizliğine karar verilen fesih tarihinde ödediği ihbar ve kıdem tazminatlarını, konusuz kalması nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi ve ortada bildirim şartına uymayan bir fesih bulunduğundan ihbar tazminatını işçiden talep edilebileceği söylenebilecektir.

<sup>116</sup> UÇUM, SİCİL, 2008, s.8, sh.41 vd.

Geçersiz fesih nedeniyle işçinin işe başlatılması halinde iş sözleşmesinin ihya edilmiş olacağını savunan yazara göre: “geçersiz fesih nedeniyle işçinin işe başlatılması halinde iş sözleşmesi ihya edilmiş olur. Nitekim iş ilişkisinin yeniden kurulması taraf davranışlarına bağlıdır. Mahkemece işe iade kararı verilmesi ile iş sözleşmesinin hiç fesih yapılmamış gibi hükümlerini devam ettirdiğinin kabulü bizi taraf davranışlarının yürürlükte olan iş sözleşmesine etki ettiği ve işe iade için başvurmayan işçinin de iş sözleşmesine aykırı davrandığı sonucuna ulaştırır. Bu sonuç da işçinin işverene başvurmaması halinde feshin geçerli bir fesih olarak kabul edileceğine ilişkin kanun hükmüyle çelişki oluşturur<sup>117</sup>.”

#### 4) Yargıtayın Görüşü

Yargıtay (9. HD. 11.07.2005) tarihli kararında, işçinin işverene yaptığı başvuruya olumlu cevap verilmesine rağmen işbaşı yapmayan işçinin davranışını ‘iş sözleşmesini kendisinin (işçinin) sona erdirdiğini (feshettiğini) kabul ederek hüküm kuran mahalli İş Mahkemesi’nin görüşünü paylaşmamıştır. Yasa koyucunun, işverene süresi içinde başvuruda bulunup işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yolunda bir düzenleme yapmadığına isabetli olarak işaret eden Yüksek Mahkeme ‘İş Hukuku’nun temel ilkesi olan işçi lehine yorum, yasa boşluğunun Medeni Kanun’un 1/II ‘inci maddesi uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21/V inci maddesinin kıyasen uygulamak suretiyle doldurulması gerektiğini dile getirerek; usulunce başvurup işveren çağırdığında çalışmaktan kaçınan işçinin bu davranışına ‘geçerli feshin sonuçlarının uygulanacağı’ nı içtihat etmiştir. Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken: ‘mevzuatımızda işçinin, koşulları bulunuyorsa feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin talepte bulunmasının zorunlu olmayıp isteğe bağlı bulunduğunu; bunun sonucunda işverene başvurup işe davet edilse de, işe başlamakla yükümlü olma-

---

<sup>117</sup> UÇUM, Bazı Uygulama Soruları, İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Soruları MESS SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, s.8 sh. 45.

dığını; burada 'Medeni Kanun'un 2/II inci maddesine gitmenin de mümkün olmadığını, zira işverenin işe davet edilmediği takdirde işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alabilecek davacının (işçinin) büyük bir ihtimalle başka bir işe girdiğini bildiği işçiyi işe davetinin iyiniyetli olmayabileceğini; kaldığı, önceki fesih hukuki sonuç doğurduğundan bu tarih esas alınarak ihbar ve kıdem tazminatı hesap edilmesi gereken işçinin, feshin geçersizliği kararının işçinin işe başlatılması ile sonuçlarını doğurup yasa koyucu tarafından boşta geçen sürenin sadece dört ay ile sınırlı tutulması nedeniyle askıda bulunmayan iş sözleşmesinin işe başlamak suretiyle işçi tarafından sonlandırılmasından söz edilemeyeceğine de işaret etmiştir'<sup>118</sup>.

<sup>118</sup> (E. 20810 K. 24800 sayılı karar metni için bkz. SİCİL, S.8, sh. 84 - YİK, LEGAL, S. 2, sh. 177 vd.) Hemen belirtelim ki karara ekli karşı oy yazısında ise isabetli sayılmayacak bir sonuca, doktrinde öne sürülen ilk görüşe paralel bir çözüme ulaşılmıştır. Gerçekten 11.07.2005 tarihli bu karara yazılan karşı oy yazısında ise, 'işverenin işe başlatma iradesi işçiye ulaştıktan sonra işçi işe başlamayacağını bildirir veya işe başlamazsa' İş Kanunu'nun 21/V inci madde hükmünün uygulanamayacağı; bu şekilde iradeler birleşince işçinin tek taraflı, işverenin rızası olmaksızın işe başlama iradesini -iradeyi ifsat eden haller bulunmadıkça- geri almasının mümkün olmadığı; bu aşamadan sonra akit tarafların birisinin iradesi ile veya karşılıklı anlaşarak sona erdirilebileceği; tarafların feshin sonucuna katlanmaları gerekeceği belirtilmektedir.

Karşı oy yazısındaki yaklaşıma katılmanın güç olduğunu söylemeliyiz. Burada sorun işçi tarafından yapılan başvurunun geri alınıp alınmaması sorunu değildir. Başka bir söyleyişle soruna bu şekilde yaklaşmak kabil olmasa gerekir. Zira sorun, 'başvuru' dan ne anlaşılacağı ve kanun anlamında bir başvurunun bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Karşı oyda, başvuruda bulunan işçinin isteğine işveren olumlu cevap verir işçiyi işe başlatmak ister fakat işçi işe başlamazsa, bu aşamada taraflar arasında kurulduğu söylenen iş sözleşmesinin işçinin işe başlamamak suretiyle feshedildiği öne sürülmektedir. Şu kadarını söyleyelim ki iş güvencesi prosedürü devam ederken taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu yahut da geçersizliği mahkeme ya da mahkemece saptanmış feshin dayanağı olan sözleşmenin bu aşamada ihya edilip geçerlilik kazandığı söylenemeyeceği gibi, iş sözleşmesinin askıda kaldığı da söylenemez.



### 5) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Önce şunu belirtelim ki, kanımızca, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde mahkeme (ya da hakem) tarafından verilen “geçersizlik kararı” ile işverence yapılan feshin hükümsüzleştiği ya da ortadan kalktığı yolunda serdedilen görüş 4857 sayılı kanunun getirdiği düzenleme ile örtüşmemektedir. Zira sözü edilen kanunda feshin geçersizliğine ve -kanunda açıkça öngörülmemesine rağmen-Yargıtay kararlarıyla ihdas edilen işçinin işe iadesi kararına otomatik bir etki tanınmamış, kesinleşen geçersizlik kararının işçiye tebliğinden itibaren belirli bir süre içinde işe başlamak için başvuruda bulunması ve işverenin de işçiyi bir ay içinde işe başlatması zorunlu tutulmuş, ancak işçiyi işe başlatmak-başlatmamak konusunda kendisine imkan bahşedilen işverenin davranışı ile farklı sonuçların hasil olacağı özel bir prosedür öngörülmüştür. Başka bir şekilde ifade edersek, feshin geçersizliği kararı Borçlar Hukuku anlamında bir hükümsüzlüğü ifade etmemekte; işçinin süresinde başvurmaması, başvurup davete rağmen işe başlamaması, başvuruda bulunan işçiye işverenin işe başlatması ya da başlatmaması hallerinde hangi hukuki sonuçların doğacağı kanunda ayrı ayrı düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kanun koyucu kanuna ve/veya usule, kısaca iş güvencesi hükümlerine aykırı bulunan bir feshin geçersizliği mahkemece veya özel hakem tarafından tesbit edilse bile, taraflar arasındaki iş ilişkisinin yeniden sürdürülmesini bir takım kayıt ve şarta bağlamış; tarafların bu aşamadaki davranışlarının yeniden kurulacak ilişkinin akıbetini belirleyeceğini öngörmüştür. Bu itibarla, iş güvencesi prosedürünün işlediği bir dönemde taraflar arasında ne yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğundan ne de mahkemenin geçersizlik kararıyla iş ilişkisinin devam ettiğinden söz edilemeyecektir. Mevcut olmayan bir iş sözleşmesinin şu veya bu şekilde feshi de düşünülmeyecektir.

