

KARAR İNCELEMESİ

*M. Onat ÖZTÜRK**

İlgili Kanun / Madde
4857S.İşK/17

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2007/41150
Karar No. 2009/6661
Tarihi: 12.03.2009

- İHBAR TAZMİNATI
- İŞ SÖZLEŞMESİNİN EMEKLİLİK ASKERLİK EVLİLİK NEDENİYLE SONA ERMESİNDE İŞÇİ VE İŞVERENİN İHBAR TAZMİNATI İSTEYEMEYECEĞİ
- İŞE İADE DAVASI ÖNCESİ İHBAR ÖNELİ VERİLMİŞ OLMASININ İŞE İADE SONRASI FESİHTE VERİLMESİ GEREKEN İHBAR ÖNELİNİ ORTADAN KALDIRMAYACAĞI
- İHBAR TAZMİNATININ BÖLÜNEMEYECEĞİ

ÖZETİ: İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanununun 24 ve 25. madde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanununun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi

* Yrd. Doç. Dr. Kocaeli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi

haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz, işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir. Böyle bir indirim yapılmamışsa, geçersiz sayılan fesihte ödenen ihbar tazminatı, en son işe başlatmama sebebiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan ihbar tazminatından faizsiz olarak mahsup edilmelidir

ihbar tazminatının bölünemeyeceği gerek yasa gerek kökleşmiş içtihatların getirmiş olduğu bir ilke olup ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir

DAVA: Davacı, ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş.Özmen tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

İhbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konudur.

İş sözleşmesi, taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasına ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı, iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldıracı yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.

Maddede düzenlenen bildirimli fesih belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez.

İşçinin, belirli süreli iş sözleşmesiyle tam süreli kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine hatta takım sözleşmesiyle çalışması arasında, bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

Fesih bildirimini, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir.

Fesih bildiriminde "fesih" sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizeli yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.4.2006 gün 2006/4823 E, 2006/10605 K).

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanununun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez. Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması yönüyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanununun sistematığına uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle -ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD.26.6.2008 gün 2007/ 24004 E, 2008/ 17671 K.).

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hakimın belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 21.3.2006 gün 2006/109 E. 200 6/ 7052 K). Üst sınırın en çok ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.7.2008 gün 2007/ 24490 E, 2008/ 20203 K).

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25. madde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanunun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz, işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir. Böyle bir indirim yapılmamışsa, geçersiz sayılan fesihte ödenen ihbar tazminatı, en son işe başlatmama sebebiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan ihbar tazminatından faizsiz olarak mahsup edilmelidir.

İhbar tazminatının miktarı " bildirim süresine ait ücret " olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek

olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365' e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi açıktır. Bildirimli fesihdeki ihbar süresi tam olarak kullanılmamıştır. İşçinin de tahsis talebinin kabul edilmediği açıktır, ihbar tazminatının bölünemeyeceği gerek yasa gerek kökleşmiş içtihatların getirmiş olduğu bir ilke olup ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi:

İncelediğimiz bu kararda Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, fesih bildirimine ve ihbar tazminatına ilişkin bir kısmı süre gelen, bir kısmı ise yakın zamanda kabul edilmiş çeşitli görüşlerini sıralamaktadır.

Kararda pek çok önemli konuya yer verilmiş olmakla birlikte aşağıda bunlardan ikisine değinilecektir. İncelememize esas olacak ilk kısım; “işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmadığını” belirtilmesidir. Buna göre işçiye işe başlatmayan işveren davaya konu fesih bildiriminde işçiye bildirim süresi vermiş olsa bile, bildirim sürelerine ait ücret tutarını ayrıca ödemek zorunda kalacaktır. Kararın bu kısmına dikkat çekmemizin sebebi, İş Kanunu’nun 21inci maddesinin 4üncü fıkrasında yer alan ve ‘işe başlatılmayan işçiye, bildirim sürelerine ait ücret tutarının, daha önce bildirim süresi verilmemişse ödeneceği’ şekilde anlaşılabilir hükümdür. Hükme göre, “işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürele ait ücret tutarı ayrıca ödenir.” (İK. Md. 21/4-son)

Aşağıda değineceğimiz ikinci kısım ise Yargıtay’ın, “geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödemenin, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edileceğine” ilişkin kararıdır. Bu ifade, “geçersiz sayılan fesih sırasında yapılan peşin ödemenin, işe başlatılmayan işçiye ödenecek iş güvencesi tazminatından mahsup edileceği” anlamını çıkarmaya uygundur. Oysa İK. Md. 21’de böyle bir düzenleme yoktur.

