



Av. Hamit TIRYAKI
İş Hukuku Uzmanı

İŞE İADE DAVASINI KAZANAN İŞÇİYİ İŞE BAŞLATMAMANIN YENİ BİR FESİH OLDUĞU

I. GİRİŞ

İşverenin, işe iade davasında verilen işe iade kararının kesinleşmesiyle süre içinde kendine başvuran işçiyi işe başlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira, iş ilişkisi devam ederken var olan feshi mahkeme, kesin olarak geçersiz saymıştır. Diğer bir ifadeyle işçiyle işveren arasındaki iş sözleşmesi (kendine özgü yapısıyla) devam etmektedir.

İşverenin iş başlatma yükümlülüğünü başvurunun kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde ifa etmemesi; feshin geçersiz sayılmasıyla iş ilişkisi taraflar arasında kesintiye uğramaksızın devam ettiğinden, yeni bir fesih olarak nitelendirilmekte ve bu fesihle de iş sözleşmesi sona ermektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yargılama makamınca işverence yapılan başlangıçtaki fesih geçersiz sayıldığından, iş sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir ve işveren, işe başlatma yükümlülüğünü ifa etmediği tarihte sözleşme sona ermektedir. Bir başka deyişle iş sözleşmesi baştan geçersiz feshin yapıldığı tarihte değil, işçinin işe başlatılmama tarihinde sona erer¹.

Mevcut yasal düzenleme de dikkate alınarak yoruma gidildiğinde işverenin işçiyi işe başlatmamasının çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: İşveren açıkça işçiyi işe başlatmayacağını bildirmiş olabileceği gibi, kendisine tanınan bir aylık yasal süreyi sessiz de geçirebilir ya da bir aylık süre içinde boşta geçen süre ücretini, işe başlatmama tazminatını ödeyebilir.

İşverenin bir ay geçtikten sonraki işe başlatma açıklamasının da herhangi bir önemi olmadığı belirtilmelidir. Bir aylık süre içinde açıkça veya sürenin sessiz geçirimiyle örtülü biçimde gerçekleşen işe başlatmama açıklaması, geçersizliğine karar verilen feshin canlandığı değil sözleşmenin bu tutumla bu tarihte işverence yeniden feshedildiği anlamına alınmaktadır. Hal böyle olunca bunu (işe başlatmamayı) kötü niyetli bir fesih de sayamayız ve bunun için kötü niyet tazminatı istenemez. fakat haklı ve derhal fesih de sayılmamalı ve ihbar tazminatı gündeme gelebilmelidir².

II. İŞE BAŞLATMAMANIN YENİ BİR FESİH OLDUĞU

Bir miktar tazminat ödeyerek işçiyi işe başlatmaktan kurtulan işverenin bu tutumu nasıl yorumlanacaktır. Bu durum, "Yargı tarafından geçersiz kılınan feshin böylece geçerli hale

¹ Etem KARA, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Ankara 2011, s.124.

² Ercan AKYİĞİT, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 320.

dönüşmesi" olarak mı yoksa "işverence yapılan yeni bir fesih" olarak mi görülecektir? Sorun tartışmalıdır ama uygulamada Yargıtay'ın da benimsediği anlayış, işe başlatmamanın, bu tarihte işverence yapılmış yeni bir fesih sayılacağı yönündedir. Sözleşme belirsiz süreli olup ortada fesih için haklı bir neden de bulunmadığından işverenin bu tutumu (işe başlatmaması) haklı/derhal fesih sayılamaz. Keza işe başlatmamayı kötü niyetli veya sendikal nedenli fesih olarak da görmemelidir. **Sonuçta, işe başlatmama sözleşmenin işverence usulsüz derhal feshi sayılmalıdır.** Ancak, bu feshe karşı yeniden iş güvencesini işletmek düşünülemez, fakat ayrıca ihbar ve kıdem tazminatı istenebilir istenemeyeceği üzerinde durulabilir. Öğretide ayrıca ihbar/kıdem tazminatı istenebileceği savunulmaktadır. Ancak, sözleşmenin bu tarihe kadar devam ettiği ve bu sürenin tümünün kıdeme katılacağı kabullenildikten sonra, bizce işçinin ihbar/kıdem tazminatı bu tarihte alabileceği son giydirilmiş ücretten tüm süre için hesaplanarak hüküm altına alınır. Önceki (geçersiz kılınan) fesih sırasında ihbar/kıdem tazminatı ödenmişse, bu durumda son hesaplama onların mahsubu yapılmalıdır. Yoksa o fesih tarihinden bu (işe başlatmama şeklindeki) fesih tarihine dek geçen evre için ikinci ve müstakil bir ihbar/kıdem tazminatı gündeme gelmez. Keza kötü niyet tazminatı veya sendikal tazminat da gündeme gelebilecektir³. İşe başlatmamayı yeni fesih saymanın doğal sonucu budur.