Gerçektende yenilik doğuran işlemin bu arada feshin hükmünü icra etmemesi, bunu önleyen açık bir düzenlemeye ihtiyaç gösterir. 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmemesine rağmen Yargıtay kararlarıyla ihdas edilen ve doktrinde de benimsenen “işe iade” talebi gibi ve “işe iade kararı” da kanunun iş güvencesi hükümlerine yabancı

kavram ve kararlardır. İş Kanunu sadece feshin geçersizliğinin tesbitini öngörmüş işçiye belli sürede başvurma ve işverene de işçiye başvurduğunda işe almak zorunluluğu öngörmüş; bu zorunlulukların yerine getirilmemesi halinde doğacak sonuçları da açıkça belirtmiştir. Yargıtay ve onu takiben doktrin kanunda yer verilmeyen “işe iade”yi iş güvencesi prosedürünün mihrakı haline getirmiş; bu esasa bağlı olarak da kanun hükümleri ile bağdaşmayan bir takım mülâhazalar -kanunun isdihdaf etmediği durumlar- ortaya çıkmıştır<sup>119</sup>.

Yargı ya da özel hakem tarafından feshin geçersizliğinin tesbit edilmesi -kanunda öngörülmediği için- fesihle sona erdirilmiş ilişkiyi ihya edip, feshin sözleşmeyi sona erdirici etkisini ortadan kaldırmaz. İşçinin başvurusu üzerine işveren onu işe başlatsa bile aradaki yeni ilişkinin öncekinin devamı olduğunu söyleyebilmek imkanı bulunmamaktadır. Zira bunun için yukarıda da belirttiğimiz gibi -kanunda böyle bir açıklığın- düzenlemenin bulunması gerekir. Başka bir söyleyişle, geçersizliğin tesbiti üzerine “feshin hüküm doğurmayacağına” ilişkin bir düzenleme bulunmadığı takdirde Borçlar Hukukundaki esasları, kendine özgü bir düzenleme teşkil eden iş güvencesi prosedürüne taşımak uygun bir çözüm olmasa gerektir.

Bu itibarla başvuruda bulunup işe başlamaktan kaçınan işçinin davranışını istifa olarak kabul etmek iş güvencesinin amaç ve kapsa-

<sup>119</sup> Kanaatimizce konuya ilişkin 4857 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde işçinin feshe karşı korunması (iş güvencesi, işçinin işten çıkarılmaması anlamına gelmediği gibi; işten çıkarılan (sözleşmesi feshedilen) işçinin mutlaka (her halde) işe iade edileceği kesin sonucunu da doğurmamaktadır. Kanunda açıkça öngörülmüş olmadıkça, mahkeme ya da hakem işe iade ya da önceki işe nakil hususunda işverenin yerine geçerek hüküm kuramazlar. 4857 sayılı İş Kanunu’nun açık hükümleri karşısında mahkeme ya da hakemin iş ilişkisinin yeniden kurulması - uygulamada yerleşik deyimle işe iadesi- hususunda bir eda (ifa) hükmü tesis etmesi mümkün olmamaktadır. Öte yandan kanunun daha doğrusu iş güvencesi kurumunun amacından hareketle de işe iade kararı verilmesi doğru olmasa gerektir. Zira İş Kanunu’nun konuyu düzenleme biçimi, taraflar arasında yeniden bir ilişkinin kurulmasının mahkeme kararıyla değil, tarafların takinacakları tavırlara, kısaca taraf davranışlarına bağlamıştır.

minı aşan bir takım olumsuz sonuçları beraberinde getirecektir. İşçi ile işveren arasında -fesih ile kesin olarak ortadan kalkmış yeniden kurulup kurulmayacağı henüz belli olmayan- bir iş ilişkisinin bulunmadığı bu aşamada başvuru ile veya geçersizlik kararı ile avdet ettiği ya da kurulduğu kabul edilen bir mevhum iş ilişkisinin mevcudiyetini kabul ederek "işçinin işe başlamamak suretiyle usulsüz fesih yaptığını ve bunun sonuçlarına katlanılacağını" öne süren görüş işi mecrasından çıkarmakta; iş güvencesine ilişkin kanun hükümlerinin amaçlamadığı bir sonuca ulaşmaktadır.

Nitekim başvuruda bulunup işverence usulünce çağrıldığı halde işe başlamayan işçinin bu davranışıyla iş sözleşmesini kendisinin feshettiğini kabul eden çözümün tarafları: "Feshin geçersizliği ile devamı sağlanan iş ilişkisinin işçinin daveti kabul etmemesi ile son bulması halinde, eğer kendisine önceden ödenmiş olan kıdem ve ihbar tazminatı varsa bunun iadesi"nin gerekeceği; ayrıca işçi tarafından işverenin davetine icabet edilmemesinin aynı zamanda bir usulsüz fesih teşkil edeceğinden, işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesinin dahi gündeme geleceğini<sup>120</sup> belirtmekte, "İşverenin işe başlatma isteğine ve beyanına rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabulü ve daha önce peşin ücret ödemesi ile kıdem tazminatı almış ise bunları iade yükümü yanında usulsüz feshin sonuçlarından sorumlu tutulması"nın daha isabetli bir çözüm olacağını öne sürmektedirler<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 595; SARIBAY, sh. 252; AKYİĞİT, sh. 319.

<sup>121</sup> Nitekim bu görüşü öne sürenlerden MOLLAMAHMUTOĞLU, "İşverene süresi içinde başvuruda bulunup işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yönünde bir düzenleme yapmamıştır" diyen Yargıtay'ı eleştirmekte ve şöyle devam etmektedir: "bu çözüm tarzı için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığını", "işçinin işverene başvurmasıyla birlikte feshin geçersiz olduğunu ve bu itibarla sözleşme feshedilmemişçesine devam ettiğine göre işçinin işe başlamama şeklindeki davranışı hukuken nasıl yorumlanacağını önem kazandığını"; işçinin davranışının hukuki ifadesi ile istifa" olduğu kanaatini izhar etmektedir (sh. 763).

Kanunun gerek sistemi gerek iş güvencesi kurumunun amacı, işveren tarafından yapılan feshin sonuçlarını ortadan kaldıran – daha doğrusu tersine çeviren- böyle bir çözüme cevaz vermese gerektir. Zira böyle bir çözüm işçinin iş güvencesi hükümlerine başvurmasını; başvurduğunda prosedürü devam ettirmesini, sonuçlandırılmasını zorunlu kıldığı sonucuna müncer olacaktır. Bu çözüm çerçevesinde işçi iş güvencesi prosedürünü her hâlikarda sona erdirmek yükümü altında bulunacak; işverenin davetini kabul etmeyen işçi -halk deyimi ile- evdeki bulgurdan olacaktır. Böyle bir çözümü iş güvencesi kurumunun esprisi ile bağdaştırmak kabil değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında bu yöne değinmekte “işçinin kesinleşen mahkeme kararı üzerine başvuruda bulunmasının aleyhine sonuç doğurması” gerektiğine isabetli olarak parmak basmıştır<sup>122</sup>.

Öte yandan bu görüş (çözüm) kabul edilirse, ülkemizde davaların çok uzun süreç içinde sonuçlandırılabilirdiği gerçeği, işçinin dava süresince işsiz ve dolayısıyla ücretsiz kalacağı olgusu karşısında başka bir işe girmek mecburiyetini gündeme taşıyacağı gözönüne alınırsa; başka bir iş bulması dolayısıyla işverene başvurmaktan ve işe başlamaktan vazgeçen bir işçinin sırf bu sebeple sözleşmeyi usulsüz ve haksız feshettiği için usulsüz -haksız feshin sonuçlarına katlanması yolundaki çözümün ortaya çıkaracağı olumsuz hukuki sonuçlara işçinin düçar edilmesi- her şey bir yana bırakılsa bile- iş güvencesi kurumunun amacına/esprisine tümüyle aykırı olup kanunun sistemiyle bağdaştırılamaz.

