

# Geçersiz Fesihde Süresinde Başvurmayan Ya da İşveren Çağırısına Rağmen İşe Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süre Ücretine Hak Kazanamayacağına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi ve Öneriler<sup>1</sup>

■ Zeynep ŞİŞLİ\*

## Özet

İşverence yapılan feshin geçersizliğine karar verilmesinin hukuki sonuçlarını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu 21. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen; kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve haklarının ödeneceğine ilişkin hükmün uygulanmasında, işçinin işe başlama iradesi esas alınmaktadır. Bu çalışmanın amacı, işverene başvurmayan ya da başvuran ancak işe başlamayan işçinin, "boşta geçen süre ücreti" olarak anılan bu alacaklara hak kazanamayacağına ilişkin Yargıtay ilke kararının, iş hukuku ilkeleri ve uluslararası belgeler ışığında eleştirilmesi ve İş Kanunu 21. madde 3. ve 5. fıkralarının farklı bir bakış açısı ile yorumunun önerilmesidir. Teorik kaynakların taranması yöntemiyle yapılan bu çalışmada, geçersiz feshin sonuçları boşta geçen süre ücretine hak kazanma ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Makalenin giriş bölümünde, çalışmanın konusu olan sorun tanımlanmaya, ardından Yargıtay'ın zaman içinde değişen görüşü ile istikrar kazanan ilke kararı ve öğretinin hukuki değerlendirmeleri aktarılmaya ve feshe karşı korumanın hukuki kaynakları temelinde

\* Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1 16-17 Mart 2012 tarihlerinde İzmir Barosu tarafından düzenlenen "İş Yargılamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu"nda sunulan tebliğde ifade edilen görüş temelinde üretilmiştir. Tebliğin hazırlanması aşamasında, işe iade hükmünün uygulanmasında değişilmesi gereken sorunlarla ilgili fikirlerini sorduğum hukukçu meslektaşlarımdan sayın Av. Anıl Güler'e, "akdin feshedildiği tarih"in ne zaman olduğu sorusunu yönelterek, konuya farklı bir yönden bakmamı sağladığı için teşekkür etmek isterim.

farklı açılardan hakkın özünü olumsuz etkileyen sonuçları irdelenmeye çalışılmakta ve sonuç olarak bu hali ile 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesine aykırı olan uygulamanın "feshin geçerli olduğu tarih" temelinde farklı yorumlanarak değiştirilmesi önerilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İş Hukuku, Geçersiz Fesih, İşe Başvuru, İşverence Yapılan Feshin Geçerli Olacağı Tarih, Boşta Geçen Süre Ücreti

CRITICISM AND PROPOSALS PERTAINING TO THE COURT OF CASSATION'S DECISIONS REGARDING ENTITLEMENT TO REIMBURSEMENT OF THE WORKER WHO DOES NOT APPLY IN LEGAL TIME OR DOES NOT RESUME WORK DESPITE THE INVITATION OF EMPLOYER IN CASE OF INVALID TERMINATION

### **Abstract**

Employee's will to resume work is taken as basis by Court of Cassation for deciding whether the employee will deserve the reimbursement by Article 21/3 of Labour Law No. 4857, which states that the employee will be entitled to wages and other rights of four months at most for the duration of unemployment until the finalization of the court's verdict, under the title of "the consequences of termination without a valid reason". The aim of this study is to suggest the interpretation of Labour Law Article 21/3 from a different point of view, in the light of Labour Law principles and international conventions, which bases on the criticism of Court of Cassation's principle decision states that the employee, who does not apply in time or apply in time but does not start working, will not deserve reimbursement for unemployed periods. This study is based on the review of theoretic resources and limited to the entitlement of the reimbursement for unemployed periods upon invalid termination. In the introduction of the article, the problem is tried to be defined. Following this, the changing decisions of Court of Cassation in time before being stable as a principle decision and legal assessments of doctrine are tried to be explained, and to be examined from different point of views depending on the core idea of the law about protection of the employee against unfair termination. As a result, it is recommended that since, the principle decision about application of article 21/5, as it stands, goes against ILO Convention No.158 and Article 24 of the Eu-

ropean Social Charter, and because "applicability date of termination" can be interpreted differently, it should be revised accordingly.

**Key words: Labour Law, Invalid Termination, Application to Work, Applicability Date of Employer's Termination, Reimbursement for Unemployed Periods**

### **Giriş**

4857 sayılı İş Kanunu hükümleri gereği, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi ancak hukuken geçerli sebeplerin varlığı halinde mümkündür. İşçinin feshe itirazı üzerine yapılan yargılama sonucu feshin geçerli sebebe dayanmadığına, bir diğer deyişle geçersizliğine karar verilmesinin hukuki sonuçları İş Kanunu 21. maddesinde altı fıkradan ibaret olmak üzere düzenlenmiştir. Çalışmanın konusu, beşinci fıkra çerçevesinde işverene başvurmayan ya da başvurmakla birlikte işe başlamayan işçinin, üçüncü fıkroda düzenlenen çalıştırılmadan geçen süre ücretine hak kazanıp kazanamayacağının tartışılmasıdır. Yargıtay ilke kararı, her iki durumda, işçinin kesinleşen feshin geçersizliği kararına rağmen iş ilişkisini sürdürmeme iradesi sonucu, beşinci fıkra gereği işverence yapılan feshin geçerli hale geleceği ve işverenin sadece bunun sonuçları olan kıdem ve varsa ihbar tazminatlarından sorumlu olacağı, sadece işe başlatmama tazminatının değil, boşta geçen süre ücretinin de talep edilemeyeceği yolundadır.

Çalışmanın amacı, iş güvencesi çerçevesinde, yasanın sözünden de açıkça ödenmeyeceği anlaşılmayan, aksine işçinin işe başlamasından hiç söz edilmeden bağımsız bir fıkroda ödeneceği düzenlenen boşta geçen süre ücretinin, feshin mahkemece geçersizliğinin tespiti halinde, her durumda işçi tarafından talep edilebileceği görüşü ile konunun irdelenmesidir. Bu çerçevede, İş Kanunu 21. madde 5. fıkrasının düzenleme amacının, işçinin işe başlamama iradesinin, geçersiz feshe bağlı tazminatlarından mahrum kalmasına yol açacak şekilde yorumlanmasının engellenmesi olduğu düşüncesi ile, bu fıkranın ikinci cümlesinde yer alan işveren feshinin geçerli olduğu tarihin, işçinin başvuru hakkını kullanmadığının ortaya çıktığı; kesinleşen kararın tebliğinden on işgünü sonra veya işe başlamadığı tarih olarak kabul edilmesinin uygun olacağı savunulmaktadır. Çalışmada, işçinin feshe karşı korunmasının hukuki kaynaklarından kısaca söz edildikten sonra, çalışmanın problemi olan ilke kararına gelinen süreçte yargı kararlarındaki değişim ve

öğretideki farklı görüşlere değinilmektedir. Yüksek mahkemenin ilke kararı ve öğretinin konu ile ilgili görüşlerinin temelindeki paradigma-  
nın, hakkın özüne olumsuz etkileri irdelenerek, hukuka aykırılık neden-  
leri tartışılmaya çalışılmaktadır. Sonuçta hukuka ve hakkaniyete aykırı  
olduğu düşünülen ilke kararının, uluslararası belgelerde ifadesini bulan  
işçinin feshe karşı korunması amacına ve hakkın özüne uygun olarak,  
yasanın sözüne de aykırı olmadığı düşünülen farklı bir bakış açısı teme-  
linde değiştirilmesi önerilmektedir.