İşverenin İşe Başvuran İşçiyi İşe Başlatmaması

İşçinin süresi içinde işverene başvurup bu talebin kabul edilmesine rağmen işe başlamaması halinde ne gibi yol izleneceği Kanun'da düzenlenmemiştir.

Süresi içerisinde işe başlamak için başvuran ve işveren tarafından işe başlatılmak istenmesine rağmen işe başlamaktan vazgeçen işçinin bu davranışının nasıl nitelendirileceği önem arz etmektedir. Bir görüşe göre, bu durumda işçinin başvuruda bulunmamış olduğu kabul edilerek feshin geçerli sayılacağı ve işverenin kıdem ve ihbar tazminatından sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir. Ancak mahkeme sürecinde kendisine ödenecek dört aya kadar ücret ve diğer haklarını takip imkanını kaybetmekte, iş sözleşmesinin ilk fesih tarihinden itibaren son bulmuş sayıldığı için, o dönemde ödenen bildirim süresine ait ücret veya kıdem tazminatlarına ilişkin bir fark da istemesi söz konusu olmamaktadır. Başka bir deyişle işçinin hem işe iade davası açması ve hem de iş ilişkisinin sona ermesine bağlı hakları talep etmesi mümkün değildir, ancak kıdem ve ihbar tazminatı gibi haklarını talep edebilecektir⁴.

Feshin geçersizliği ve işe iade kararı alan işçinin süresi içinde başvurusunu alan işveren, bir aylık süre içinde seçimlik hakkını kullanarak işçiyi işe başlatmayacağı gibi, bir aylık süre içinde sessiz kalarak ve işe davet etmeyerek seçimlik hakkını bu şekilde de kullanabilir.

İşe Başlatmamanın Genel Olarak Sonuçları

İşe başlatmamanın ilk sonucu, başlatmama tarihinde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin kabulüdür. Gerçekleşen bu fesih yasanın verdiği seçimlik haktan kaynaklandığından, işçi bu fesih işleminin geçersiz olduğunu belirterek, tekrar yargı yoluna başvuramaz. Ancak işçi işe başlatıldıktan sonra, işveren tarafından gerçekleştirilen feshe karşı yargı yoluna gidebilir⁵. Tabii burada yeni feshin ne zaman gerçekleştirildiğine de bakmak lazımdır.

İşe başlatmada olduğu gibi, işe başlatılmama halinde de işçiye boşa geçen süre için dört aya kadar ücret ve diğer haklarının ödenmesi ve bu sürenin kıdemden sayılması gerekir. Her iki durumda da işçinin ücret ve diğer haklarına ilişkin bordro düzenlenmesi, vergi ve primlerin tahakkuk ettirilmesi, ilgili kurumlara bildirim ve ödemelerin yapılması, kalan net

³ Ercan AKYİĞİT, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 325.

⁴ Cuma Arif DEMİR, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara 2016, s.527.

⁵ Bektaş KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2011, s.1284.

alacaklarında işçiye ödenmesi gerekmektedir. Feshin geçersizliği davası daha fazla sürmüş olsa da bildirim yapılacak süre geçersiz feshi takip eden dört aylık süredir ve bu dört aylık süre işçinin kıdemine eklenecektir⁶. Dört aylık kıdem süresinin artması duruma göre, işçinin hakkececeği yıllık izin, kıdem ve ihbar tazminatı için esas alınan kıdem süresindeki basamağı artırabilecektir.