Şunu da ekleyelim ki bu çözüm, süresinde işverene başvurmayan işçi ile başvurusunun arkasında durmayan işçi arasında kanunun ayırım yaptığı sonucuna müncer olmaktadır. İşverene süresinde başvurmaması halinde yapılan feshin geçerli sayılması gerektiği kanunen kabul edilmiş ve işçinin bu feshe bağlı sonuçlarından yararlanacağı öngörülmüştür. Doktrindeki bu çözüme göre, işe başlamayan işçi sözleşmeyi haksız usulsüz feshetmiş sayıldığı için sonuçta tüm işçilik haklarını kaybedecektir. Bu sonucu ise iş güvencesinin amacı yanında hakkaniyetle de bağdaştırmak kabil olmasa gerektir.

<sup>122</sup> Bkz. 9. Hukuk Dairesinin 11.07.2007 tarihli yukarıda anılan kararına bkz.

Yargıtay'ın görüşüne gelince biz sonucuna katılmakla beraber, Yargıtayımızın gerekçelerine katılmanın mümkün olmadığını, kanunun anlatımı ve amacından bu sonuca kolaylıkla ulaşılabileceğini daha önce yayınlanan bir tebliğde dile getirmiştik<sup>123</sup>. Yüksek Mahkemenin kanunda bir boşluk bulunduğu esastan hareket ederek bu boşluğu doldurmaya yönelmesi kuşkusuz takdire değer görülmelidir. Ancak kanımızca bu konuda kanunun boşluğundan söz etmeye gerek ve imkan yoktur; kanunun güvenceye ilişkin hükümlerinin birarada göz önüne alınması ve amacından bu sonuca kolayca varmak mümkündür.

Bu konudaki görüşümüze gelince yukarıda da belirttiğimiz gibi kanundaki "başvuru" kavramını yorumlarken, bunun işverence çağrıldığında işe başlamasını da kapsar şekilde anlamak gereği vardır. Kanunun anlatımı ve amacından kolaylıkla ulaşılması kabil olan bir konuda boşluktan söz edilemeyeceği için, bu konuda kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul etmek güçtür<sup>124</sup>. Konuyla ilgili İş Kanununun 21 inci madde hükmünün anlatımı gayet açıktır: işçinin işverene süresi içinde başvurması "işe başlamak" içindir. İşe başlamayı içermeyen bir başvuru kanunun amaçladığı bir başvuru olarak kabul edilemez. Öte yandan, işçinin başvurusu üzerine işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmayacağı (başlatmaması) da işçinin davet edildiğinde çalışmaya amade olmasını gerektirmektedir<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Bkz. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2007 Kararları Seminerine sunulan tebliğ, KOMİTE 2007, sh. 149 vd.

<sup>124</sup> Öte yandan işçinin "işe başlamak için on gün içinde işverene başvurusu" nu öngören hüküm, doktrinde ve içtihadta öne sürüldüğünün aksine yoruma ve boşluk doldurmaya ihtiyaç göstermeyen bir nitelik ve açıklık taşımaktadır. Kanun işçinin "işe başlamak için" başvuracağını, başvuruda bulunacağını açıkça öngörmesine rağmen, karşı görüşü savunanlar bu hususu gözden kaçırmakta; başvurunun içeriğini ve hükmün amacını bir yana bırakarak sadece başvuruya hukuki sonuç bağlama yoluna gitmektedirler. Halbuki kanun açıkça işçinin "işe başlamak için" başvuru zorunluluğunu öngörmekte, başvurunun çalışmak, işe yeniden koyulmak amaçlı ve eylemli yapılacağını da açıkça belirtmektedir.

<sup>125</sup> Bkz. yukarıda başvurunun anlamı ve kapsamı: II/2.

- Kanımızca, İş Kanununun iş güvencesi hükümleri çerçevesinde işçinin süresinde başvurmaması ya da başvurmasına rağmen davete icabet etmeyip işe başlamaması işverence yapılan feshi geçerli hale getirecektir. Feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme ya da hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için – eski işyerine dönmek daha doğrusu fesih işlemi yapan işverenin buyruğunda çalışmak için işverene başvuruda bulunmak zorunluluğunu öngören hüküm, süresinde başvurmamak halinde olduğu gibi, işverence kabul edilmesine rağmen işe başlamamak halinde de aynı hukuki sonucu doğurur: yapılan feshin geçerli bir fesih sayılacağı yolundaki hüküm her iki halde de uygulanmak gerekir.

Gerçekten de, İş Kanununun 21/V. maddesindeki “başvuru” nun sonucu sadece feshin geçersizliği kararının uygulanması, hayata geçirilmesine ilişkin sürenin başlatılmasına hasredilemez. Kanunda açıkça işçinin “işe başlamak için” başvuracağı belirtilmekte; biçimsel-formel bir başvuru kanunen yeterli sayılmamaktadır. Şöyle ki, usulünce başvuruda bulunmayan ya da başvurmasına rağmen işverenin davetine icabet etmeyip işe başlamayan işçinin davranışı, iş güvencesi prosedürünün işlemlerini engeller; sonuçta başvuru yapılmış olsa da, işe başlamayan işçinin tutumu yapılan feshin geçerli sayılmasına yol açar ve iş güvencesi yaptırımlarının uygulanması da söz konusu olamaz.

Bu prosedür içinde işverenin davranışı ise, işçinin çalışma arzusunu sergiledikten sonra kesinlik kazanacaktır. Başka bir anlamıyla, geçersizliği mahkeme(ya da hakem) tarafından tesbit edilen geçersiz feshin akıbeti, sonuçlanması, işçinin işe başlaması arzusunun ve eyleminin açıkça ortaya konulmasından sonra işverenin davranışına (tutumuna) göre belli olacak; işveren işçiyi işe başlatırsa iş ilişkisi kanuni düzenlemenin gereği olarak devam edecek; işveren çalıştırmak istemezse sözleşmeyi -kanun gereği- feshetmiş sayılacak ve iş güvencesine ilişkin yaptırımlar uygulanma imkânı bulacaktır. Aynı sonuca yukarıda belirttiğimiz farklı gerekçelerle ulaşan

Yargıtay gibi aynı sonuca doktrinde de başka gerekçelerle ulaşan yazarlar vardır<sup>126 127</sup>.

*dd. Başvuruda Bulunup İşe Başlamayan İşçinin İş Güvencesi Sonuçlarından Yararlanamaması*

Daha önce başka bir vesileyle belirttiğimiz gibi kanun işçinin işverene belirli bir süre içinde başvurmasından söz etmekte bu başvuru için herhangi bir şekil öngörmemektedir. İşçi bizzat işverene ya da yetkili vekiline başvurabileceği gibi bunu noter veya posta kanalıyla da yapabilecektir<sup>128</sup>. Burada önemli olan çalışmayı sürdürmek, iş ilişkisini devam ettirmek arzusudur. Bu arzu ise mahkeme kararındaki “işe iadeyi” sağlayacak bir davranışı gerektirmektedir. Sadece formel bir başvuru kanunun amacını gerçekleştiremeyecektir. Şöyle ki başvuruda bulunup, çağrıldığında işe gitmemek veya işyerine gitmekle beraber kendi inisiyatifi ile çalışmaktan kaçınmak ya da işe başlamamak “başvuruda bulunmama” olgusunu ortaya çıkaracaktır. İşçinin başvurusu soyut ve formel değil gerçekten iş ilişkisini devam ettirmeye işveren ile arasındaki iş sözleşmesini sürdürmeye yönelik olmalıdır; bunun tevsiki ise, işçinin işveren kabul ettiğinde işe başlaması suretiyle olacaktır.

<sup>126</sup> UÇUM’a göre, “İşçinin çağrıldığı halde işe başlamaması, işe başvuru talebinden vazgeçme anlamına geldiğinden işverenin yapmış olduğu fesih geçerli fesih haline gelir ve işveren bunun hukuki sonuçları dışında başka bir sorumluluk altına girmez. UÇUM, YKİ/2006, S.2, sh. 183.

<sup>127</sup> UÇUM, M. : İşe İade Davalarında Başlıca Sorunlar, LEGAL 2005, sh. 88 vd. Yazar elbette işçinin (işverene) başvurusu dört aylık ücret ve diğer hakları kazanması bakımından gereklidir demektedir; ama işçinin bunları hak etmesi bakımından yeterli olmadığını belirtmekte; bunun için işverene başvurduktan sonra ya işe çağrılan işçinin işe başlamaması veya işverenin işçiyi işe başlatmaması gerektiğine isabetli olarak parmak basmaktadır.

