



Prof. Dr. A. Can Tuncay
Bahçeşehir Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2003/12444

KARAR NO : 2003/13125

KARAR TARİHİ : 08.07.2003

Davacı, iş sözleşmesinin davalı işverence haksız ve geçerli bir neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, işe iadesine, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağına karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, işe iade ve iş güvencesi tazminat, istekleri konusunda dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına ancak çalıştırılmadığı süre için ücret alacağına karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde dayalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi, iş sözleşmesinin 25.03.2003 tarihinde davalı işverence sendikal nedenle feshedildiğini belirterek feshin tarihinde yürürlükte olan 4773 sayılı Kanunla 1475 sayılı İş Kanununa eklenen 13 /A,B,C,D maddeleri uyarınca feshin geçerli bir nedene dayanmadığının tespiti ile işe iadesine, işe iadeye karar verildiği taktirde işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde bir yıllık ücreti tutarında tazminat ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret alacağının faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Yargılama sırasında 08.05.2003 tarihinde davacı işçi işverence eski işine iade edilmiştir. Davacı vekili 04.06.2003 tarihli dilekçesi ile davacı işçinin işe iade edilmiş olması sebebiyle davanın konusuz kaldığından söz ederek vekalet ücretine karar verilmesini istemiş, 06.06.2003 tarihli oturumda da davanın konusuz kaldığını, ancak daha sonra çalışılmayan süreler için ücrete karar verilmesini talep etmiştir.

İŞ GÜVENCESİ

Mahkemece konusuz kalan davanın reddine karar verilmekle birlikte, fesih tarihi ile yeniden işe alındığı tarihler arasında davacının çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretin tahsiline karar verilmiştir.

1475 sayılı İş Kanununa 4773 sayılı kanunla eklenen 13/ D maddesi uyarınca işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Gerçekten, anılan yasanın 13/ D maddesi "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davacının ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır.

1475 sayılı İş Kanununa 4773 sayılı kanunla eklenen 13/C maddesi uyarınca Yargıtay'ca kesin olarak karar vermek gerektiğinden, Dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

- 1- Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin 06.06.2003 gün ve 2003 / E. 2003 / K. sayılı kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
- 2- Davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına,
- 3- Davalı davanın açılmasına sebebiyet verdiğinden kendini vekille temsil ettiren davacı yararına 200.000.000.- TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
- 4- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
- 5- Davacının yaptığı yargılama gideri 20.200.000 TL'nin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının temyiz gideri olarak yaptığı 9.150.000 TL'nin de davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
- 6- Temyiz harcının isteği halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak 08.07.2003 günü oybirliğiyle karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

KARAR : Yarg. 9. H.D.'nin 08.07.2003 tarih ve E. 2003/12444, K. 2003/13125 sayılı kararı

ÖZETİ : İşçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Davanın konusuz

Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası



kalması nedeniyle geçersiz neden bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu kuralın uygulama olanağı yoktur.

İNCELEME : Yukarıdaki karar 1475 sayılı İş Kanunu'nun belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerinin 4773 sayılı Kanunla değiştirilmiş biçimiyle yürürlükte olduğu sırada verilmiş ise de 4773 sayılı Kanunun getirdiği iş güvencesi hükümleri (md. 13/A, 13/B, 13/C, 13/E) 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Kanununda da hemen hemen aynı şekilde hayatiyet kazandığına göre (md. 18, 19, 20, 21) Yargıtay 9. HD'nin ele alacağımız 08.07.2003 tarihli kararı bugün için de önemini koruyacaktır.