Geçersiz Sayılan Fesihde Bildirim Süresi Verilmiş İse İşe Başlatılmayan İşçiye Ayrıca Bildirim Süresine Ait Ücret Tutarının Ödenip Ödenmeyeceği:

1. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, iş ilişkisi süreye bağlı olarak kurulmamıştır (İK. Md. 11). Bu, esas olarak sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin bilinmemesi anlamına gelir. Bu çeşit bir sözleşmede sonu bilinmeyen sürece sözleşmeyle bağlı kalınmasının kişi özgürlüğüyle çelişeceği düşünülerek taraflara, karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla (fesih bildirimiyile) sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanınmıştır. Genel olarak taraflar, iyiniyetle ve dürüstlük kuralından uzaklaşmaksızın¹, bu olanağı diledikleri zaman ve sebep göstermeksizin² kullanabilirler. Fakat sözleşmenin böylece aniden sona erdirilmesinin sebep olabileceği zararların önlenmesi için feshedenin diğer tarafa süre vermesi (bildirim süresi) öngörülmüştür (Süreli Fesih İK. Md. 17). Böylece sözleşme aniden değil, bildirim süresinin bitiminde sona erer. Bu süre içinde tarafların karşılıklı hak ve borçları devam eder. Sözleşmeyi feshedecek tarafın kanunla düzenlenen bu süre kadar dahi sözleşmenin devamına zorlanamayacağı özel durumların (haklı nedenler, İK. Md.24-25) varlığı halinde ise bu sürenin verilmesi gerekmez.³

2. İşçinin sözleşmeyi feshederken işverene bildirim süresi vermesinin sebebi veya diğer bir söyleyişle Kanun'un böyle bir yükümlülük getirmesinin sebebi, işverenin bu sürede yeni işçi bulmasını sağlamaktır.⁴ İşveren de işçiye bildirim süresi ve bu süre içinde iş arama izni verir ki böylece işçi işsiz kalmadan yeni bir iş arar ya da kendini işsiz kalacağı döneme hazırlar.⁵ İş sözleşmesinin bildirim süresi verilerek sona erdirilmesinin gerektiği hallerde Kanun'daki kurguya göre (İK. Md. 17) sözleşmeyi işçi feshederken iki olasılık, işveren feshederken üç olasılık söz konusudur. İşçi, ya bildirim süresi verir ve bu süre boyunca iş yerinde çalışır, süre sonunda sözleşme sona erer, ya da süre vermez, işyerini derhal terk eder ve işverenin talebi halinde İhbar Tazminatı ödemek zorunda kalır. İşveren ise ya işçiye bildirim süresi verir, ya bu süreyi tanımaz⁶ ve işçi talep ederse İhbar Tazminatı⁷ ödemek zorunda kalır, ya da bildirim süresine ait ücreti işçiye “peşin vermek”

¹ İK. Md. 17'de işverenin kötünüyetle yapacağı fesihler için özel tazminat düzenlenmiştir.

² İş güvencesiyle gelen sınırlandırmaya aşağıda değinilecektir.

³ Örneğin cinsel tacize uğrayan işçiden bildirim süresince buna katlanması beklenemez. Bu sebeple işçi sözleşmeyi bildirim süresine uymadan, haklı nedene derhal feshedebilir. (İK. Md. 24- işveren için Md. 25)

⁴ Çünkü eğer bu yükümlülük getirilmeseydi, iş sözleşmesini dilediği zaman ve sebep göstermeksizin feshedebilecek işçinin işyerine ciddi zararlar vermesi mümkündür. Örneğin bant üzerinde çalışan bir veya bir kaç işçinin işi aniden bırakması, bandın ilerleyişinin dolayısıyla tüm işin durmasına sebep olabilir.

⁵ Böylece gelir olarak çoğu zaman sadece ücrete bağımlı işçi ve ailesine hazırlık için bir fırsat tanınmış olmaktadır.

⁶ Süreyi eksik kullanılmak, bir kısım süre vermek, bir kısmı için ücret ödemek gibi durumlarda da bildirim süresi verilmemiş sayılmaktadır.

⁷ Kanundaki ifadeyle; “bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat”.

suretiyle sözleşmeyi derhal⁸ sona erdirir. Peşin ödeme, ihbar tazminatı değildir. Burada ödenen tazminat değil ücrettir. Bu olanak işçiye tanınmamıştır. Bu sebeple işveren, bildirim süresi boyunca işçiye ihtiyacı varsa, sözleşmeyi fesheden işçiden gelen peşin ödeme yapma teklifini kabul etmeyebilir. Buna rağmen işçi çalışmayıp işi bırakırsa, ihbar tazminatı yanında işveren tarafından ispat edilmesi halinde, işi erken terk etmesi nedeniyle oluşacak zarardan işverene karşı sorumlu olacaktır.