<sup>128</sup> “...belirtmek gerekir ki işçinin işe başvuru anında başka bir işverene ait işyerinde çalışmakta olması, başvurunun samimi olmadığını göstermek için yeterli değildir. İşçinin işe başlamak için usulüne uygun olarak yapacağı başvurunun ardından işverence işe davet edilmesi halinde çalışmakta olduğu işyerinden ayrılması ve eski işine başlaması imkan dahilindedir.” HGK, 17.06.2009, 9-232/278, ÇİL, İlke Kararlar, sh. 247, vd. No. 109.

Bu itibarla süresi içinde başvuruda bulunmamak gibi işverence usulünce yapılan davete icabet etmemek; daveti kabul edip işe başlamak da aynı hukuki sonucu doğurur. İşçinin iş güvencesi prosedürünü yürütmek arzusu olmadığı bu şekilde ortaya çıkınca işverenin başlangıçta yaptığı fesih “geçerli fesih” sayılır ve iş güvencesi hükümlerinin uygulanması da bundan böyle gündeme gelemez. Kanımızca böyle bir durumda en çok dört aylık çalıştırılmayan günlerin ücreti ve yoksun kalınan diğer haklar gibi işe başlatmama tazminatı talep edilmesi ya da ödenmesi söz konusu olmamak gerekir.

Bu itibarla başvuruda bulunmak çalışmaya başlama arzusunu da içerir; “çalışmaya başlamak” hususu başvuruda bulunmanın esasını (özünü) oluşturur. Kanundaki başvurma zorunluluğu kavramının kanundaki hükmün amacına ve kanunun sistemine uygun yorumu bizi bu sonuca ulaştıracaktır.

Doktrinde bazı yazarlar kanunda bu konuda hüküm bulunmadığını, giderek kanuni boşluktan söz etmektedirler. İş Kanunumuz geçersizliği mahkemece (veya hakemce) tespit edilen feshe ilişkin kararı tebellüğ eden işçinin mahkemeden aldığı işe iade kararının hayata geçirilmesi için işçinin çalışmasını sağlayacak başvuruda bulunmasını gerekli görmüş ve bunun belirli bir süre içinde yapılmasını şart koşturmuştur. Başvuruya muhatap olan işverene kanun işe başlatmak zorunluluğu yüklememiş; dilerse kanunda belirlenen tazminat ve diğer hakları ödemek suretiyle ilişkiyi devam ettirmeme imkanı sağlamıştır. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği kabul edileceğinden, işçilik haklarının ödenmesi ve tasfiyesi işverenin bu fesih olarak kabul edilen sonuncu davranışını yansıtan tarihe göre yapılacaktır.

Öte yandan işverenin işe başlatma veya başlatmama şeklindeki seçimlik hakkını kullanması ise çalışmasını sürdürmeye hazır bir işçi davranışının bulunmasına bağlıdır. Başvuruda bulunmuş olmasına rağmen şu veya bu şekilde işverenin davetine icabet etmeyen bir işçiden çalışmayı sürdürmesini, iş ilişkisinin devam ettirmesini beklemek mümkün olamayacağına göre, böyle bir durumda iş güvencesi



prosedürünün yürütülmesi kanunun bu konudaki hükümlerinin uygulanması kabil olmayacaktır.

4857 Sayılı İş Kanunumuz mahkemenin (ya da hakemin) feshin geçersizliğini tespit edip bu yolda karar verince iş ilişkisinin devam edip etmeyeceği hususunda işçi ve işverene birtakım yükümler ön görmüştür. Kanunun getirdiği iş güvencesi sisteminde feshin geçersizliği karara bağlanınca tarafların davranışı ile iş ilişkisinin durumu şekillenecektir: Ya iş sözleşmesi devam edecek ya da bidayeten (başlangıçta) yapılan fesihle sona erdiği kabul edilecektir. Bu sona erme işçinin işverene başvurmaması ve işe başlamaması halinde ileriye dönük bir sonuç doğurmadan geçersizlik kararından önceki duruma dönecek; işverenin işe başlatmaması halinde ise iş güvencesine bağlı kanuni sonuçlar doğacak ve sözleşme işverenin bu davranışını (işe başlatmamasını) sergilediği tarihte sona ermiş olacaktır. Kanımızca iş güvencesi prosedürünün işlediği bir dönemde taraflar arasında ne yeni bir iş sözleşmesi kurulduğundan nede mahkemenin geçersizliği tespit eden kararı ile iş ilişkisinin devam ettiğinden söz edilemeyecektir. Bunun içindir ki doktrinde öne sürülen ne başvuruda bulunan işçinin işe başlamasa bile dört aylık çalışmadığı ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiği nede başvuruda bulunan fakat çalışmaya başlamamış işçinin bu davranışı ile istifa etmiş sayılacağı yolundaki düşüncelerin kanunda dayanağı yoktur.

Süresinde, kanuni süresi içinde işe başlamak için işverene başvurmayan ya da başvurup da işverenin davetine icabet etmeyerek (- çağrısına uymayarak) işe başlamayan işçi bundan böyle iş güvencesinden yoksun kalır: Bu itibarla iş güvencesi tazminatı istemeyeceği gibi çalıştırılmadığı dört aylık ücretinden ve diğer haklarını da talep edemez.

Yargıtayın bir kısım kararlarında dile getirilen, süresinde başvuruda bulunan işçinin, işe başlamasa da dört aylık ücret tutarındaki ücret alacağına ve diğer hakları talep edebileceği biçimindeki yorum tarzı formel, katı ve sakıncalı bir yorumdur. Gerçekten böyle bir yorum ya da kabul işçinin iş güvencesi kurumunu kötüye kullanmasına açık bir kapı bırakmakta; sözleşmeyi fesheden işverenle çalışmayı sürdürmeyi istememesine rağmen, sırf dört aya kadar olan

ücretini ve diğer haklarını almak için kanunun amaçlamadığı ve cevaz vermediği bir yola yöneltmektedir. Davet edilmesine rağmen başvurunun gereğini yerine getirmeyen, işe başlamayan işçinin davranışını isabetli olarak İş Kanunu 21/5 içinde düşünülmesi sonucunu kabul eden Yargıtay'ın; sadece başvurmaya hukuki sonuç terettüp ettirerek dört aylık ücret ve diğer haklarının işçiye verilmesi gereğine karar verilmesi kendi içinde bir çelişkiyi sergilemektedir.

Neyse ki Yüksek Mahkememiz, son zamanlarda verdiği kararlarda bu görüşünü sürdürmemekte birden çok kararında bu içtihadını örtülü olarak terkettiği izlenimini vermektedir. Gerçekten de, 2007 yılının sonuna kadar formel bir başvuruda bulunan, işveren tarafından çağrılmasına rağmen işe başlamaktan kaçınan işçinin dört aylık ücret ve diğer hakları talep edebileceğini kabul eden Yargıtayımız, 2008 ve 2009 yıllarında bu görüşünü terketmiş gözükmekte, işçinin başvurusunun hukuki sonuç doğurabilmesinin işverenin daveti üzerine işçinin işe başlamasına bağlı olduğunu; aksi halde bir kanuni başvurudan söz edilemeyeceğini ve yapılan feshin geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracağını dile getirerek, kanuna ve amaca uygun bir çözüme yönelmiştir.