I. Kararda yer alan olaydan anlaşıldığına göre işten çıkarılan işçi işten çıkarılmasının sendikal nedene dayandığı iddiasıyla olay tarihinde yürürlükte bulunan 1475 sayılı İşK. nun 4773 sayılı Kanunla değişik 13/A, 13/B, 13/C ve 13/D maddeleri uyarınca feshin geçersiz olduğuna ve işine iadesine karar verilmesi için mahkemeye başvurmuştur. Davacı dava dilekçesinde ayrıca mahkemece işe iadesine karar verildiği takdirde işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde md. 13/D uyarınca bir yıllık ücret tutarında tazminat ile boşa geçen süre için dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davacı dava sürerken işverence işine iade edilmiş, avukatı bunun üzerine mahkemeye bir dilekçe vererek davanın konusuz kaldığından söz ederek vekalet ücretine karar verilmesini, iki gün sonraki celsede de bu talebe ek olarak çalışılmayan süreler için ücrete karar verilmesini istemiştir. İş Mahkemesi de konusuz kalan davanın reddine karar vermekle birlikte, feshin tarihi ile davacının yeniden işe alındığı tarih arasında boşa geçen süreye ilişkin ücretinin tahsiline karar vermiştir.

Kararın davalı vekili tarafından temyizi üzerine Yargıtay 9. HD., "işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçerliliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır" sonucuna vararak Yasanın 13/D maddesi uyarınca geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmediğine göre davacının boşa geçen ücret alacağına hükmedilmesine yer olmadığına ve davanın konusuz kalması nedeniyle de karar verilmesine olanak bulunmadığına fakat davanın açılmasına davalı işveren sebebiyet verdiğinden kendini vekille temsil ettiren davacı yararına vekalet ücretine hükmedilmelidir şeklinde bir bozma kararı vermiştir. Bu karar yasa uyarınca kesindir.

II. Karar bize göre bazı yönlerden oldukça tartışma götürür niteliktedir.

1) Davacı işçinin, iş sözleşmesinin feshin bildiriminden kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde feshin geçerli sebebe dayanmadığı gerekçesiyle iş mahkemesine başvurduğu yani yasal süresi içinde dava açtığı anlaşılmaktadır. Bu davada davacı feshin iptali ile işe iadesini, işe iade edildiği takdirde işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde bir yıllık ücret tutarında tazminat ile boşa geçen süre için 4 aylık ücret vs. haklarını talep etmiştir. Dilekçedeki talepler bu şekliyle mülga İşK. nun 4773 sayılı yasasıyla değişik 13/C ve 13/D maddesi hükümlerine uygundur.

Belirtelim ki, davacının dava dilekçesinde geçersiz feshin işleminin iptali ile işe iadeye ve süresi içinde işe geri alınmadığı takdirde çalışmadan geçen zaman için en çok dört aya kadarki ücret vs. haklarını talep etmesi yeterlidir. Davacı işe iadeyi talep ettikten sonra ayrıca bu talep mahkemece uygun görülmediği halde davacıyı işe geri almayan işverenden md. 13/D de sözü edilen 6 aydan bir yıla kadarki ücret tutarında tazminatı da talep etmesine gerek yoktur. Çünkü yasa yönünden aslolan karar işe iadedir. Tazminat, işveren eğer işe iade kararını yerine getirmeyi reddederse ödenecek bir yaptırımdır. Tazminat ödeme işe iade kararının yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bir yaptırım olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle iş sözleşmesi geçerli olmayan bir nedenle feshedilen işçinin mahkemeye başvurarak sadece tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile 4773 sayılı yasa iş sözleşmesi feshedilen işçiye işe iadeyi ya da tazminatı talep arasında seçimlik bir hak vermemiştir. Çünkü tazminat işçinin işe kabul edilmemesinin hukuki bir sonucudur. İşçinin ayrıca bunu istemesine gerek yoktur (Bak.Ö. Ekmekçi, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, MERCEK, Temmuz 2003, 135). Dava dilekçesinde işe iade talep edilip tazminat talep edilmiş olmasa bile işe iade kararı veren hakim işverenin süresi içinde kendisine başvuran işçiyi bir ay içinde işe almaması halinde ödemesi gereken tazminat miktarını (alt ve üst sınırlar içinde) kararında belirtmek zorundadır. İşte bu noktada işverence işe iade kararı verilen işçiyi işe geri alma ya da mahkemece belirtilen tazminatı ödeme arasında bir **seçim yapma** hakkı tanınmıştır (S. Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2002, 614). 4857 sayılı yeni İşK. nun 21. maddesinde (tazminatın miktarı hariç) hemen hemen aynı şekilde yer alan bu hüküm iş güvencesi ile ilgili düzenlemelerin