3. Kanunda gösterilen özel koşulların varlığı halinde (İK. Md. 18) işçiler iş güvencesi kapsamındadır. Bu işçiler tıpkı diğerleri gibi iş sözleşmesini diledikleri zaman ve sebep göstermeksizin tek taraflı sona erdirebilirler. Haklı nedenleri yoksa işverene süre tanımak (bildirim süresi vermek-İK. Md. 17) zorundadırlar. İşveren ise, iş güvencesi kapsamındaki işçi söz konusu olduğunda, sözleşmeyi dilediği zaman ve sebep göstermeksizin sona erdiremez. Haklı nedeni (İK. Md. 25) yahut geçerli sebebi (İK. Md. 18) olmalıdır. İşverenin fesih nedeni “haklı neden” ise sözleşmeyi derhal sona erdirebilir ancak “geçerli sebep” ise işçiye bildirim süresi vermelidir. Buna göre “geçerli sebep” öyle bir nedendir ki işverenin iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesini buna dayanarak tek taraflı sona erdirmesi makul bulunmuştur fakat bu geçerli sebep, iş sözleşmesinin derhal sona erdirilmesini gerektirecek kadar önemli ve acil sayılmamıştır. Bu durumda işveren sözleşmeyi sona erdirilebilir ama işçiye bildirim süresi vermelidir. Öyleyse iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesini gerektiren ve kanunda açıkça gösterilmemiş nedenin “haklı neden” mi yoksa “geçerli sebep” mi sayılması gerektiğinin tespiti sırasında, Kanun’un sistematüğinden yararlanarak, “işverenden işçiye bildirim süresince katlanması beklenebilir mi?” sorusundan yararlanılabilir. Katlanabilecek durumda ise fesih nedeni ancak geçerli sebep olacaktır ve iş sözleşmesi işveren tarafından derhal sona erdirilemez. Böylece, geçerli sebep olduğu düşünülen durumun varlığı halinde işverenin yapması gereken, işçiye bildirim süresi vererek sözleşmeyi feshetmekten ibarettir.

4. İş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiğinde, iş güvencesi kapsamındaki işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep (veya haklı bir neden-İK. Md. 25/son) olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir (İK. Md. 20). Bu davada, feshine ilişkin usul denetlenir, fesih bildiriminde sebep gösterilip gösterilmediği ve feshin gerekçesi olan nedenin işverene, iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesini tek taraflı sona erdirmek hakkı verip vermediği incelenir.

Mahkemece fesih nedeninin haklı neden olduğunun ve İK. Md. 26’daki sürelerle uyulduğunun tespiti halinde, fesih tüm sonuçlarıyla geçerlidir. Sözleşme fesih anında derhal sona ermiştir. Bu fesihte işverenin bildirim süresi vermesi

⁸ Yargıtay’a göre kural olarak derhal sona erer, ancak doktrinde sözleşmenin bildirim süresi sonunda sona ermiş sayılması gerektiği ya da hiç değilse işçinin haklarının kısıtlanması için yapılmışsa bildirim süresinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir.

gerekeceğinden, işçi artık ihbar tazminatı da talep edemez. Zira ihbar tazminatı, usulünce kullanılmayan bildirim süresinin yaptırımıdır.

Fesih nedeninin haklı neden değil ancak geçerli sebep olduğu sonucuna varılırsa bu, işverenin sözleşmeyi sona erdirebileceği ancak bunu derhal değil süre vererek yapması gerektiği anlamına gelir. İşveren fesih sırasında peşin ödeme yapmış ise sözleşme ödeme anında, bildirim süresi vermişse sözleşme bu sürenin sonunda, vermemişse talep halinde ihbar tazminatı ödemek yükümüyle birlikte yine bildirim süresinin sonunda sona ermiş sayılır. Böylece geçerli sebeple yapılan fesih bildirimini tüm sonuçlarını doğurmuş olacaktır.

5. İşçi işe iade kararı kesinleştiğinde on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır⁹ ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur (İK. Md. 21/5). İşçiye işe başlamak için işverene başvuruda bulunma olanağı veren Mahkeme kararı aslında, işverenin davaya konu fesih bildirimini ile sözleşmeyi sona erdiremediğini tespit etmiştir. Kanun'da aranan koşullar yokken yapılan fesih bildirimini sözleşmeyi sona erdiremez.