Nitekim, Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 09.03.2009 tarihli kararında, "İşçinin, işe iade yönündeki başvurusunun samimi olması gerektiğini, gerçekten işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının sonuçlarından -iş güvencesi hükümleriyle öngörülen avantajlardan veya haklardan- yararlanmak için yapılan başvurusunun kanuna uygun bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemeyeceğini; işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edileceğini; bu durumda işverence yapılan feshin 4857 sayılı İş Kanununun 21/5 inci maddesine geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracağını; işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını talep edemeyeceğini dile getirerek kanuna ve Yüksek Mahkemenin 2005 yılında verdiği karara uygun olarak isabetli bir sonuca ulaş-

mıştır<sup>129</sup>. Bununla beraber Yüksek Mahkeme yeni bir kararında bu isabetli çizgisine ters düşer biçimde - kanımızca da gerek İş Kanununun güvence hükümleri ile gerekse genel esaslarla bağdaştırılması kabil olmayan- bir sonuca ulaşmış; dava sırasında ölen işçinin dört aylık ücret ve diğer haklarının mirasçıları tarafından talep edilebileceğini içtihat etmiştir<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> (E. 2007/38672 K. 2009/6095 sayılı karar metni için bkz. ÇİL, Emsal Kararlar, sh. 253 vd. No.111) Aynı doğrultuda: 9. HD. 23.12.2008 E. 2007/32428 K. 2008/35247 İŞVEREN, Özel Eki, Mayıs 2008, sh. 23-24); 9. HD.14.10.2008 E. 2007/29383 K. 2008/27243, ÇİL, Emsal Kararlar, sh. 259 vd. No. 114; 9. HD, 18.3.2009, E. 2007/38730 K. 2009/7345 ve BOSTANCI tarafından incelenmesi için bkz. SİCİL, Aralık 2009, S. 16, sh. 120 vd.; 9 HD. 28.10.2009, E. 2008/11135 K. 2009/29540, İŞVEREN Özel Eki, Yargıtay Kararları, C. 48, Mart- Nisan 2010, S. 6-7, sh. 23-24; İHSGHD.,LEGAL, 2009, S. 24, sh. 1584, vd.

<sup>130</sup> “İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlama niyeti olmadığı halde işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından işverinin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir ve işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir.” (22. HD. 19.06.2012, E. 2011/14286, K. 2012/13953, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 423 vd.); aynı doğrultuda 22. HD. 22.05.2012 7933/10834, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 425).

(ÇANKAYA'nın haklı eleştirileri ile birlikte karar metni için bkz. SİCİL, Mart 2010, S. 17, sh. 199 vd.) Aynı karar ŞAHLANAN tarafından da haklı olarak eleştirilmiştir (Bkz. ŞAHLANAN, F.: İşe İade Davası Açan İşçinin Yargılama Sırasında Ölmesi Karar İncelemesi, TEKSTİL İŞVEREN, Mayıs 2010, S. 362, sh. 2). Aynı yönde 9. HD. 16.02.2010 E. 2009/29055 K. 2010/3626, ÇİL İlke Kararlar, B. 5, sh. 431. “Davacı işe başlamak üzere işyerine gittiğini ve işe başlatılmadığını kanıtlamış değildir. Bu nedenle davanın reddi gerekir. Yargıtaya göre mahkemeden geçersizlik kararı alan işçinin işe başlamak üzere işyerine gittiğini ve işe başlatılmadığını kanıtlaması gerekir (22. HD. 20.03.2012 1451/4933, ÇİL, İlke Kararlar, B.5, sh. 434 vd.). Aynı yönde 9. HD. 16.02.2010 E. 2009/29055 K. 2010/3626, ÇİL İlke Kararlar, B. 5, sh. 431. “Davacı işe başlamak üzere işyerine gittiğini ve işe başlatılmadığını kanıtlamış değildir. Bu nedenle davanın reddi gerekir. Yargıtaya göre mahkemeden geçersizlik kararı alan işçinin işe başlamak üzere işyerine gittiğini ve işe başlatılmadığını kanıtlaması gerekir (22. HD. 20.03.2012 1451/4933, ÇİL, İlke Kararlar, B.5, sh. 434 vd.).

İşçiye işe başlatmama tazminatına hak kazandıracak olgu, süresinde ve usulünce işe başlamak için işverene başvurması ve işe başlatılmamasıdır. Önemi dolayısıyla konuyu ayrı bir başlık altında ayrıca incelemek zorunluluğu vardır.

#### 4. Usulünce İşe Başlatılma Talebinin (İsteğinin) İşverence Kabul Edilmemesi (İşverenin Usulünce Başvuran İşçiyi İşe Başlatmaması)

4857 sayılı İş Kanunumuzun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrası mahkemeden feshin geçersizliğine ilişkin tesbit kararını alıp usulünce ve süresi içinde işe başlatması için işverene başvuruda bulunan işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunluluğu getirmekte; işe başlatmadığı takdirde iş güvencesine ilişkin hukuki sonuçların doğacağını; bu arada -asgari dört azami sekiz aylık- ücret tutarında mahkemece belirlenen tazminatı ödemek zorunda kalacağını düzenlemektedir.

Hemen belirtelim ki, işçinin işe başlamak için başvurması gibi, bu talebe muhatap olan işverenin de işe daveti konusunda sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak işçiye yapılacak davetin ciddi ve samimi olması formel bir beyan niteliği taşıması gerekir<sup>131</sup>. Kanun işçiye yapılacak davetin<sup>132</sup> başvurudan itibaren bir aylık süre içinde yapılacağını öngörmektedir. Ancak sürenin sonunu beklemeden işverenin bu yoldaki veya aksi yöndeki iradesini açık veya örtülü şekilde ortaya koyması da kuşkusuz mümkündür. Öte yandan işçinin başvurusunu kabul eden

<sup>131</sup> “İşverenin işe davete dair beyanında ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.” (9 HD. 18.11.2008 E. 2007/32727 K. 2008/31214, KAR, İş Güvencesi B, 2 sh. 1287; aynı yönde 9 HD. 13.05.2008, E. 2007/742521 K. 2008/12221, KAR, İş Güvencesi, B. 2, sh. 1294; 9. HD. 01.12.2009 7398/32549, KAR, İş Güvencesi Uygulaması, B.2, sh. 1301 vd.).

<sup>132</sup> “İşçinin iş görme eyleminin başkasına devri mümkün olmaması nedeniyle davalı işverenin davetini 4857 sayılı kanunun 21. maddesi gereğince bizzat davacının kendisine tebliğ edilmesi gerekir.” 9.HD. 30.09.2010 E. 2008/38634, K. 2010/26627, KAR, İş Güvencesi Uygulaması, B. 2, sh. 1303 vd.

işveren normal olarak işçinin fesih işleminden önce ifa ettiği kendi işine davet etmelidir; objektif bazı imkansızlıklar dolayısıyla benzer bir işin teklif edilmesi halinde kanunun gereğinin yerine getirilmiş olacağı da kabul edilmelidir. Örneğin işyerinin kapatılmış olması halinde olduğu gibi. Diğer taraftan işin veya/ve işyerinin öncekinden farklı olduğu durumlarda işçinin muvafakat etmesi halinde de taraflar arasında iş ilişkisinin kurulduğu sonucuna ulaşılabacaktır<sup>133</sup>.

Önemine binaen tekrar vurgulayalım ki işçinin usulünce yaptığı başvuruya rağmen işe başlatılmaması, iş güvencesine bağlanan sonuçların bu arada işe başlatmama taminatının talep edilmesine dayanak yapılabilecektir. Yargıtayca isabetli olarak belirtildiği gibi “işe başlatılma başvurusu usulüne uygun şekilde tebliğ edilmeyen işverenin işe başlatma yükümünden” söz edilmeyecektir<sup>134</sup>.

Mahkemece veya özel hakemce feshin geçersizliğine ve buna bağlı olarak işçinin işe iadesine karar vermesi halinde, işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğundan söz edilemeyecektir. Nitekim İş Kanununun “feshin geçersizliği”ne karar verildiğinde, işveren işçinin başvurmasına ve işe hazır olmasını bildirmesine rağmen işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması halinde ödenecek tazminat miktarının mahkemece belirleneceğini öngören hükmü bu yönü hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça ortaya koymaktadır.

---

<sup>133</sup> “İşyerinin işe iade kararından sonra kapatılması halinde işverenin başka işyerleri varsa o yerlerde istihdam olanağının araştırılması gerekir. İşverenin teklif getirmesi beklenir. İşverenin getirdiği teklif mutlaka bağlayıcı olarak ele alınmamalıdır. Bir hakkaniyet denetiminde bulunmak gerekmektedir. İşçinin yaptığı işin önerilen işe uygun olmalı, işkoşulları ağırlaştırılmamalıdır. Keza işçinin geliri ve aile yaşamı dikkate alınmak cıgrafi açıdan başka illerdeki işyerlerine ilişkin önerilerde işçiye külfet getirilmemeli, sosyal - ekonomik yaşayışı zorlaştırmamalıdır.” 9 HD. 18.03.2010, 6878/7281, KAR, İş Güvencesi Uygulaması, B.2, sh. 1303.