### **1. İşçinin Feshe Karşı Korunması ve Geçersiz Fesihle İşe Baş- vurmayan veya Başlamayan İşçinin Durumu**

İş hukukunun varlık sebebi, iş sözleşmesinde ekonomik ve sosyal  
açıdan güçsüz taraf olan işçinin korunmasıdır. İşçinin yaşamını sürdü-  
rebilmek için çalışmaya ihtiyacının olması, iş ilişkisinde objektif olarak  
hukuken korunmasını gerekli kıldığından, sosyal devlet anlayışı teme-  
linde devlet müdahalesinin öne çıktığı ve kamu düzeni ile ilişkili kural  
ve kurumların ifadesi olarak "iş hukuku" ortaya çıkmıştır.<sup>2</sup> İş hukuku  
kuralları, işçinin sadece iş ilişkisi sürmekte iken değil, iş sözleşmesinin  
kurulmasından başlayarak fesih süreci dahil olmak üzere en geniş an-  
lamda korunmasını öngörmektedir.

İş güvencesi mevzuatı, geniş anlamda bildirim süreleri ve kıdem  
tazminatı gibi işçinin işten çıkarılmasını güçleştirici ve zararlarını gi-  
derici tüm önlemleri kapsamakla birlikte, dar anlamda işverenin fesih  
için geçerli sebep gösterme zorunluluğu ve buna bağlı işe iade başta  
olmak üzere hukuksal yaptırımları ifade etmektedir.<sup>3</sup> Dar anlamda iş  
güvencesi hukukunun amacı, işverenin iş sözleşmesini hukuken geçerli  
kabul edilen bir neden olmaksızın feshetmesinin engellenmesi yolu ile  
iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasıdır. Öğretide, işverenin fesih hak-  
kını ortadan kaldırmayan, ancak sınırlayan işçinin feshe karşı korunma-  
sına ilişkin kuralların, işverenin yönetim hakkını kötüye kullanmasının  
önlenmesini, aynı zamanda bu hakkı kötüye kullanıp kullanmadığının  
yargı denetimine tabi tutulmasını amaçladığı belirtilmektedir.<sup>4</sup>

- 
- 2 Fevzi Demir, Hukukun Temel Kavramları, Birleşik Matbaa, İzmir 2007, s.221.
  - 3 Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2003, (1-40), s.1. <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-1/PDF/alp1.pdf>, erişim tarihi 25.12.2013.
  - 4 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.22.

İşçinin geçerli bir sebep olmaksızın iş sözleşmesinin feshine karşı korunması anlamında iş güvencesi, temel bir sosyal hak olan<sup>5</sup> çalışma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmıştır. 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi ve 166 sayılı ILO tavsiye kararı iş sözleşmesinin feshi hakkında işçi açısından güvence oluşturacak kuralları içermektedir. 158 sayılı ILO sözleşmesi, daha sonra kabul edilen uluslararası sosyal haklarla ilgili belgelerin işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin hükümlerinin temelini oluşturmuştur. Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesi, bu çerçevede 158 sayılı ILO Sözleşmesi esas alınarak düzenlenmiştir. Birçok ülkede ulusal düzenlemelerin de kaynağını oluşturan 1982 tarihli ILO sözleşmesi, Türkiye tarafından 1994'te usulüne uygun yürürlüğe konulmuş, ancak 2003 tarihli 4773 sayılı kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu ilk kez iç hukukta uygulanabilir hale getirilmiştir.<sup>6</sup> 4857 sayılı İş Kanunu'na bazı değişikliklerle aktarılan feshe karşı korumaya ilişkin hükümler, 18 ile 21. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin ilk fıkrasında; işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık

---

5 Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, 1.baskı, İstanbul 2009, s.131-137.; Annie Gruber, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar", Anayasal Sosyal Haklar(Ed.İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1.Baskı, Şubat 2012(s.239-252) s. 242.

6 158 sayılı ILO Sözleşmesi 2 Haziran 1982'de kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 18 Haziran 1994 tarihli Resmi Gazete(RG)'de yayımlanan 9 Haziran 1994 gün ve 3999 sayılı Kanun ile kabul edilip, 12 Ekim 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 10 Ağustos gün ve 94-5971 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. Ancak hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmadığı gerekçesi ile, 15 Ağustos 2002 tarihli RG.de yayımlanarak 15 Mart 2003'de yürürlüğe giren 4773 sayılı "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzim Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 2.maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu 13.maddesinde yapılan değişiklik hükümleri ile düzenleme yapıncaya kadar uygulanmamıştır.  
<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz158.htm> (erişim tarihi 01.11.2013)

ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı hükmü yer almaktadır. İkinci fıkra, birinci fıkraya konu tazminatın miktarının feshin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel hakem tarafından belirleneceğini öngörmektedir. Üçüncü fıkrada, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir denmektedir. Dördüncü fıkra, işçinin işe başlatılması halinde, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatının, üçüncü fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edileceği, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelele ait ücret tutarının ayrıca ödeneceğini düzenlemektedir. Maddenin beşinci fıkrasında, işçinin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olduğu, bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan feshin geçerli sayılacağı ve işverenin sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacağına ilişkin hüküm yer almaktadır. Altıncı fıkrada, maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı belirtilmektedir.

İş güvencesi kurallarının temel amacı, işverenin fesih hakkını sınırlandırarak iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması yoluyla işçinin korunmasıdır. Ancak iş ilişkisinin niteliği itibarı ile sürdürülmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda hukuka aykırı işlem yaptığı tespit edilen işverene, işçinin zararlarının tazmini yolu ile telafi amaçlı yaptırım yüklenmesi, uluslararası sözleşme kuralları ve denetim organlarının kararları ile benimsenmektedir.<sup>7</sup> Sosyal haklarla ilgili uluslararası belgelerin ilgili hükümlerinde, geçerli sebep olmaksızın iş sözleşmesinin işverence feshedildiği durumda, işe iade yanı sıra/veya işçinin bu sebeple uğradığı zararların giderilmesinin gerekli olduğunu düzenlenmektedir. İşçinin

