



İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATININ HER OLAYIN ÖZELLİĞİNE GÖRE BELİRLENMESİ GEREKTİĞİ

Hamit TİRYAKİ

Em. İş Başmüfettişi, Avukat

tiryakidanismanlik@gmail.com

ÖZET

İçtihadı Birleştirme Genel kurulu 13.04.2018 tarihinde, fesih ve işe başlatmama sebeplerinin her olayın özelliğine göre değişkenlik arz edebileceğini, kanun koyucunun somut olayın özelliğine göre takdir hakkını hâkime bıraktığı durumda bağlayıcı nitelikte olan İçtihadı Birleştirme Kararı ile sınırlandırma yapılmasının uygun düşmeyeceğine, karar vermiştir.

Anahtar kelimeler: İşe başlatmama tazminatı, İçtihadı Birleştirme kararı, İş güvencesi.

1. GİRİŞ

Yargıtay'ın işe iade davalarına bakan Daireleri tarafından baştan itibaren istikrarla çalışanın emekliliğinin gelmiş olmasının tek başına fesih sebebi olarak kabul edilemeyeceği ancak bir sosyal seçim ölçütü olarak benimsenmek sureti ile emekliliği gelen işçi lehine işe iade tazminatının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesi gerektiği yönünde uygulama yapılmaktaydı. Ancak 2015 yılında Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesi eski kararlarından, Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesi bu yöndeki istikrarlı uygulamasından dönmüş ve bu iki dairenin kararları arasında çelişki oluşmuş, bu çelişkinin giderilmesi talep edilmiştir.

Makalemizde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 13.04.2018 tarih ve E. 2017/3, K. 2018/3 sayılı kararı uygun başlıklar altında anlatılmaya çalışılmıştır.

2. İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATININ BELİRLENMESİ

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde işveren, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde başvurması hâlinde işçiyi kendisine tanınan bir aylık süre içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren işçiyi işe başlatmazsa en az 4, en fazla 8 aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Bu tazminata uygulamada “işe başlatmama tazminatı” denilmekte olup sözü edilen tazminatın alt ve üst sınırlarının hiç bir suretle değiştirilmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle Kanunun sınırladığı miktarın altına inen veya üstüne çıkan, miktarı daha az ya da daha çok belirleyen hükümlerin geçerliliği olmadığı gibi, tazminatın miktarını belirleyen bu hüküm, tarafları olduğu kadar mahkeme ve hakemleri de bağlayan emredici niteliği haiz bir düzenlemedir. Bunun tek istisnası 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25’inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, buna göre feshin sendikal nedene dayanması hâlinde ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacaktır.

Yargı organının iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde takdir hakkını kullanırken hangi ölçütlere başvuracağı konusunda yasada bir düzenleme yoktur. Kanımıza göre yargıcın, yasanın gerekçesinde yer alan “iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sebeplerini” diğer bir deyişle iş akdini feshederken işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığını, fesih nedenini ve şeklini göz önünde tutması uygun olacaktır. Bunun yanında, işçinin işyerindeki kıdemi de tazminatın saptanmasında bir ölçüt olarak dikkate alınmalıdır. Yargıç bu ölçütleri ve her olayın özelliğini göz önünde tutarak bir sonuca varacaktır¹.

O hâlde Kanunun amacı ve gerekçesi dikkate alınarak işçinin kıdemi yanında feshe ilişkin somut koşullar, işverenin geçersiz fesihle somutlaşan hukuka aykırı davranışının ve kusurunun ağırlığı, işçinin kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği, uğradığı maddi ve manevi zararın ağırlığı, yaşı, iş bulma olasılığı, fesih sebebi gibi nedenler bir bütün olarak değerlendirilerek işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesi gerekir.

Nitekim 4857 sayılı Kanun’un iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatını düzenleyen 21’inci maddesinin gerekçesinde” Mahkemenin veya özel hakemin yapılan feshi geçersiz bulması, dolayısıyla işçinin işe iadesine karar vermesi durumunda, işveren karar tarihinden itibaren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşveren, mahkemenin veya özel hakemin kararına rağmen işçiyi öngörülen süre içinde işe başlatmaz ise, işçiye tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe

¹ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2017, s.654.

başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, en az altı aylık ve en çok bir yıllık ücret tutarında olmak üzere, mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir.