<sup>134</sup> Bkz. 22. HD. 06.04.2012 1962/6570, “Davacı işe başlatılmak için işverene usulüne uygun başvuruda bulunmadan işverenin işe başlatma yükümlülüğü söz konusu olmaz. İş sözleşmesinin feshi işverenin işe başlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi suretiyle gerçekleşir.” Karar için bkz. ÇALIŞMA VE TOPLUM 2012/4, No:35, sh. 496 vd.

Hemen belirtelim ki “işe başlatmama”ya ilişkin işveren davranışı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Örneğin usulünce yapılan başvuruya rağmen kanuni süresinde, bir aylık süre içinde herhangi bir beyanda bulunmayan işveren gibi; bu süre içinde işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen dört aylık süreye ait ücret ve diğer hakları ödeyen işveren işe başlatmama iradesini sergilemiş sayılacaktır. Bir aylık süre içinde herhangi bir beyanda bulunmayan işverenin işe başlatmama iradesini örtülü olarak ortaya koyduğu kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay’da verdiği bir kararda bu yöne işaret etmekte şunları kaydetmemektedir: “Davacı süresi içerisinde davalıya işe başlatılması için başvurduğu halde davalı yasal süre olan bir ay içinde işe başlatma konusunda kararını bildirmemiştir. Dolayısıyla zimni (örtülü) olarak işe iade etmeyeceğini belirtmiş olduğundan kesinleşen kararla hükmedilen tazminatın ödenmesi gerekmektedir<sup>135</sup>.”

#### IV. İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATININ MİKTARI

Hangi şartların bir araya gelmesi durumunda işe başlatmama tazminatı talep edilebileceğini incelemiş bulunuyoruz. Şimdi hak kazanılmış olan sözü geçen tazminatın hangi miktarda ve ne şekilde işçiye ödenmesi gerektiği sorunu üzerinde eğilmek uygun olacaktır.

##### 1. İşe Başlatmama Tazminatı Miktarına Yön Veren Esaslar

Kanuni gerekleri yerine geldiği için hak kazanılan işe başlatmama tazminatının miktarı hususunda kanun birtakım esaslar öngörmüş bulunmaktadır.

##### *a. Tazminat Miktarının Kanunen Öngörülen Asgari ve Azami Sınırlar İçinde Kalarak Belirlenmesi*

İşçinin kanuni süresi içinde usulünce işverene başvurması ve başvurusunun arkasında durmasına rağmen işverence işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı kanunda asgariliği ve azamiliği belirlenen aylık ücret miktarı olarak öngörülmüştür. Daha

<sup>135</sup> 9.HD. 29.01.2007 tarihli E.2006/16730 K.2007/1129 LEGAL, 2007, S.15, sh.1051 vd.

önce de başka bir vesile ile belirttiğimiz gibi 4857 sayılı İş Kanununa göre, “işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur” (İşK. m.21/1)<sup>136</sup> “mahkeme veya özel hakemce feshin geçersizliğine karar verdiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarının belirleneceği” de kanunda ayrıca tasrih edilmiştir. Geçersizlik kararı veren mahkemenin işe başlatmama tazminatı miktarını da aynı kararda belirlemesi gerekmektedir.

Şunu belirtelim ki, davacı işçinin dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatı talebinde bulunması zorunlu veya gerekli bulunmamaktadır. İşçinin bu yolda bir isteği bulunmasa bile, feshin geçersizliğine kanaat getirip bu yolda karar tesis eden mahkeme işe başlatmama tazminatını da belirlemek, kararında göstermek zorundadır.

Yargıtayca da vurgulandığı gibi işçinin işe iade isteği işe başlatılmama halinde istenmesi gereken tazminat talebini de içerdiği, işçinin isteği olmasa dahi bu husus işe iadenin sonucu olup mahkemece bu konuda karar verilmesi gerektiği<sup>137</sup>; sözü edilen tazminatın belirlenmesi hususu feshin geçersizliğinin bir sonucu olduğu talep olsun olmasın resen gözönüne alınması gerekecektir<sup>138</sup>.

Görüldüğü gibi hak kazanılan işe başlatmama tazminatının asgari ve azami miktarı kanunen kesin olarak belirtilmiştir. Kanunun belirlediği daha doğrusu sınırladığı miktarın altında olan veya üstüne çıkan yani daha az veya daha çok miktarı öngören iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmelerindeki düzenlemeler geçerli değildir. Zira İş Kanununun 21. maddesinde yer verilen ve “işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında”ki tazminat yükümlülüğü

<sup>136</sup> 4773 sayılı kanunda ise asgari altı azami on iki aylık ücretin tazminata esas olacağı düzenlenmişti.

<sup>137</sup> 9. HD. 11.09.2003 14994/14267, ÇANKAYA/GÜNEY/GÖKTAŞ, sh. 710, No. 568.

<sup>138</sup> 9.HD. 08.06.2004 2071/14353; 9. HD. 27.12.2004 14428/29669; 9. HD. 29.12.2004, 13916/29894 Karar metinleri için bkz. ÇANKAYA, O.G/GÜNAY, İ./GÖKTAŞ, S., sh. 472 vd. Aynı doğrultuda 22.12.2004 13301/29110, ÇANKAYA, O.G/GÜNAY, İ./GÖKTAŞ, S., sh. 695.

öngören hüküm kesin bağlayıcı (mutlak emredici)dir ve aksi yöndeki sözleşme hükümleri geçersizdir. Kanunun bu hükmü taraflar bakımından olduğu gibi mahkeme veya özel hakem açısından da bağlayıcıdır. Kanunun belirlediği sınırlar içinde tazminatın öngörülmesi gereklidir; mahkeme ya da hakem bu sınırlar dışında tazminat belirleyemezler.

Bu itibarla işe başlatmama tazminatının miktarını düzenleyen bu hüküm tarafları bağladığı gibi mahkemeleri ve hakemleri de bağlar. Taraflar kanuna aykırı sözleşme hükümlerini öne süremeyecekleri gibi mahkemeler de kanuni sınırların altına, daha azına veya daha çoğuna hükmedemezler<sup>139</sup>.

Ekleyelim ki, tarafların ekonomik durumları, sakatlık gibi fiziki durumları ve giderek hakkaniyet icapları gerekçe yapılarak kanuni sınırın altında veya üstünde bir miktarın tesbitine cevaz bulunmamaktadır<sup>140</sup>. Buna karşılık iş sözleşmesinin feshedilme nedenine veya işçinin kıdeme göre alt sınırının üzerinde -üst sınırı geçmemek üzere ücret miktarı mahkemece takdir edilebilecektir<sup>141</sup>.

<sup>139</sup> İşe iade davasında... işe başlatmama tazminatı, davacı dava dilekçesinde istemese dahi hüküm kamu düzeninden olduğundan mahkemece resen hüküm altına alınır (9. HD. 20.06.2005 16989/22100 KILIÇOĞLU sh. 483 KILIÇOĞLU, M./ŞENOCAK, : İş Güvencesi Hukuku, Ankara).

<sup>140</sup> "Çalışma yaşında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır.

İşçinin kıdemi, meslek ünvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığından bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek ünvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalardan, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olduğu araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilip bir sonuca gidilmelidir. 22. HD. 06.04.2012 1933/6508, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2012/4 No: 35, sh. 501 vd.

<sup>141</sup> "...iş güvencesi niteliğindeki (en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarı olan) bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak



### ***b. Tazminat Miktarının Süre Olarak Belirlenmesi Esası***

Daha önce de belirttiğimiz gibi, işe iade daha doğrusu feshin geçersizliğine karar veren mahkeme işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek olan tazminatın miktarını da süre olarak belirleyecek ve bununla yetinecektir. Bu itibarla tazminatın ödetilmesi yönünde verilecek bir karar kanuna aykırı olacaktır<sup>142</sup>.