---

7 158 sayılı ILO Sözleşmesi 10. maddesi; *"Bu sözleşme'nin 8 inci maddesinde belirtilen merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır"* (<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz158.htm>, erişim tarihi 01.11.2013)

işverenin hukuka aykırı feshi sonucu uğradığı zararların telafisi, işvereni geçerli sebep olmadığı hallerde fesihden caydırmanın güvencesi ve işin sürekliliğinin sağlanması için zorunlu araçlardır. İşçinin telafisi öngörülen zararları, öncelikle çalıştırılmadığı sürede mahrum kaldığı ücret ve haklarını içermektedir. 158 sayılı ILO Sözleşmesi 10. maddesinde ve Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesinde iş sözleşmesi geçerli bir sebep olmaksızın feshedilen işçinin uğradığı zararların tazmini, "*çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla*", doğrudan işverenin hukuka aykırı feshinin yaptırımını olarak düzenlenmektedir.<sup>8</sup> Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Sosyal Şart'la ilgili yorum kıstaslarını açıklarken, tekrar işe alma ve/ya işe almama tazminatından önce ve bunlardan bağımsız olarak işçinin işten çıkarıldığı tarihten kararın kesinleştiği tarihe kadar maddi kayıplarını, telafisi gereken zararlar arasında saymaktadır.<sup>9</sup> Avrupa Sosyal Komitesi kararları yargısal nitelikte olmamakla birlikte, Avrupa Sosyal Şartı ile bir bütün olarak ele alınması ve Şart'ı onaylayan devletlerin hukukuna etkili olması gerektiği savunulmaktadır. Bu konuda; nasıl Anayasa tek başına bir metin olarak değil, Anayasa Mahkemesi içtihadı ile birlikte uygulamaya yön veriyorsa, Şart hükümlerini yorumlayarak yaşama geçirilmesini sağlayan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi içtihadının, ulusal yargıçlar tarafından Avrupa Sosyal Şartı

---

8 Avrupa Sosyal Şartı II. Bölüm, "İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı" başlıklı 24.maddesi; "Akit Taraflar, çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; a) tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını; b) iş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı taahhüt ederler. Bu amaçla Akit Taraflar, iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı taahhüt ederler" hükmünü düzenlemektedir. Bu madde ile ilgili Eklerin 4.bendinde ayrıca geçersiz kılınan haksız fesih nedeniyle işçinin uğradığı zararların telafisi için gerekli tazminat ve diğer yardımların ulusal yasa, yönetmelik ve toplu sözleşmeler gibi araçlarla düzenleneceği belirtilmektedir.

(<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>  
(erişim tarihi; 30.10.2013)

9 Council of Europe: European Committee of Social Rights, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights(s.154)*, 1 September 2008, available at: <http://www.refworld.org/docid/4a3f52482.html> (erişim tarihi 30.10.2013)

hükümleri yanı sıra, uygulamaya esas alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>10</sup> Bu çerçevede, Yargıtay'ın konu ile ilke kararında somutlaşan yorumunu, Anayasa'nın 90. maddesi gereği, kanun hükmü ile çeliştiği durumda, öncelikle göz önüne alınması gereken Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesi yanı sıra denetim organlarının kararlarına yansıyan yorum ve uygulama kıstasları açısından tekrar değerlendirilmesi uygun olacaktır.

İşçinin geçersiz fesih sebebi ile uğradığı zararlar kapsamında boşta geçen süre ücretini, iş ilişkisi sürdürülemez de hak edeceğine ilişkin hükümler, birçok ülke hukukunda uluslararası iş güvencesi kurallarına uygun olarak düzenlenmektedir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu hükümleri, feshin geçerli sebebe dayalı bulunmadığına karar veren mahkemeye, taraflardan birinin isteği üzerine, sürdürülemeyeceği kanaatine vardığı takdirde, iş ilişkisini sonlandırarak işçiye tazminat ödenmesine karar verme yetkisi vermekte<sup>11</sup>, ayrıca yeni bir işe giren ve eski işine dönmek istemeyen işçiye, yeni işe girdiği tarihe kadar boşta geçen süre ücretini, geçersiz feshi yapan işverenin ödeme yükümlülüğünü düzenlemektedir.<sup>12</sup> İtalyan Hukukunda, mahkemece feshin geçersiz olduğuna hükmedildiğinde, işçinin işe iadesine karar verilebilme, ancak işçinin bunu reddetmesi halinde, işe iade yerine 15 aylık ücreti tutarında tazminata hükmedilmektedir.<sup>13</sup> Birçok ülke hukukunda, mahkemenin işin sürdürülemeyeceğine karar vermesi ve/veya tarafların talebi halinde, geçersiz feshin tazminatla yaptırım altına alındığı veya işçiye tercih hakkı tanındığı görülmektedir. Türk Hukukunda, işverenin iradesinin belirleyici olması, geçersiz feshin sonunda işe başlatma keyfiyetinin işverene bırakılması sosyal taraf olarak sendikalarca eleştirilmiştir. Öğretide, mahkemece, iş sözleşmesinin sürdürülmesinin taraflardan beklenemeyeceği sonucuna ulaştığı takdirde işe iade yerine tazminata hükmedilmesinin, ya da işçiye işe başlama zorunluluğu yerine, tazminatları talep edebilme hakkının verilmesinin uygun ola-

- 
- 10 Luis Jımena Quesada (çev. İbrahim Ö. Kaboğlu), "Avrupa Sosyal Şartı'nın İç Hukukta Uygulanması" Anayasal Sosyal Haklar (Ed.İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1.Baskı, Şubat 2012 (65-71)
  - 11 OECD EPL Database, update 2013, s.34-37, <http://www.oecd.org/els/emp/All.pdf>, erişim tarihi 19.01.2014.
  - 12 Alp, a.g.e., s.27.
  - 13 OECD EPL Database, update 2013, s.51, <http://www.oecd.org/els/emp/All.pdf>, erişim tarihi 19.01.2014.



çağı yolunda görüşler bildirilmektedir.<sup>14</sup> İş Kanunu 21. madde 5. fıkrada düzenlenmesinin, işçinin boşta geçen süre ücretini kaybetmesine neden olduğu ve sözleşme ilk fesih tarihinde sona ermiş sayıldığı için, işçinin feshe bağlı hak ve tazminatları ile ilgili farkları talep edemediği belirtilmektedir. İsbetli bulunmayan bu düzenlemenin yerine, eski işyerine dönmek istemeyen işçinin, mahkemenin geçersizlik kararı sonucu devam etmekte olan sözleşmeyi, işe başlamadığı tarihte feshettiği kabul edilerek tazminat ve diğer haklarının ödenmesinin daha adil bir çözüm olacağı ifade edilmektedir.<sup>15</sup>

Türk Hukukunda, 4857 sayılı Yasa 21. maddesinde, işçiye açıkça tercih hakkı tanınmamış olmakla birlikte, işe başlama iradesi olmayan işçinin boşta geçen süre ücretini hak etmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Kanun gerekçesinde, birinci fıkrada işverene bir aylık sürede işe başlatma zorunluluğu ve uyulmadığında işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğü getirilmekte, beşinci fıkrada ise işçinin çıkarıldığı işinde çalışmayı sürdürmek istediği takdirde başvuru ile yükümlü kıldığı, aksi durumda işverenin feshinin geçerli kabul edilerek, buna göre hak ettiği tazminatların ödeneceğinin düzenlendiği ifade edilmektedir.<sup>16</sup> İşçiye çıkarıldığı işinde çalışmayı sürdürmeyi istediği takdirde, belli süre içinde başvuru koşulu ile işin devamını sağlama hakkının verildiği, aksi durumda feshin geçerli hale geleceği belirtilmektedir. Kanun maddesi ve gerekçesinde, üçüncü fıkrada düzenlenen boşta geçen süreye ilişkin işçi alacağının ortadan kalkacağına dair, herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. İşçinin başvurmaması veya başvurduğu halde çağrıldığı anda işe başlamaması durumu, sadece 21.