uluslararası yasal dayanağını oluşturan Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesinde öngörülen seçeneklere uygundur. Gerçekten, T.C. tarafından da bir kanunla onaylanmış Sözleşmede (md. 10) fesih işleminin haksız olduğu sonucuna varan yargı mercilerinin işlemin iptaline ve işçinin işe iadesine karar verebilecekleri gibi, bu kararı uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat ödenmesi ya da başka bir telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili oldukları hükmü yer almıştır. Hukukumuzdaki düzenlemenin detaylarının Alman Feshe Karşı Koruma K. ndan esinlenmiş benzediği söylenebilir (Bak. KSchG md. 9; N. Çelik, İş Güvencesi, İstanbul 2003, 45).

2) Ne var ki dava esnasında boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmına ait ücretini elde edebilmek için bunun **ayrıca talep edilmesi şarttır**. Dört aylık süre geçersiz fesih tarihinden itibaren başlar (Ö. Ekmekçi, 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Ekim 2002, 108). Davayı kazanan işçi ister işe başlatılsın ister başlatılmasın bu ödenecektir. Bunun talep edilmemiş olması halinde hakimin buna resen karar vermesi Usul Hukuku kurallarına aykırı düşer. Çünkü hakim (yasal istisnalar dışında) talep edilmemiş bir şey hakkında karar veremez (HUMK md. 74). Dört aylık ücret tutarı feshin mahkemece geçersiz sayılıp işçinin işe iadesi kararı üzerine ödenecek bir ücret, yani gecikmeli ödenen bir ücret olduğundan bu tutardan sigorta primi ve gelir vergisi kesileceği düşüncesindeyim. Çünkü bu durumda iş ve sigorta ilişkisi kesintisiz devam ediyor sayılır (A. Söllner/R. Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, 13. Aufl. München 2003, 357). Her şeye rağmen sigorta primine gecikme zammı uygulanması doğru olmaz. Çünkü hak edilmesi feshin mahkemece geçersiz sayılmasına bağlı bir alacak olduğundan prime baştan itibaren gecikme zammı uygulanması adil bir uygulama olmaz. Bu düşünceden hareketle mahkemece karar verilen dört aylık ücrete gecikme faizi de uygulanamaz. Şu kadar ki, bu ücrete ancak işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren gecikme faizi uygulanabilir (Ekmekçi, 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası, 110; C. Tuncay, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren, Ocak 2003, 11). Önemle belirtelim ki, aşağıda açıklayacağımız üzere 4 aylık ücrete her halde mahkemece işe iade kararı verilmesiyle hak kazanılmaz. Bazı özel durumlarda da buna hak kazanılır. İnceleme konusu yaptığımız olayda davacının işe iade talebinden başka 4 aylık ücret alacağını da talep ettiği anlaşılmaktadır. Fakat olayda ilginç olan şey dava açıldıktan sonra, her nasılsa işveren davacı işçiyi mahkemenin sonucunu beklemeden işe geri almıştır. Bu durum davacının beyanıyla sabittir. Bu durumda davacının **sadece işe iadeyi talep yönünden konusuz kaldığı** söylenebilir. Çünkü artık işe iade kararı

verilmesine yer yoktur. Böyle bir kararın uygulanması mümkün değildir. Ancak geçersiz fesih tarihinden itibaren boşta geçen sürenin ücreti için aynı şeyi söylemek pek mümkün görünmemektedir. Zira uyuşmazlık netice-i talebin bu yönüyle devam etmektedir.