Uyuşmazlıkta feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası davacı işverence işe başlatılmadığına göre, geçersizliğine karar verilen fesih ortadan kalkmış ve iş sözleşmesi işe başlatılmama tarihinde feshedilmiştir. O halde davacı dava tarihi itibari ile geçersizliğine karar verilen fesihten dolayı ve gerçekleşen fesih ortadan kalktığından kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti isteğinde bulunamaz. Zira açıklandığı gibi dava tarihi itibari ile gerçekleşen bir fesih olmadığından feshe bağılı kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti istenemez. Bu isteklerin reddi yerine karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir⁷.

İşe başlatılmamanın diğere önemli sonuçlarından biri de, işe başlatılmama tarihine kadar işyerinde gerçekleşen haklardan işçinin yararlandırılmasıdır. Yararlanma, boşta geçen süre ücreti ve diğere haklar bakımından ancak geçersiz fesih tarihini izleyen dört aylık sürede gerçekleşmiş olanlardır. **Ancak işe başlatılmama tazminatı yanında kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı ise işçinin işe başlatılmadığı tarihteki temel ücrette göre hesaplanacaktır. Bunun anlamı işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar işyerinde gerçekleşmiş ücret zamlarından yararlandırılmasıdır.** İşçiye geçersiz fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ödenmişse, işe başlatılmama tarihi olan fesih tarihine göre fark kıdem ve ihbar tazminatı çıkması söz konusu olabilecektir. Bu farkların hesabında işverenin işçiyi işe başlatmadığı tarihteki giydirilmiş ücreti esas alınır. Ayrıca kıdem tazminatı, yine o tarihteki kıdem tazminatı tavanına göre hesaplanmalıdır⁸. Pratikte de hep bu işçilik alacaklarının arttığı görülmektedir.

Yeni Fesih Tarihi

İşe iade davasını kazanan işçinin işe başlatılmaması durumunda fesih tarihi değışecektir.

İş sözleşmesinin sona erdiği, yani iş sözleşmesinin feshedildiğı tarih, işe başlatılmama tarihidir. Sözleşmenin sona erdiği tarihin belirlenmesi de, işverenin bir irade açıklamasında bulunmaksızın bir aylık başlatma süresinin dolmasının beklenmesine veya bu sürenin dolmasını beklenmeksizin işçiyi işe başlatmayacağı yönünde bir irade beyanında bulunulmasına göre değışiklik arz etmektedir. Buna göre işveren, işçinin kendisine başvurusundan itibaren işleyecek bir aylık sürede sürenin dolmasını beklemiş ise sürenin dolduğı tarihte iş akti feshedilmiş olacaktır. Şayet işveren sürenin dolmasını beklemeksizin bu süre içerisinde işçiyi işe başlatmayacağı yönünde irade açıklamasında bulunmuş ise, bu halde irade açıklamasının yapıldığı tarih iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olacaktır⁹. İş sözleşmesinin feshedildiğı tarih işçilik alacaklarının hesaplanmasında ve zamanaşımında çok önemli bir unsurdur.

Davacının kesinleşen işe iade kararına istinaden işverene yaptığı 16.10.2012 tarihli başvuruya karşılık, davalı işverenin 17.10.2012 tarihinde işe başlama konusundaki talebi yazılı olarak reddettiğı anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece, fesih tarihinin 17.10.2012 olduğu kabul edilmelidir¹⁰.

⁶ Bektaş KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2011, s.1284.

⁷ Yrg. 9. HD'nin 26.01.2017 tarihli ve E. 2016/26991, K. 2017/917 sayılı kararı.

⁸ Bektaş KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2011, s.1284.

⁹ Etem KARA, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Ankara 2011, s.124.

¹⁰ Yrg. 22. HD'nin 13.06.2016 tarihli ve E. 2015/22015, K. 2016/17564 sayılı kararı.

Kıdemın Artması

Önemli bir konu da iş güvencesi uyuşmazlığı işçi lehine kesin biçimde sonuçlanana dek boşta geçen sürenin işçinin kıdemine ve sigortalılık durumuna etkisidir.