- 
- 14 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Gerekçeli-Açıklamalı, DİSK Genel İş Eğitim Yayınları 14, Ankara 2004, s.68; A.Eda Manav (Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004,s.106'dan aktaran), "İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller", Kamu-İş Dergisi,C.11, S.2/2010 (1-21),s.5-7.
- 15 Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 1.Baskı, İstanbul Mart 2014, s.143.
- 16 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikası Yayınları No.293, 4.baskı, Ankara 2009.s.102 [http://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is\\_kanunu\\_yenilenmis\\_4\\_baski/pdf\\_is\\_kanunu\\_yenilenmis\\_4\\_baski.pdf](http://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf), erişim tarihi 15.11.2013 ; Fevzi Demir, İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Sendikası Yayını, Ankara 2003, s.145, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Gerekçeli-Açıklamalı, DİSK Genel İş Eğitim Yayınları 14, Ankara 2004, s.67.

maddenin 1. fıkrası çerçevesinde, mahkeme kararında hükmedilen işe başlatmama tazminatını talep edememesine yol açabilecektir. Yargıtay ilke kararı ile yapılan aksine yorumun, açık bir yasal dayanağı bulunmadığı düşüncesindeyim.

İşverenin iş güvencesi kurallarına aykırı davrandığı, hukuken geçerli bir sebep olmaksızın iş sözleşmesini feshettiğine ilişkin mahkeme kararı ile işverenin hukuka ve yasaya aykırı işlem tesis ettiği tespit edilmektedir. İşçinin, hukuka aykırılığı tespit edilen fesih işlemi sebebi ile uğradığı zararların, bu kapsamda evleviyetle işsiz kaldığı sürede mahrum kaldığı ücret ve diğer haklarının, iş ilişkisini sürdürme iradesi göstermediği durumda dahi tazmini, hukuk ve hakkaniyet gereği olacaktır. Yasa koyucunun, feshe itirazla ilgili yargı faaliyetini ve mahkeme kararını yok sayacak şekilde düzenleme yapması, hukuk devleti ilkesi temelinde beklenen bir durum değildir. Mahkemelerin yorumu yaparken uyması gereken kurallar çerçevesinde, Yargıtay ilke kararı ile ulaşılan sonucun gözden geçirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanun 1. maddesinde düzenlenen, kanunun sözü ve özü ile yorumlanması kuralı gereği, "sözel yorum"un yasa koyucunun iradesini yansıttığı düşünüldüğünden, öncelikle tercih edilmesi gerekse de, varılan sonucun makul olması, ayrıca aranan bir koşuldur. Yorum sonucunun makul olmadığı durumda; sistematik, amaçsal, tarihsel ve en son olarak Anayasa'ya uygunluk yorumu olmak üzere, farklı açılardan değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>17</sup> Konumuzla ilgili Yargıtay ilke kararlarında, gerekçe dahi tartışılmaksızın, kanunun salt sözüne dayanılmakta, üstelik kanunun sözünde dahi ödenmeyeceği açıkça belirtilmemiş iken, boşta geçen süre ücreti ile ilgili yasa hükmü, hukuken makul olmayan bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanmaktadır. Değerlendirme yapılırken, sorunun başlangıç ve nirengi noktasının, işçinin zorunlu olduğu halde başvurmaması veya başvurduğu halde işe başlamaması değil, işverenin hukuka ve yasaya aykırı fesih işlemi olduğu göz ardı edilmediği takdirde, kanunun koruduğu hakkın özüne uygun bir yoruma ulaşılmamasının mümkün olabileceği düşüncesindeyim. Uyuşmazlığın başlangıç noktasının, işverenin hukuka ve yasaya aykırı fesih işlemi olduğunun unutulmaması, yapılacak yorumun hukuken makul olmasında etkili olacaktır. Mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararı, iş sözleşmesini huku-

17 Ali Nazım Sözer, "Hukukta Yöntembilim", 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.124 vd.

ken geçerli sebep olmaksızın fesheden, hukuka aykırı işlemi tesis eden yanın işveren olduğunu tespit etmektedir. Geçimi için çalışmak zorunda olan işçinin, haklı bir sebep bulunmadığında, işine dönmek istememesi beklenen bir durum değildir. İşçinin aksine iradesi, yönetim hakkının işverende olduğu işyerinde, iş ilişkisinin sürdürülemez olduğunun ve/ya sürdürüleceğine ilişkin güven duygusunun bulunmadığının<sup>18</sup> ifadesidir. Bu durumda, yasa koyucunun sorunun kaynaklandığı kusurlu tarafı ödüllendirecek şekilde, kusursuz yanın zararına düzenleme yapılması beklenemeyeceğine göre, yapılan yorumun gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

## **2. Geçersiz Fesihle İşe Başvurmayan veya Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süreye İlişkin Hakları Konusunda Yargıtay Uygulaması ve Öğreti**

Geçersiz feshin sonuçları ile ilgili Yargıtay uygulamasının ilk döneminde işçinin süresinde işverene başvurusu, 21. madde 3. fıkrada düzenlenen çalıştırılmayan sürede hak edilen ücret ve haklarının ödettilmesi için yeterli bulunmuştur. İşe almama tazminatı yönünden işverenin çağrısının kanun ve iyi niyet kurallarına uygunluğu yargısal denetime tabi tutulmuş, ancak süresinde başvurduğu halde işverenin davetine rağmen işe başlamayan işçinin "boşta geçen süre ücret"ine hak kazanacağı kabul edilmiştir. Yargıtay'ın yerel mahkemenin ret kararlarını bozarak ortadan kaldırdığı kararlarında; *"işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine" denildikten sonra, "davacının yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin... aylık ücreti tutarında belirlenmesine"* ve *"davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak dört aylık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine"*<sup>19</sup> matbu olarak hükmedilmiştir.

Yargıtay bir süre sonra bu görüşünü değiştirmiş, İş Kanunu 21. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen alacağı hak kazanılmasını, 5. fıkra hükmü ile ilişkili değerlendirmeye başlamıştır. İşçinin işe iade yönündeki başvurusunun samimi olması gerektiği, işçinin gerçekte işe başlamak

18 Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayınları, 1.baskı, İstanbul, 2007, s.481.