6. İşverenin iş sözleşmesini sona erdiremeyeceği sırada işçiye verdiği bildirim süresinin bir anlamı olmamak gerekir. Bildirim süreleri, özel olarak sözleşmenin “aniden sona ermesinin” doğuracağı sakıncaları önlemek için öngörülmüş olmakla birlikte, daha genelde “sözleşmenin sona ermesine ilişkin sakıncaları gidermek için” düzenlenmiştir. Bildirim süresi vermek sözleşmeyi sona erdiren taraf için bir hak değil yükümlülüktür. Sözleşmenin sona ermediği belirlendiğine göre işverenin işçiye bildirim süresi verme yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedilemez.

Bildirim süresi sonunda sözleşmenin sona ermesi gerekir. Sona ermemişse bu süre bildirim süresi değil, normal çalışma süresidir.

7. Tespit niteliğindeki işe iade kararı, usule ilişkin kurallara uyulmaması, haklı nedenin olmaması ya da geçerli sebebin gösterilmemiş olması veya geçerli sebep olmaması gibi sebeplerle sözleşmenin sona erdirilemediğini belirtmekle, fesih bildirimini ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır. Ancak bu aşamada Kanun işçiye, işverene başvurma yükümlülüğü, işverene de işçinin başvurusundan sonra tazminat ödemek suretiyle işçiye işe başlatmama hakkı tanımaktadır. Yöntem bakımından eleştirilebilir tarafları olmakla birlikte, bu düzenlemenin amacı, dava boyunca süren çekişmenin ardından karşılıklı güvenin kaybedilmesi ihtimali nedeniyle taraflara sözleşmeyi devam ettirmeme olanağı tanımaktır.

⁹ Buna göre işveren mahkeme kararıyla geçersiz sayılan feshi haklı nedenle yaptığı iddiasında ise fesih haklı nedenle, geçerli sebeple yaptığı iddiasında ise geçerli sebeple yapılmış sayılacaktır. Yoksa, feshin “geçerli bir fesih sayılması” haklı nedenle yapılmış feshin de “geçerli sebeple yapılmış fesih” sayılması anlamına gelmemektedir. Aslında böyle anlaşılması daha anlamlı ve ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi bakımından işçi lehine olurdu. Zira ortada haklı neden yokken sırf işçi süresinde başvurmadı diye işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği sonucuna ulaşılamazdı.

Bu duruma işveren sebep olduğuna göre işçi işverene başvurmadığında ihbar tazminatı ödemek zorunda kalmamalıdır. Zaten Kanun Koyucu bu durumu işçinin feshi olarak değerlendirmemiş, işverence yapılmış olan feshi geçerli saymıştır (İK. Md. 21/5).

İlk feshin geçersiz sayılmasıyla sözleşme devam ettiğinden, iş sözleşmesi, işveren işçiyi işe başlatmadığında işveren tarafından sona erdirilmiş olur. Bu durumda işçi fiilen işe başlatılmadığından, artık işverenin bildirim süresi vermesi mümkün değildir. İşverenin bildirim süresi vermesi fiilen mümkün olmadığından, usulünce bildirim süresi vermediğinde ödemesi gereken ihbar tazminatından da sorumlu tutulamaz. İşveren, Kanun'un kendisine tanıdığı işe başlatmama hakkını kullanmaktadır. Ancak burada, İK. Md. 21/4-son hükmü gereği bildirim süresine ait ücret tutarını ayrıca ödemek zorunda kalacaktır. Ödenen miktar ihbar tazminatıyla aynı olmakla birlikte, tazminat değil ücrettir. Geçersiz sayılan fesih sırasında peşin ödeme yapılmışsa bu miktar, işe iade etmeme anına göre hesaplanacak miktardan mahsup edilmelidir.

8. Kanun Koyucunun, bir taraftan işe iade davası neticesinde işveren tarafından yapılan feshi geçersiz sayması, diğer taraftan 21/4-son hükmünde geçersiz saydığı bu fesih sırasında kullanılan bildirim süresine geçerlilik tanınacağı anlamına gelebilecek ifadeye 10 yer vermesi, çelişkiden ibarettir. Yargıtay “geçersiz sayılan fesihle kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe etkisi olmayacağını” belirterek, bu çelişkiyi, iş hukukunun genel ilkelerini ve iş güvencesi kurumunun bütününe dikkate alarak gidermiş görünmektedir. Fakat Kanun'un bu hükmünün açık ve kesin bir dille kaleme alındığı, bu sebeple geçersiz sayılan fesihle bildirim süresinin verilmiş olması halinde artık ayrıca bildirim sürelerine ait ücret tutarının ödenmesi gerekmediğini iddia edebilecek görüşe karşı, hükümden bu ifadenin çıkarılması uygun olacaktır.