Bu itibarla işe başlatmama tazminatı kanununun belirlediği asgari ve azami sınırlar içinde mahkemece “süre olarak” belirlenmek gerekecektir. Mahkeme; belirli bir miktarda tazminat tespiti yapamaz. Bu sebeple bu haliyle de mahkeme kararı ilamlı icraya dayanak yapılamaz<sup>143</sup>. Buna karşılık feshin geçersizliği ve buna bağlı olarak mahkemece belirlenen tazminatın ilamsız icra yoluyla talep konusu yapılması mümkündür<sup>144</sup>. Gerçekten mahkemenin ısdar ettiği tespit kararında sadece süre olarak belirtilen, rakamla ifade edilmeyen işe

---

belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırının aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir...sendikal neden halinde ise işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği...” (9 HD. 05.05.2008 E. 2007/32498 K. 2008/11100 ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2008/4 S.19, sh.272 vd.).

<sup>142</sup> “... Yasanın 13/D maddesinde ‘mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler’ kuralına yer verilmiş olup mahkemece bu tazminat miktarının belirlenmesi ile yetinilmelidir. Ayrıca tahsili yönünde hüküm kurulması hatalıdır.” (9. HD. 8.7.2003 12442/3123 ÇİL, sh. 408, No:312).

<sup>143</sup> “İşe başlatmama sonuçlarından olan tazminat miktarı mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararında belirtilmemiş hak kazanılması da bazı koşulların yerine getirilmesine bağlı bulunduğundan alacağın likit olduğundan söz edilemez. 9. HD.01.01.2007 E. 2006/35696 K. 2007/1582, KAR, İş Güvencesi Uygulaması, B.2, sh. 1311.

<sup>144</sup> “4857 sayılı İş Kanunu 21. maddesinde bu maddeye göre verilen işe iadeye ilişkin ilamların kesinleşmesinden icraya konulamayacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı halde, mahkemece ilamın kesinleşmesinden icraya konulamayacağı gerekçesiyle takibin iptaline karar verilmesi doğru değildir. 12. HD. 13.03.2007 1628/4593, KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, B. 2, sh. 1319.

başlatmama tazminatının bu haliyle işverenden ilamlı icra yoluyla talep edilmesi mümkün olmayacağından; ayrı bir davaya ihtiyaç bulunmaktadır. Kuşkusuz işçi bu yola başvurmadan ilamsız icra yoluyla alacağının tahsiline tevessül edebilir. Ancak işverenin ödeme emrine itiraz etmesi halinde işçi mahkemede itirazın iptali davası açmak zorunda kalacaktır.

*c. Tazminat Miktarının İşe Başlatılmaması Tarihindeki Emsal Asıl Temel Ücrete Göre Belirlenmesi*

Tazminat miktarının belirlenmesine gelince, İş Kanununda işe başlatmama tazminatı miktarının hesabına esas alınacak ücretin hangi andaki (tarihteki) ve hangi kapsamdaki ücret olduğuna dair bir açıklık bulunmamaktadır. İşçinin usulünce başvurması ve çalışmaya amade olmasına rağmen işverence işe başlatılmadığı tarihteki ücreti tazminata esas olacaktır. Bu tarihte işçinin işyerinde çalışması söz konusu olmadığı için, eğer çalışmış olsaydı alacağı ücretin -emsal ücret- tazminatın hesabına esas alınmak gerekecektir. Gerçekten 4857 sayılı kanun "işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek" tazminat miktarından söz ettiğine göre, tazminata esas olacak ücretin bu hakkın doğduğu tarihteki son ücret olması gerekir. İşverence yapılan feshin geçersizliğini mahkemede tesbit ettiren ve usulünce başvurusuna rağmen işe başlatılmayan işçinin işçilik haklarının işverenin bu davranışını veya bildirimini sergilediği tarihteki ücretinin esas alınması gerekecektir<sup>145</sup>. Başka bir söyleyişle, mahkemeden feshin geçersizliğine ilişkin karara dayalı olarak işverene başvuran ancak işe başlatılmayan işçi (davacı) (sözlü ya da eylemli olarak) bu tarihte ya da kanunen öngörülen bir aylık sürenin sonunda, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılacağından, bu tarihteki ücretin işe başlatmama tazminatına esas alınması gerekecektir.

<sup>145</sup> İşçinin başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde; işe başlatılmayacağına sözlü veya eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda feshedilmiş sayılır. İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir (22. HD. 06.04.2012, 1933/6508, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2013/1, S.36, sh. 544 vd.)

Öte yandan geniş anlamda ücretin hesaba esas alınması ancak kanunda belirtilen hallerde mümkün olacağına ve konumuzla ilgili tazminata esas olacak ücret hakkında bu şekilde bir düzenleme olmadığına göre hesabın “asıl-çıplak ücret” üzerinden yapılması gerekir. Bu konuda doktrin ve içtihat hemfikirdir<sup>146</sup>.

Maddeye ilişkin gerekçede işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebeplerinin göz önünde tutulacağına işaret edilmektedir. İşe başlatmama tazminatının miktarını tayin ederken işçinin işverence işe başlatılmaması yani kanunen feshedildiği tarihteki olası ücretinin ve işyerindeki çalışma süresinin gözönüne alınması uygun bir yöntem olacaktır. Nitekim Yargıtayımız da tazminat miktarını belirleyen hakim ya da hakemin iş sözleşmesinin feshine daha doğrusu işe başlatmamaya neden olan sebepler ve işçinin kıdemini göz önüne alınması yolunda içtihat oluşturmuştur<sup>147</sup>.

Bu konuda Yargıtayın uygulamasına bir göz atacak olursak Yüksek Mahkeme işe başlatmama tazminatının miktarını İş Kanununun yıllık izinle ilgili 53. maddesindeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4; 5 yıl ile 15 yıl

---

<sup>146</sup> Nitekim Yargıtaya göre, kanunda başkaca bir kayıt bulunmadığına göre tazminat miktarının belirlenmesinde “asıl-çıplak” ücretin hesaba esas alınması gerekir (9. HD. 06.05.2010 E.2008/27695 K. 2010/12571).

<sup>147</sup> Yargıtay 12 yıllık kıdeme sahip olan, yani işyerinde on iki yıldan beri çalışan işçi için sekiz aylık ücreti tutarında tazminat belirlenmesini uygun bulmuştur “... davacı işçinin davalıya ait işyerinde yaklaşık beş yıldır çalıştığı, iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedildiği tazminatın davacının 4 aylık ücreti oranında belirlenmesinin dosya içeriğine uygun düşecektir.

Davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 6 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 4 aylık ücreti oranında belirlenmesinin dosya içeriğine uygun düşecektir. 9. HD. 08.04.2008 E. 2007/27773 K. 2008/7819 ÇİL, İlke Kararları, sh. 238, No. 106. Yargıtay’ın diğer bir kararında on yılı aşkın kıdemi olan işçiye beş aylık ücreti oranında tazminat belirlenmesinin gerektiği belirtilmiştir (9. HD. 02.05.2012, 13655/15216, ÇİL, İlke Kararlar, B.5, sh. 419-420).

arasında kıdemi olan işçi için 5; 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında belirlenmesi gerektiğini; fesih sebebine göre bu miktarlarında azami sınır 8 aya kadar çıkabileceğini içtihat etmiştir<sup>148</sup>. Yüksek Mahkeme “işletme gerekleri ile fesihte emeklilik nedeninin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi” gerektiğine de ayrıca işaret etmiştir<sup>149</sup>.

#### *d. Tazminattan Vergi Kesintisi Yapılamayacağı*

16. 06. 2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Kanun ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda yapılan değişiklik sonucu işe başlatmama tazminatı gelir vergisinden muaf (bağışık) tutulmuştur. Buna göre İş Kanunu'nun 21. maddesi gereğince işverenler tarafından işçiye ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatları -damga vergisi hariç- herhangi bir vergiye tabi tutulamayacaktır<sup>150</sup>.