19 Örnek Yargıtay 9.HD.E.2003/18040, K.2003/18119 ve T.27.10.2003, kazancı.com.tr (erişim tarihi 21.11.2013)

niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için başvurduğu durumda, işe iade başvurusunun geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. İşe başlama başvurusunu daha sonra geri alan veya haklı bir neden olmaksızın işverenin davetine rağmen işe başlamayan işçi başvuruda bulunmamış gibi değerlendirilmektedir.<sup>20</sup> İşçinin bu durumda sadece ihbar ve kıdem tazminatı ile varsa işçilik alacaklarına hak kazanacağı, işe almama tazminatı ile birlikte boşta geçen süre ücretini de hak etmeyeceği<sup>21</sup> yönünde Yargıtay kararları istikrar kazanarak yerleşmiştir. İş Hukukunda işe iade sonrası isteklerle ilgili Yargıtay ilke kararları aktarılırken; *"işverenin daveti üzerine işe başlamamış olan işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir"*<sup>22</sup> yolundaki Yargıtay kararı en başta gelmekte, bunu *"işveren çağrısına rağmen işe başlamayan işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanamaz"*<sup>23</sup> kararı takip etmektedir. Her ikisinde de, sonuç olarak İş Kanunu 21. madde 5. fıkra hükmü gerekçe gösterilerek, işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanamayacağı görüşü benimsenmektedir.<sup>24</sup>

Öğretide, Yargıtay ilke kararının gerekçesi, iş görme ediminde bulunmak amacıyla işçinin başvurusunun zorunlu olduğu, işverenin ancak kabul etmediği durumda temerrüt sebebiyle boşta geçen süre ücretinden sorumlu olacağı şeklinde açıklanmaktadır. 4857 sayılı Kanun ile yapılan feshe itirazla ilgili düzenleme ile işverenin iş sözleşmesini feshi, iptal kabiliyeti olan ve iptal hakkı sahibi işçinin dava yoluyla geçmişe etkili olarak ortadan kaldırayabileceği nispi butlana konu bir hukuki işlem

- 20 Fevzi Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, 7. Baskı, İzmir 2013, s. 317; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 8.Baskı, Beta A.Ş., İstanbul 2012,s.653; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.522 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.265.
- 21 Yargıtay 9. HD. 14.10.2008 gün 2007/29383 E, 2008/27243 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 21.03.2012)
- 22 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 19.06.2012 gün ve 2011/14286 E.-2012/13953 K. sayılı kararı (Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s.423)
- 23 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 22/05/2012 gün ve 2012/7933 E.,2012/10834 K.sayılı kararı (Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s.425)
- 24 Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s.423-425.

olarak nitelendirilmektedir. Bu işlemin mahkeme kararına kadar bozucu şarta bağlı askı durumunda olduğu, bir aylık hak düşürücü sürede dava açılması ve geçersizliğine karar verilmesi halinde baştan itibaren ortadan kalkacağı ve mahkemenin kararının bozucu yenilik doğurucu nitelikte olduğu belirtilmektedir. İş Kanunu 21. madde 3. fıkrada yer alan, işçinin çalıştırılmadığı süre için, en çok dört ayla sınırlı olmak üzere ücret ve haklarının ödeneceğine ilişkin hükmün konusunun, taraflar arasında sözleşme devam ettiği durumda, işveren işçinin kanun gereği yaptığı iş görme başvurusunu kabul etmeyerek temerrüde düştüğünde doğan bir alacak olduğu değerlendirilmektedir.<sup>25</sup>

Bir diğer görüşe göre, mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararı tek başına geçersizlik etkisi doğurmamakta, İş Kanunu 21/5. maddesi gereği işçinin başvurusu ile fesih baştan beri tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkmakta ve iş ilişkisi hiç kesilmeksizin devam etmektedir. Bu anlamda başvuru kurucu yenilik doğuran bir haktır ve işverenin işe başlatmadığı durumda yeni bir fesih gerçekleşmektedir. İşçinin başvurusunun şekli olarak boşta geçen süre ücretini almaya yönelik olduğu durumda, bu sebeple geçerli kabul edilemeyeceği ve iş ilişkisinin devamını sağlamayacağı ifade edilmektedir.<sup>26</sup>

Yargıtay tarafından İş Kanunu 21/5. fıkrasının, işe başvurduğu halde başlamayan işçiye uygulanması, bir diğer görüş ile, eleştirilmektedir. İşverence yapılan feshin geçersizliğinin tespitinin, Yargıtay'ın işverenin işçiyi işe almaması ile sözleşmenin sona erdiği ve işçilik hakları bakımından bu tarihteki ücretin esas alınacağı yolundaki kararlarının doğruladığı üzere, iş ilişkisinin devamı anlamına geldiği belirtilmektedir. İşçinin süresinde başvurmaması ile, yasa gereği bu durumda işveren feshi geçerli olacağından, işçinin fesih iradesi olarak yorumlanamayacağı, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanılacağı, ancak başvurmasına rağmen işverenin işe daveti üzerine işe başlamayan işçinin iş görme borcuna aykırı davranışı sonucu sözleşmenin feshi söz konusu olduğundan ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağı ifade edilmek-

---

25 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulanması, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.27.

26 Talat Canbolat, "İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri (Ed.Ali Güzel-Deniz Ugan)-29 Mayıs 2010, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s.112-113.

tedir.<sup>27</sup> Yasa koyucunun, işverene süresi içinde başvuruda bulunduğu halde, işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yönünde bir düzenleme yapılmadığı gerekçesi ile işe başvurmamış gibi değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay kararları eleştirilmekte, samimi olmayan başvurunun geçerli feshin sonuçlarından yararlandırılmasının isabetli olmadığı yolunda görüş belirtilmektedir.<sup>28</sup>

Farklı olarak, bir başka görüş ile, İş Kanunu 21. madde 5. fıkrası düzenlemesi ile işçinin süresinde işverene başvurmaması ile feshin geçerli hale gelmesi sonucu, kanun metni ve mantığı çerçevesinde, geçersiz feshin yaptırımı olan boşta geçen süre ücretinin istenemeyeceği fikrinin daha makul olduğu, aksinin savunulabileceği kaydedilerek belirtilmektedir. İşverene işe başlatmama seçeneği tanıyan kanunun, işçiye hiç bir seçim hakkı vermemesinin, işçinin çalışma ve işyerini seçme özgürlüğünü sınırlandırması olduğu ifade edilmektedir.<sup>29</sup>

Yargıtay'ın işçinin başvurusunu geri alması halini, eski duruma rücu kabul etmesi, işe iade davası açılmamış gibi hukuki sonuca varması ile ilgili olarak, bir diğer görüş, işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmasının doğal olduğu yolundadır. Bu durumun işçinin işverene karşı duyduğu güven ilişkisinin bozulduğu anlamına geldiği ve yasa koyucunun bu yükümlülüğü işe başvuru koşuluna bağlamadığı gerekçesi ile işçiye boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>30</sup> Kanımca, yasa koyucu, boşta geçen süre ücret ve haklarının ödeneceğini, işe başvuru zorunluluğu içeren 5. fıkradan bağımsız ve ilgisiz ayrı bir fıkroda düzenlemiş olmakla, ulaşılmaması gereken sonuç ve gerekçesi gerçekte bu kadar yalındır. İş Kanunu 21. madde 5. fıkroda, işveren feshinin geçerli olacağı zamana ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda, mahkemenin feshin geçersizliği kararının hukuki sonucu olarak, işçinin işe başlama iradesi göstermediği, ya da