Geçersiz Sayılan Fesihle Yapılan Peşin Ödemenin İş Güvencesi Tazminatından Mahsup Edilip Edilmeceği

9. İşe iade kararında Mahkeme, en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarındaki tazminatı (iş güvencesi tazminatını) belirler. Aynı kararda, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği de belirtilir.

Dört aya kadar ücret ve diğer haklar, işçinin işe başlamak için işverene başvurduğu anda muaccel olur. İşverenin işçiyi işe başlatıp başlatmaması durumu değiştirmez. Çünkü işçinin bu alacağı, çalışması karşılığı hak edeceği ücret ve diğer haklarından, kusuru olmaksızın, işverenin geçersiz feshi nedeniyle çalıştırılmayarak mahrum bırakılmasının yaptırımıdır.

¹⁰ “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.” (İK. Md. 21/4-son)

İş güvencesi tazminatı ise işçinin işverene başvurduğu anda değil, işveren işçiyi işe başlatmadığında muaccel olur. Buna göre muaccel olma anı, işverenin işçiyi işe başlatmayacağını bildirdiği veya İK. Md. 21/1’de gösterilen bir aylık sürenin dolduğu andır. Bu tazminat, işe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmamanın yaptırımı olduğu için, eğer işveren işçiyi işe başlatırsa iş güvencesi tazminatı ödemesi gerekmez. Bu sebeple, iş güvencesi tazminatı sadece kesinleşmiş Mahkeme kararı sonrası işe başlamak için işverene başvuran işçi işe başlatılmazsa ödenen bir tazminattır.

10. İşçi işe başlatılmazsa, işverenin ayrıca bildirim sürelerine ait ücreti de ödemesi gerekir (İK. Md. 21/4-son). İşçi işe başlatılırsa, sözleşme sona ermediğinden, işverenin işçiye bildirim sürelerine ait ücreti ödeme yükümlülüğü olmaz. Buna göre iş güvencesi tazminatıyla, buradaki bildirim sürelerine ait ücret arasında, ödenme zamanı bakımından paralellik vardır. Eğer işçiye iş güvencesi tazminatı ödeniyor ise bildirim sürelerine ait ücret de ödenecek, iş güvencesi tazminatı ödenmiyor ise bildirim sürelerine ait ücret de ödenmeyecek demektir. Bu sebeple Kanun’un kurgusunda, iş güvencesi tazminatından, geçersiz fesih sırasında ödenen bildirim sürelerine ait ücretin mahsup edilebileceği olasılığa yer verilmemiştir.

İş Kanunu’nun 21inci maddesinde sadece, geçersiz sayılan fesih sırasında peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücretin, işçinin işe başlatılması halinde, 4 aya kadar ücret ve diğer haklardan mahsup edileceği belirtilmiştir. Bunun sebebi işçi işe başlatıldığında sözleşmenin sona ermemiş olması ve dolayısıyla işverenin yaptığı peşin ödemenin işçide sebepsiz zenginleşme yaratmasıdır.

İşveren işçiyi işe başlatmazsa, bildirim sürelerine ait ücreti, işe başlatmama anındaki kıdemine göre hesaplayarak ödemek zorundadır. Geçersiz fesih sırasında peşin ödeme yapmışsa, bu kısım mahsup edilecektir.

11. İş güvencesi tazminatıyla, bildirim sürelerine ait ücretin ödenmesi konusundaki paralellik bu güne kadarki Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Bu sebeple incelediğimiz kararın yanlış kaleme alındığı kanaatindeyiz. Aksi durumda, “geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde, yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir” ifadesine katılmak mümkün değildir.

SONUÇ:

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, incelediğimiz kararda yer alan;

1. Geçersiz sayılan fesihte bildirim süresi verilmiş olsa bile bunun değeri olmadığı ve işe başlatılmayan işçiye, aksini düşündüren İK. Md. 21/4-son hükmüne rağmen, ayrıca bildirim süresine ait ücret tutarının ödenmesi gerektiği yönündeki görüşün isabetli olduğu kanısındayız.

2. Geçersiz sayılan fesihte yapılan peşin ödemenin, iş güvencesi tazminatından mahsup edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir ifadeye ise katılmak mümkün değildir.