Davacının kıdem ve ihbar tazminatı hesabında 1.7.2000-20.11.2008 tarihleri arasındaki döneme 20.11.2008'den itibaren dört ay eklenerek bulunacak olan 20.3.2009 tarihi fesih tarihi kabul edilmeli bu aradaki çalışma süresi üzerinden ve 20.3.2009 günündeki asgari ücret üzerinden (yol ve yemek eklenerek) hesaplama yapılmalı ve davalı ödemelerinden bu miktarlardan düşülmelidir¹¹.

Yargıtay, işe başlatmama halinde sözleşmenin işe başlatmama tarihine kadar devam ettiğini kabul ettiği halde boşta geçen sürenin sadece 4 aya kadarki kısmını yıllık izin vs. bakımından kıdemden saymaktadır. Boştaki sürenin 4 ayı aşmadığı hallerde karar isabetli bulunurken 4 aydan fazla sürdüğü durumlarda isabetsiz olduğu kanısındayız. Ancak, boştaki sürenin (4 ayı aşdığı hallerde) tümünden değil sadece ücreti vs. ödenen en çok 4 aylık kısmı için SSK primi kesilerek bu sürenin sigortalı hizmetten sayılması gerekir. 4 ayı aşan kısım için ücret ödenmediğinden, sigorta primi kesilmesi de gündeme gelmez¹². Dolayısıyla işçinin kıdemi, ücretinin ödendiği dönemle sınırlıdır. Kanaatimizce, geçersiz sayılan fesih nedeniyle işine iade edilen işçinin işten hiç çıkarılmamış gibi kabul edilerek, sadece dört ay için ücretinin ödenmesi ama kıdeme bağlı haklarının kesinti olmamış gibi hesaplanması daha uygun olurdu.

III. SONUÇ

İş sözleşmesinin işçinin işe iade kararına rağmen başlatılmadığı tarihte sona ermesinin ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı bakımından üç yönden etkisi bulunmaktadır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar geçen sürede hizmet akdinin kesintisiz devam ettiği kabul edilir. Ancak, davacı çalıştırılmadığı bu sürenin sadece kararın kesinleşmesine kadar geçen en çok dört aylık dönemi İş Kanununa göre ücrete tabidir. Davacının ücrete tabi bu dönemin ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı hesabında dikkate alınması sonucu ortaya çıkmaktadır. Davacıya daha önce ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacağı ödenmiş ise bu süre nedeniyle fark tazminat ve alacak hakkı doğmaktadır. Buna işe başlatmamanın süre yönünden etkisi denilebilir. İşe başlatmamamanın ikinci etkisi ise ücret yönündendir. İş sözleşmesinin feshi işe başlatmama tarihi itibarıyla gerçekleştiğinden ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacağına esas alınacak ücret bu tarihteki emsal ücrete göre belirlenecektir. Davacı ara vermeden çalışmış olsaydı bu tarihte hangi ücrete hak kazanacak idiyse o ücret ve diğer hakları esas alınarak giydirilmiş ücreti belirlenecek ve ihbar ve kıdem tazminatı buna göre hesaplanacaktır. Kullanılmamış yıllık ücretli izin alacağı da yine bu tarihteki ücrete göre belirlenecektir¹³.

7036 sayılı Yasa ile işe başlatmamamanın ücretle yaptığı ikinci etki kaldırılmıştır. 01.01.2018 tarihinden itibaren esas alınacak ücret işçinin dava tarihindeki ücreti olacaktır. Dava tarihindeki ücret, hem boşta geçen dört aylık süreye ilişkin haklarda hem de işe başlatmama tazminatının hesaplanmasında esas alınacaktır. Kıdem, ihbar, yıllık izne ilişkin işçilik hakları için esas alınacak ücret, dava tarihindeki ücret değil, işe başlatmamamanın daha doğru bir ifadeyle sonraki fesih tarihindeki emsal ücrete göre hesaplanacaktır.

¹¹ Yrg.7. HD'nin 18.09.2014 tarihli ve E. 2014/9370, K. 2014/17624 sayılı kararı.:

¹² Ercan AKYİĞİT, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 340 – 341

¹³ Osman Güven ÇANKAYA, Cevdet İlhan GÜNAY, Seracettin GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s.314.