---

27 Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", Bankacılar Dergisi, Sayı 65, 2008, (s.89-110), s.103-104, [http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma\\_ve\\_Raporlar/Yargitay\\_Kararlari\\_Isiginda.pdf](http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/Yargitay_Kararlari_Isiginda.pdf) (erişim t. 15.12.2013)

28 Hamdi Mollamahmutoğlu-Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.933-934.

29 Alp, a.g.e, s.27.

30 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e., s.481-482.

vazgeçtiği tarih itibarı ile işveren feshinin geçerli kabulü, yasaya aykırı olmayacaktır. Hukuka aykırı olduğu yargı kararı ile tespit edilmiş bulunan fesih işleminin muhatabı işçinin, işe başlamama iradesi gösterdiği tarih itibarı ile işveren feshinin geçerli kabulü sonucu, kıdem ve ihbar tazminatı hakları veya ödenmişse farkları ile boşta geçen süre ücretine hak kazanmasının, yargılama faaliyetinin anlamına, iş güvencesi kurallarının amacı ve hakkın özüne uygun olacağı düşüncesindedir.

### 3. İşçinin Başvurusunun "Samimiyeti"nin "Dürüstlük Kuralı" Temelinde Tartışılması

Yargıtay'ın ilk kararlarında, işçinin işverene başvurusu, işe başlamasa bile boşta geçen süre ücretine hak kazanma açısından yeterli bulunurken, zaman içinde değişerek işe başlamadığı durumda sadece ihbar ve kıdem tazminatlarını talep edebileceği noktasına gelinmiştir. Bu süreçte, konu ile ilgili farklı kararlar ve muhalefet şerhlerinin bulunduğu görülmektedir. İşverence davet edilen işçinin işe başlamaması sebebi ile iş sözleşmesini sonlandırdığından bahisle ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı 2005 yılında verilen bir kararda tartışma konusu olmuştur. Bu kararda oyçokluğu ile; *"Mevzuatımızda işçinin koşulları bulunuyorsa, feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin talepte bulunması zorunlu olmayıp isteğe tabi bulunmaktadır. Bunun sonucunda işverene başvurup işe davet edilse de işe başlamakla yükümlü değildir. Burada MK.2/II. maddesine gitmek de mümkün değildir. Zira işverence işe davet edilmediği takdirde işe başlamama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alabilecek davacının büyük ihtimalle işe girdiğini bildiği işçiyi işverenin işe daveti iyi niyetli olmayabilir... İş Hukukunun temel ilkesi olan "işçi lehine yorum" gereği yasa boşluğu MK.2/II uyarınca 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle doldurularak geçerli feshin sonuçları olan ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalı olup kararın bozulmasını gerektirmiştir"* sonucuna varılmaktadır. Karşı oy gerekçesinde, işverenin işe daveti kendisine ulaşıncaya kadar bunu geri alabilecek olan işçinin, işverenin davetinden sonra bundan dönemeyeceği, bu durumda sözleşme baştan itibaren kurulmuş olacağından işçinin ancak haklı neden varsa feshedebileceği, işçinin zarar göreceği düşüncesinin sözleşme hukukunun genel prensiplerinin yok sayılmasını gerektirmeyeceği, tarafların haklarını kullanırken objektif iyi niyet kurallarına uymaları gerektiği görüşlerine yer verilmiştir.<sup>31</sup> Yargıtay'ın takip eden süreçte, kişilerin

31 Canbolat, a.g.e., s.132 (Yargıtay 9.HD.11.7.2005, E.2005/20810, K.2005/24800)

haklarını kullanırken Medeni Kanun(MK)'un 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına uymak zorunda oldukları, işçinin amacı işe başlamak olmadığı halde, bu yönde bir irade açıklamasında bulunduğu takdirde MK 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına uymayan işçinin bu davranışının sonuçlarına katlanması gerektiği<sup>32</sup> gerekçesi ile işçinin başvurusunun, işe başlamasa da boşta geçen süreye ilişkin ücrete hak kazanmak açısından yeterli olduğu yolundaki görüşünü değiştirdiği gözlenmektedir. İşçinin işe iade yönündeki başvurusunun samimi, işverenin işe davetinin ciddi olması gerektiği<sup>33</sup> gerekçesi ile istikrar kazanan kararlarda, adeta taraflar arasında "eşitlik" sağlanması noktasında uzlaşmış, işçi davete rağmen işe başlamadığında, İş Kanunu 21. madde 5. fıkrasının kıyasen uygulanması ile ihbar ve kıdem tazminatlarını kaybetmekten "şimdilik" kurtarılmış gibi görünmektedir. Bu noktada tartışılması gereken iki husus ortaya çıkmaktadır; bunlardan ilki iş ilişkisinde objektif olarak korunması beklenen işçi aleyhine sözleşme hukukunun bu kadar yalın uygulanmasının hukuku kabul edilebilir olup olmadığıdır. İkinci ve daha da önemli olan konu ise, işverenin hukuka aykırı feshi sonucu başlayan hukuki süreç sonucu, kanun maddesini ihlal ettiği tespit edilen tarafın yararına olacak şekilde, "dürüstlük kuralı"nın hukuka aykırı işleminden zarar gören aleyhine uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır.

Dürüstlük kuralı, MK 2. maddesi 1. fıkrasında, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uygun davranmak zorunda olduğu davranış biçimi olarak düzenlenmekte, 2. fıkrasında "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" hükmü ile aksi davranışın yaptırımını yer almaktadır. Öğretide, bir hakkın kötüye kullanıldığının somut olayın özelliklerine göre takdir edilmesi gerektiği, genelleme yapılmaktan kaçınılmasının uygun olacağı önemle vurgulanmaktadır. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat olmaması, sırf başkasını zarara sokmak, güç duruma düşürmek ya da gayrimeşru kazanç sağlamak amacıyla kullanılması halleri, kötüye kullanıldığı yönünde önemli işaret teşkil eden unsurlar olarak belirtilmektedir. Ayrıca hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması, kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması ve uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulma-

32 Kar, a.g.e., s.1264.

33 Kar, a.g.e, s.1270.



sı halleri, hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak gösterilmektedir. Dürüstlük kuralının uygulama alanı kapsamında, hakkın kötüye kullanıldığına karar vermek için, bu durumun tereddüde yer vermeyecek açıklıkta olması, hukuk güvenliği açısından zorunlu kabul edilmektedir.<sup>34</sup> Öncelikle, MK 3. maddesi gereği, hukuken aksi ispatlanana kadar herkesin iyi niyetli kabul edilmesini gerektiren "iyiniyet karinesi"nin göz önüne alınması, iyiniyetin asıl olmasına önem verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>35</sup> Kanunu yorumlarken ve tamamlarken hâkime yol gösterici olduğu kabul edilen dürüstlük kuralının, bu kural ve koşullar temelinde hakkın kötüye kullanımının ölçütü olduğu belirtilmektedir.<sup>36</sup>

Mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararının kesinleşmesi ile iş ilişkisinin sürdürülmesi için işçinin başvurusu kanun hükmü ile zorunlu kılınmaktadır. Ancak işe başvuru, boşta geçen süre ile ilgili ödeneceği belirtilen haklarla ilgili fıkrada koşul olarak düzenlenmemiştir. Yargıtay'ın işe iade ile ilgili kararlarında ise, işe başvurma, sadece iş ilişkisini sürdürme açısından değil, boşta geçen süre ücretine hak kazanılması için de bir koşul olarak belirtildiğinden, işçi gerçekte işe başlama iradesi olmasa bile fiilen başvurmak zorunda kalmıştır. Haksızlığı yargı kararı ile tespit edilen bir işlem sebebi ile mağdur olan işçinin, boşta geçen süre ücretine hak kazanabilmek için, Yargıtay kararlarında "koşul" olarak hükmedilmesinin de etkisi ile başvuruda bulunmasında, meşru bir yararının olmadığı söylenemez. Bu nedenle başvurunun samimi olmadığı, hakkın kötüye kullanıldığı ve benzer dürüstlük kuralına bağlanan görüş ve gerekçelerle ulaşılan sonucun, hukuka ve hakkaniyete uygunluk açısından gözden geçirilmesinde yarar vardır. Kullanılmasında özenli olması gerektiği özellikle vurgulanan hakkın kötüye kullanılması ölçütlerinin bu durumda gerçekleşmediği, uyumsuzluğun

34 Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.145-146; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 31.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.221 vd.

35 Erdem Özdemir, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri(Ed.Ali Güzel-Deniz Ugan)-29 Mayıs 2010, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s.148 (Genel Tartışma)

36 Jale G.Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I.Cilt, 9.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s.163 vd.

kaynağında işverenin geçerli olmadığı yargı kararı ile tespit edilen yasaya aykırı feshi varken, işçi açısından dürüstlük kuralına aykırılığın ileri sürülmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyim.

İş Hukukunda asıl olarak, sosyal yönden güçsüzleri koruma ve sosyal denkleştirme düşüncesinin ifadesi olan sosyal devlet ilkesinin, yasa koyucu tarafından hukuk kuralı oluşturulmasında, var olan kurumların ve mahkeme içtihatlarının yorumunda etkili olması gerektiği, öğretide önemle belirtilmektedir. Sosyal devlet ilkesinin hizmet ilişkilerine uygulanmasında, Anayasa veya herhangi bir yasanın yorumunda duraksama olursa, iş hukukunun sosyal niteliğini göz önünde tutan bir yorumun yasa koyucunun iradesine uyacağı kabul edilmektedir. Sosyal devlet ilkesinin özel hukukun temel ilkelerine, örneğin MK 2.'deki doğruluk (objektif hüsnüniyet) kuralına, bu temelde somut bir anlam kazandıracağı vurgulanmaktadır.<sup>37</sup>

Bu çerçevede, başvurduğu halde işe başlamayan işçinin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı gerekçesi ile verilen kararların, sorunun sosyal niteliğini gözettiği söylenemeyecektir. Bu durum sonuçta, fesih hakkını yasaya karşı kullandığı Mahkemece tespit edilen işveren lehine, işçinin boşta geçen süre ücretinden mahrum bırakılması anlamına gelmektedir. Hukuk hiç kimsenin kendi kusurundan yarar sağlamasını koruma altına alamayacağından, işverenin fesih hakkını -yasaya aykırı- kötüye kullanması sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıktan yararlanmasına cevaz verilmemesi, "dürüstlük kuralı"nın işçi lehine yorumlanması uygun olacaktır. Yargıtay'ın ilke kararını, "dürüstlük kuralı"nı, iş hukukunun sosyal niteliğini gözetecek bir şekilde yorumlayacak şekilde gözden geçirmesi; uyuşmazlığın kaynağında işverenin hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilen feshinin olması sebebi ile, işçinin başvurusu boşta geçen süre ücretine hak kazanmaya yönelik olsa dahi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceğinden değişmesinin isabetli olacağı görüşündeyim.

---

37 Kenan Tunçomağ, İş Hukuku Cilt 1, Fakülteler Matbaası, 2.Bası, İstanbul 1981, s.7-8.

## Sonuç

Hukukta yaptırımların düzenlenmesi, sadece telafi amaçlı değildir. Kişileri hukuka aykırı davranıştan caydırıcı etkileri ile kurallara uyulmasını, uyuşmazlıkların en aza indirilmesini hedefler. Bu açıdan bakıldığında, hukuken geçersizliğine karar verilen feshin, uyuşmazlığın kusursuz tarafı işçinin herhangi bir sebeple işe dönmemesi ve iş ilişkisinin sürdürülememesi nedeniyle yaptırımsız bırakılması, genel anlamda feshe karşı koruma kurallarını etkisiz kılma tehlikesini içinde barındırmaktadır.

İş güvencesinin, işçinin verimi ve davranışları ya da işyerinden kaynaklanan genel geçerli fesih sebepleri dışında, geçerli sebep olmayacağı kanunda özellikle düzenlenen sendikal sebepler, ayrımcılık ve benzeri durumların yargısal denetimini de kapsadığı düşünüldüğünde, her durumda yargı kararı ile işe dönen işçinin karşılaşacağı ortam açısından kaygı duyması, tekrar benzer süreçleri yaşamamak için işe dönme başvurusunda bulunmaması, özellikle bir başka işte çalışmaya başlamışsa riske atmak istememesi, anlaşılabilir durumlardır. Geçimini sağlamak için çalışmak zorunda olan işçinin, iki-üç yılı bulan yargılama süresince işsiz oturması beklenemeyeceğinden, özellikle başka bir iş buldu ise, davalastığı işverenin yönetim hakkına sahip olduğu iş ilişkisine dönmek istememesi makul bir durumdur. Aksi durumda işe dönmek istememesi, zaten hayatın doğal akışına uygun olmayacaktır. Yargıtay kararlarında koşul olarak konulduğundan, işe dönmek istemese de, boşta geçen süre ücretine hak kazanmak amacıyla başvuruda bulunması, uyuşmazlığın kaynağının işverenin haksız feshi olduğu göz önüne alındığında, aleyhine değerlendirilmemesi gereken bir durumdur. İşçinin başvurduğu halde işe başlamaması sebebiyle, yargı kararı ile hukuka aykırı bulunarak geçersiz kılınmış işveren feshi nedeniyle mahrum kaldığı, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve haklarını talep etmesinin "hakkın kötüye kullanımı" temelinde tartışılmasının uygun olmadığı görüşündeyim.