Usul Hukukundaki ifadesiyle ortada bir **kümülatif dava** türü vardır. Diğer bir ifade ile aynı hukuki vakiya dayanan iki ayrı talep vardır. Bunların aynı dava dilekçesinde talep edilmeleri mümkündür. Ancak kümülatif davanın, yarışan talepler içeren mütelahik dava ile karıştırılmaması gerekir (Bak. B. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C II 6. bası, İstanbul 2003, 1502; N. Bilge/E. Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara 1978, 395 vd.). Her hangi bir nedenle birinin konusuz kalması diğerinin de kalmasını gerektirmez. Diğer talep hakkında bir karar verilmeye kadar davaya devam olunmalıdır. Olayda, davacı işçinin dava esnasında işe geri alınmasının (dört aylık ücret alacağı başlangıçta zaten talep edilmiş olduğundan) davaya devamı bir etkisi olmaması gerektiği düşüncesindeyim. Bu tıpkı dava görülürken işyerinin kapanması halinde davanın konusu kalmadığı için mahkemenin işe iade ve tazminata hükmetmesinin söz konusu olmayacağı, fakat iş sözleşmesinin fesih tarihinden işyerinin kapanmasına kadar geçen en çok dört aylık ücret tutarı için davaya devam olunması gerektiği örneğindeki benzer (Bak. Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, 137).

Bu nedenle bu yönü itibarıyla Yargıtay kararına katılmıyoruz. "İşçinin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları kendisine ödenir" şeklindeki md. 13/D-2 hükmünü çok katı biçimde işçi aleyhine bir sonuç doğuracak şekilde yorumlamanın sakıncalı olduğu kanısındayım. Esasen kesinleşmesi beklenecek mahkeme kararı sadece işe iade kararına ilişkin olmayabilir. Yargıtayın vardığı sonuç işverenlerin kötü niyetli uygulamalarına zemin hazırlayabilir. Nitekim mahkemenin işe iade ve en çok dört aylık ücret tutarında alacağına hükmetmesini engellemek isteyen bir işveren dava açılınca işçiyi işe göstermelik geri alarak en azından bir süre için bu yaptırımdan kurtulabilir sonra da işçiden kurtulmak için başka yollar denebilir.

Yargıtay 9. HD. nin, konusuz kalan dava hakkında karar vermeye yer olmadığı, fakat dava açılmasına sebebiyet veren davalı (işveren) aleyhine ücreti vekaletle karar vermesi ise Usul Hukuku kurallarına uygundur (Bak. S. Üstündağı, Medeni Yargılama Hukuku C. 1, 2. bası, İstanbul 1977, 453,468; Kuru, 1694). Bize göre mahkemenin vekalet ücretine 4 aylık ücret alacağına

Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası

karar **ince**lemesi



hükmettiğinde karar vermesi uygun olurdu.

III. Burada akla gelebilecek başka bir soru iş akdi feshedildiği için işe iade davası açan işçinin dava sürerken bir başka iş bulup çalışmaya devam etmesi ihtimalinde mahkeme feshin geçersizliğine ve en çok 4 aylık ücret tutarında alacağı hükmedilmesi halinde başka işte kazandıklarının mahsup işlemine tabi tutulup tutulmayacağıdır. Gerçekten dava sonunda haklı çıkan işçi dava esnasında başka bir işe girmiş ve gelir elde etmişse çift kazanç elde etmiş olacaktır. Ne 4773 sayılı yasada ne de 4857 sayılı yasada bu sorunun cevabı yoktur.

Doktrinde ortaya atılan bir görüşe göre mahkemece en çok 4 aylık ücrete hükmedilirken davacının başka bir işte çalışıp çalışmadığının araştırılması, eğer bu sürede başka işte çalıştığı belirlenmesi halinde işçinin kazandığı miktarın dört aylık ücretten düşülmesi gerekir (Ekmekçi, 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası, 108). Kuşkusuz bu görüşün hukuki dayanağı Borçlar Kanununun işveren temerrüdü hakkındaki 325. maddesi hükmüdür. Bu maddeye göre, işveren işi kabulde gecikme gösterirse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın sözleşmede kararlaştırılan ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur.

Buna karşılık bir başka görüşe göre md. 13/D de (yeni İşK. md. 21 de) "işveren tarafından çalıştırılmadığı süreden söz edildiğine göre dava sırasında işçi başka yerde çalışın çalışmasın bu parayı alacaktır [S. Taşkent, İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme (Belediye İş Sendikası Yayını), Ankara 2002, 48].