## **2. İşe Başlatmama Tazminatı Karşısında Diğer İşçilik Haklarının Durumu**

Feshin geçersizliğinin tespit edildiği bir durumda işverenin işe başlatmaması olgusunu fesih olarak kabul eden kanuni düzenleme karşısında, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanan işçinin bu hakları daha önce ödenmemişse tamamı, ödenmişse kalan kısmı; ilk fesihten sonra çalışmadığı dört aylık sürenin de kıdeminden sayılarak giydirilmiş (geniş anlamda) ücrete göre hesaplanacaktır<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> 22. HD. 30.03.2012, 2156/6035, ÇİL, İlke Kararlar, B. 5, sh. 417-418.

<sup>149</sup> 9. HD. 04.02.2013, E. 2012/28221, K. 2013/3963, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2013/2, No: 37, sh. 328, vd.; 22. HD. 30.03.2012, 2156/6035, ÇİL, İlke Kararları, B.5, sh. 417-418.

<sup>150</sup> 2009 yılından önce tahsil edilmiş vergi kesintilerinin işçiler tarafından istenebileceği de sözü geçen kanunda ayrıca düzenlenmiştir.

<sup>151</sup> Yargıtayca isabetli olarak vurgulandığı gibi kıdem tazminatı, işe başlatmama sebebiyle dört aylık sürenin eklenmesiyle hesaplanmalıdır; boşta geçen sürede kesintisiz çalışılmış gibi hesap yapılması hatalıdır (22. HD. 30.04.2012, E. 2011/14289, K. 2012/8251, ÇİL, İlke Kararları, B.5, sh. 427 vd.).

Öte yandan işverenin işe başlatmamasına kanun belirli sonuçlar bağlamış başlatmama nedeni ile ilgilenmemiştir. İşverenin işe başlatmama nedeni önemli olmadığı için fesih hakkının kötüye kullanıldığının yahut işçiyi sendikal sebeplerle işe almadığı yahut da bu davranışıyla eşit işlem borcuna aykırı davranarak ayırimcılık yaptığı öne sürülerek başka bir talepte bulunulamaz. İşe başlatmanın sebep ve saiki ne olursa olsun bu davranışın hukuki sonucu iş güvencesi yaptırımları ile sınırlıdır. Nihayet bu konuda hayli tartışmalı olan bir konuya da değinelim. İşçiyi işe başlatmayan işverenin sözleşmeyi feshetmiş sayılacağını öngören kanun hükmüne dayanarak işçinin ihbar tazminatı istemesi de aynı şekilde mümkün değildir. Zira bu aşamada feshin işverence yapılmış olması kanuni bir varsayım olarak telakki edilmek gerekir. Gerçekten buradaki fesih “kanun gereği” olduğu için işverenin bildirim ihbar (önel) vermesi zorunluluğundan bahsetmek mümkün değildir.

Ancak hemen belirtelim ki Yargıtay 9. Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu, işçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde de önceki feshin ortadan kalktığını ve işçinin işe başlatılmadığı tarihin fesih tarihi olarak değerlendirilmesi gerektiğini; geçersiz sayılan fesih sebebiyle ödenen ihbar tazminatının konusuz kaldığını öne sürerek bu durumda ayrıca işverenin ihbar tazminatı ödemesi gerektiği yolunda içtihat oluşturmuşlardır<sup>152</sup>.

Buna karşılık Yargıtay 22. Hukuk Dairesi konuya tam aksi bir görüşle yaklaşmış “geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine

---

<sup>152</sup> Bkz. HGK 23.12.2009, E. 2009/9-526, K. 2009/583, İHSGHD, 2009, S.24, sh. 1483 vd. (Bu karar çoğunlukla verilmiştir.); 9. HD, 12.03.2009, E. 2007/41150, K. 2009/6661, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2009/4, No: 23, sh. 155 (Bu kararlarda yer verilen görüşlerin isabetsizliği karşı oy yazılarında ve doktrinde dile getirilmiştir.). Şu kadarını söyleyelim ki Yargıtay’ın bu kararlarında zannettiği gibi hükümde “Bildirim süresi verilmişse” işe başlatmama tarihine göre ihbar tazminatı ödeme yükümünün olmadığı düzenlenmiş değildir. Yargısı kanuni dayanaktan yoksundur.

İş Kanununun 21. maddesinde açıkça geçerlilik tanındığını; davacı işçinin ihbar tazminatı talebinde bulunmasının mümkün olmadığını; işe başlatmama tazminatını ödemeyi göze alıp işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverenden bildirim öneli vermesini istemenin işin niteliği ile bağdaşmayacağını isabetli olarak dile getirmiştir<sup>153</sup>.

#### V. TAZMİNAT ALACAKLISI

Normal olarak işe başlatmama tazminatının borçlusu işveren alacaklısı sözleşmesi güvence hükümlerine aykırı olarak feshedilmiş ve bunu yargı ya da hakem kararıyla tespit ettirmiş işçidir. Bu itibarla işçinin mirasçılarının bir talep hakları yoktur. Ancak işçinin tazminatı hak ettikten sonra ölmesi halinde onun miras hukuku kuralları çerçevesinde mirasçuları tarafından talep edileceği kuşkusuzdur. Feshin geçersizliği davasının devamı sırasında hangi aşamada olursa olsun davacı işçinin ölümü iş güvencesi prosedürü içinde talep edilecek işe başlatmama tazminatının istenmesine engel olur. Daha önce belirttiğimiz gibi açılan dava sonuçlanıp kesinleştikten sonra taraf davranışlarının ortaya konulmadığı bir aşamada işçinin ölmesi halinde işçinin mirasçılarının iş güvencesi hükümlerine dayalı bir talep hakkının bulunduğu söylenemez<sup>154</sup>.

#### VI. TAZMİNATA İLİŞKİN FAİZ

İşe başlatmama tazminatı işçinin işverene işe başlatması için başvurusunu izleyen bir aylık süre sonunda muaccel olur: tazminat faizi de bu tarihten, muacceliyet tarihinden itibaren hesabedilmek gerekir. İşverenin bu sürenin bitiminden önceki bir tarihte işçiyi işe

<sup>153</sup> Bkz. 22. HD. 06.12.2011, 10824/6789, Karar ve ŞAHLANAN'ın İncelemesi için bkz. TEKSTİL İŞVEREN, Ağustos- Eylül 2012, S. 388, Hukuk No: 73.

<sup>154</sup> Bu konuda ortaya atılan görüşler ve Yargıtayın görüşü konusunda bkz. NARMANLIOĞLU: İş Güvencesine İlişkin Dava Açan İşçinin Kanuni Prosedürün Devamı Sırasında Ölmesi Halinde Bazı Güvence Hükümlerinden Mirasçıların Yararlanacağına İlişkin Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler, İHSGHD, 2010, S.26, sh. 486 vd.

başlatmadığı hallerde ise sözleşmeyi açık veya örtülü olarak yaptığı zaman süre bu tarihten itibaren başlayacaktır<sup>155</sup>.

Yargıtay da isabetli olarak işe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekeceğine ve işçinin işe başlatılmadığı tarihte, işe başlatmama tazminatının muaccel olacağına işaret etmiştir. Yargıtayca da belirtildiği üzere<sup>156</sup> işe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Sözü edilen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> "...bu tazminat işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olur

Böyle olunca bu tazminat için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de doğru değildir."(9. HD. 8.07.2003 12442/3123 ÇİL, sh. 408, No:312; İSTANBUL BAROSU DERGİSİ, Eylül 2003, S.3, sh. 750 vd.

Öte yandan Yargıtaya göre "İşe başlatmama tazminatı niteliği itibariyle tazminat olduğundan uygulanması gereken faiz yasal faizdir." 9. HD. 12.04.2012 10242/12256; 9. HD. 10.04.2012, 10242/12156, ÇİL, İlke Kararları, sh. 432.

<sup>156</sup> "Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir. (9. HD. 01.10.2009 E. 2008/9877 K. 2009/24908 TEKSTİL İŞVEREN Ekim 2010 S.367, sh. 6-7), 9. HD. 7.12.2010 E. 2008/41576, K. 2010/36737 LEGAL İHSGHD 2011/30, sh. 630 vd. Aynı doğrultuda 9. HD. 21.09.2010 E. 2008/35193 K. 2010/25207, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2011/1, No:28, sh. 567 vd.

<sup>157</sup> Yargıtay 9. HD. 21.09.2010 T., E. 2008/35193, K. 2010/25207, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2011/1, No.28, sh. 569.