Uluslararası ve ulusal hukuk çerçevesinde, hakkın özünün ve haksız işleme maruz kalan işçinin korunması asıldır. İş hukuku kural ve kurumlarının, iş hukuku ilkeleri bir yana bırakılarak, yalın Borçlar Hukuku terminolojisi ile değerlendirilmesinin ne denli uygun olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Ancak açık olan husus, kanun ve gerekçesine bakıldığında, boşta geçen süre ücretinin hak edilmesi için işe başvurunun

zorunlu olduğunu gösteren bir düzenleme veya açıklama bulunmadığıdır. Kanununun 21/5. fıkrasında işçinin işe başlamaması halinde işverence yapılan feshin geçerli olacağına ve işverenin sadece bunun sonuçlarından sorumlu olacağına ilişkin hüküm, yargılama süresince devam ettiği kabul edilen iş ilişkisi sebebiyle, boşta geçen sürede hak edilen alacağa ilişkin yükümlülüğü ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay'ın ilke kararının, iş hukukunun sosyal niteliğini, sorunun kaynağında işverenin haksız feshinin olduğunu, yargılama faaliyeti ile sonucu mahkeme hükmünün anlam ve değerini dikkate alarak gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Bu noktada, yargı kararlarında dayanılan 21. madde 5. fıkra hükmünde belirtilen, işverence yapılan feshin gerçekleştiği tarihin, işçinin işe başlamadığı veya başvurduğu halde başlamadığının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmesi, feshi geçersiz kılan mahkeme kararı ve yargılama faaliyetini anlamlı kılan, işçinin geçersiz feshe karşı hukuکی korumadan etkili yararlanmasını sağlayacak bir çözüm olacaktır. Bu öneriye karşı, işveren feshinin karşı yana ulaştığı anda geçerli olacağına ilişkin genel kurala dayalı itirazların, mahkemeye itiraz yolu ile ve mahkeme kararı ile geçersiz kılınabilen bir feshin söz konusu olduğu, istisnai bir durumun düzenlendiği bu konu açısından, hukuken kabul edilebilir olamayacağı düşüncesindeyim. İşveren feshi, işçinin işe başlamama iradesinin kesinleştiği tarih itibarı ile geçerli olduğunda, bu tarih ayrıca iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak, feshe bağlı tazminatlara da esas alınacaktır. Boşta geçen süre ücreti, mahkemenin feshi geçersiz kılan kararı ile ödenmesi gereken bir alacak olarak zaten hak edilmiş durumdadır. İşveren kanunda düzenlendiği üzere sadece feshe bağlı tazminatlarla yükümlü olacak, işe almama iradesi söz konusu olmadığından, işe başlatmama tazminatı ödemek zorunda kalmayacaktır. Ancak elbette, ayrıca işverenin işçinin iradesini etkileyen bir kusuru varsa, bu tazminatların ödettirilmesi de yargı kararı ile mümkün olabilecektir.

Bu çerçevede, işveren feshinin işçinin işe devam etmeme iradesinin kesinleşme tarihi itibarı ile geçerli kabul edilmesinin, işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin kuralların yaptırımını ve dolayısı ile iş güvencesi kurumunu, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesi ile denetim organı yorum kıstasları göz önüne alındığında, etkili hale getireceği ve yargılama faaliyeti ile mahkeme kararını anlamlı kılacağı düşüncesi ile hukuka uygun bir değerlendirme olacağı görüşündeyim.

## KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ  
KARAMAN, Derya. Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hü-  
kümleri Kişiler Hukuku, I.Cilt, 9. Bası,  
Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- ALP, Mustafa. "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Gü-  
vencesi Yasası)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5,  
Sayı 1, 2003, (1-40), s.1. <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-1/PDF/alp1.pdf>, erişim tarihi 25.12.2013.
- ALPAGUT, Gülsevil "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvence-  
si ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", Bankacılar Dergisi, Sayı 65,  
2008, (s.89-110) [http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma\\_ve\\_Raporlar/Yargitay\\_Kararlari\\_Isiginda.pdf](http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/Yargitay_Kararlari_Isiginda.pdf), erişim ta-  
rihi 15.12.2013.
- BULUT, Nihat Sanayi Devriminden Küreselleşmeye  
Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları,  
1.Baskı, İstanbul 2009
- CANBOLAT, Talat "İşe İade Kararının Uygulanmasında  
Dürüstlük Kuralı, Kadir Has Üniversite-  
si Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu  
İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semi-  
neri (Ed.Ali Güzel-Deniz Ugan)-29  
Mayıs 2010 (s.85-135), Kadir Has Üni-  
versitesi Yayınları, İstanbul 2010, s.151  
(Genel Tartışma).
- Council of Europe:  
European Committee  
of Social Rights, *Digest of the Case Law of the European  
Committee of Social Rights*, 1  
September 2008, available at:  
<http://www.refworld.org/docid/4a3f52482.html>  
[accessed 28 January 2014]

- ÇELİK, Nuri İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- ÇİL, Şahin İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, YetkinYayınları, 5. Baskı, Ankara 2012.
- ..... 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikası Yayınları No. 293, 4. baskı, Ankara 2009. [http://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is\\_kanunu\\_yenilenmis\\_4\\_baski/pdf\\_is\\_kanunu\\_yenilenmis\\_4\\_baski.pdf](http://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf), erişim tarihi 15.11.2013
- ..... 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Gerekçeli-Açıklamalı, DİSK Genel İş Eğitim Yayınları 14, Ankara2004.
- DEMİR, Fevzi En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, 7. Baskı, Eylül 2013, İzmir.
- DEMİR, Fevzi Hukukun Temel Kavramları, Birleşik Matbaa, İzmir 2007.
- DEMİR, Fevzi İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Sendikası Yayını, Ankara 2003.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Mart 2014.
- GRUBER, Annie "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar", Anayasal Sosyal Haklar (Ed.İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Şubat 2012 (s.239-252)

- GÜZEL, Ali "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004 (s.15-145).
- KAR, Bektaş. İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK Kemal İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007
- MANAV, A. Eda "İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukukun Geçerli Fesih Sayıldığı Haller", Kamu-İş Dergisi, C.11, S.2/2010(s.1-21)
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/  
ASTARLI, Muhittin İş Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- NARMANLIOĞLU,  
Ünal İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- ..... OECD EPL Database, update 2013, <http://www.oecd.org/els/emp/All.pdf>, erişim tarihi 19.01.2014.
- OĞUZMAN, Kemal/  
BARLAS, Nami Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- ÖZDEMİR, Erdem "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı-Genel Tartışma", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri (Ed. Ali Güzel-Deniz Ugan)-29 Mayıs 2010, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.

- ÖZTAN, Bilge Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- QUESADA, Luis J. Avrupa Sosyal Şartı'nın İç Hukukta Uygulanması" Anayasal (çev. İbrahim. Ö. Kaboğlu) Sosyal Haklar (Ed. İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Şubat 2012 (s. 65-71)
- SÖZER, Ali Nazım "Hukukta Yöntembilim", 2.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- SÜZEK, Sarper İş Hukuku, Yenilenmiş 8.Baskı, Beta A.Ş., İstanbul 2012.
- TUNÇOMAĞ, Kenan İş Hukuku Cilt 1, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1981.