Düzenlememize esin kaynağı olduğu anlaşılan Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu çerçevesinde iş sözleşmesi geçerli olmayan bir nedenle sona erdirildiği inancında olan bir işçinin bu işlemin iptali ve işe iadesi talebiyle açtığı dava devam ederken İşletme Temel Yasası hükümlerine göre dava sonuçlanıncaya kadar işverenin korunmaya değer çıkarlarını ihlal etmeyecek ise (Betr VG md. 102/5) geçici bir süre çalışmayı sürdürmeyi talep hakkı vardır. Bu talebi işverence kabul edilen ve geçici olarak çalıştırılan işçi sonuçta davayı kaybedecek olursa sadece sebepsiz iktisap kurallarına göre (BGB md. 812) bu geçici çalışmasının karşılığını isteyebilir. Talebi işverence kabul edilmeyen fakat sonuçta davayı kazanan, yani fesih işlemi iptal edilip işe iade edilen işçi ise boşta geçen süreye ilişkin ücret vs. haklarını ayrıca çalışma zorunda kalmaksızın işverenden "işverenin işi kabulde temerrüdü hükümleri" (BGB md. 615) uyarınca isteyebilir.

Ancak bu tutardan diğer bir işte çalışması dolayısıyla

kazandıkları veya çalışma yapmadığı için tasarruf ettiği ya da kasten kazanmaktan kaçındığı tutarlar düşülür. Benzer hüküm Feshe Karşı Koruma K. md. 11 de de mevcuttur (Bak. M. Löwisch, Arbeitsrecht, 6. Aufl., Düsseldorf 2002, Nr. 1377, 1382 vd.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 1998, 303-306; Söllner/Waltermann, 357). Bu hükümler bizim BK nun 325. maddesindeki hükmün hemen aynıdır.

Alman Hukukundaki çözüm tarzını göz önünde tutacak olursak birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Ancak unutulmamak gerekir ki, bu hukuk düzeninde işe iade edilen işçiye boşta geçen tüm **çalışma süresine tekabül eden ücret** vs. haklar ödenmektedir. Bizim hukukumuzda ise bu en çok dört aylık ücretle sınırlandırılmıştır. Böyle sınırlı bir alacak hakkına sahip olan işçinin ayrıca ülkemiz şartlarında hemen iş bulma ihtimalinin de düşük olduğu göz önünde tutulacak olursa bu miktardan bir de indirim yapılmasını beklemek pek adil bir çözüm olmayacaktır düşüncesindeyim. Kaldı ki, md. 13/D-2 deki hükmün ifadesi BK md. 325 e başvurmayı gerektirmeyecek derecede açık ve kesindir.

Mahkemece fesih geçersiz sayılıp işe iade ile birlikte boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aylık ücretin ödenmesine karar verildiği takdirde eğer işçi 4447 sayılı Kanunla getirilen işsizlik ödeneğine de hak kazanacak olursa bu iki ödemenin nasıl bağdaşacağı da ayrı bir sorundur (Karş. Ekmekçi, Yeni İşK., 134; Taşkent, 48; C. Tuncay, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren, Ocak 2003, 11). Zira işsizlik ödeneği işsiz kalan işçiye verilir. İşsizlik ödeneği almakta olan bir kimsenin gelir getirici bir işte çalışmaması gerekir (md. 52/b). Aksi halde ödeneği kesilir ve alınanların Türkiye İş Kurumuna iadesi gerekir. Bu çelişkili durumun bir yasa hükmü ile giderilmesinde büyük yarar vardır. 29.07.2003 te kabul edilen Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu hakkında 4958 sk. ile 506 sayılı K. da ve 4447 sayılı Kanunlarda bazı değişiklikler yapılırken bu sorunu çözümlmek her halde akla gelmemiştir.

Sonuç olarak Yarg. 9. HD' nin yukarıdaki kararına bazı yönlerden katılmaya olanak görmüyoruz.