Dava, seri muhakeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte, sonuçlanması uygulamada öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Böyle bir durumda -işveren işçiyi ister işe başlatmış, isterse başlatmamış olsun- işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını alabilecektir.

Ancak, bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı işçiye peşin ödenmişse, bu tutar yapılacak ödemededen düşülecek; buna karşılık, peşin ödeme yapılmamış ve de bildirim süresi verilmemiş ise, bu sürelerle ait ücret tutarı işçiye ayrıca ödenecektir.

İşçi, çıkarıldığı işinde çalışmayı sürdürmek istiyorsa, mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorunda tutulmuştur. İşçi, belirtilen süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılan fesih geçerli fesih sayılacak ve kendisine buna göre hak ettiği tazminatlar ödenecektir.

2.1. İş Güvencesi Kavramı

İşçinin geleceğine güven duyması, sürekli olarak işini kaybetme ve dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, modern iş hukukunun en temel amaçları arasında yer alır. Belirsiz süreli iş akitlerinde süreli fesih hakkının, işveren tarafından hakkın kötüye kullanılması dışında herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın kullanılabilmesi, işçileri, işlerinin sürekliliği konusunda büyük bir güvensizlikle karşı karşıya bırakır. Bu itibarla işçinin, her şeyden önce sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir².

İş güvencesi, iş hukukunu oluşturan hükümlerin hayata geçirilmesi, başka bir deyişle bu hükümlerin etkinliğinin sağlanması bakımından da önemlidir. Zira işten çıkarılma korkusu taşıyan işçinin kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını serbestçe kullanabileceğinden söz etmek güçtür. Öte yandan iş güvencesinin Toplu İş Hukukundan doğan hakların kullanımını da garanti altına alan yönü unutulmamalıdır. İşçinin sendikaya üye olması, toplu sözleşme ve grev hakkı gibi Anayasal haklarından gerçek anlamda yararlanması, işten çıkarılma korkusu olmaması ile mümkündür. İş güvencesinin böyle bir ortamı yarattığı ise açıktır.

İş güvencesini esas alan bir hukuk sisteminde iş sözleşmesi ile bağlı olma ilkesi asıl, iş sözleşmesinin feshi ise istisnai bir durumdur. Başka bir anlatımla, iş güvencesinin özünde iş

² Sarper SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2017, s. 568.

ilişkisinin varlığının korunması amaçlanır; fesih, son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur. Bununla birlikte işverenin, işletmesel gerekler, yaşanan ekonomik ya da mali zorluklar, işletmenin yeni teknolojinin gereklerine uyum sağlaması, rasyonel ve verimli bir çalışma sisteminin uygulanması, işletmedeki düzen ve disiplinin korunması ya da sağlanması nedenleri ile işçi çıkarması gerekebilir. İşçinin davranışları veya verimsizliği nedeni ile de iş sözleşmesinin feshi en uygun çözüm olarak ortaya çıkabilir.

İş güvencesi konusu, işçi, işveren ve toplum çıkarları arasındaki karşılıklı ilişkiler arasında çizilecek sınırlarla doğrudan ilgilidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçinin işini koruması hakkının tanınması, hem işçi hem de toplum çıkarları açısından gerekli görülmektedir. Ancak, işçinin ve toplumun çıkarları göz önüne alınarak iş güvencesinin sağlanması düşünülürken işverenin durumu ve bunun toplum çıkarı ile olan ilişkisi gözden uzak tutulamaz. Sosyal devlet ilkesi çerçevesinde işverenin işçi çıkarmadaki serbestliğinin sınırlandırılması gerektiği kuşkusuz olmakla birlikte, sınırların konulmasında durumun işveren açısından da değerlendirilmesi zorunludur. Bir işletme uzun süre verimsiz çalışamaz. İşletmenin verimliliği başka yoldan sağlanamıyor ve işyerinden bazı işçilerin çıkarılmasını gerektiriyorsa buna olanak sağlanmalıdır. Verimlilik artışının toplum çıkarı düşüncesine de uygun olduğu ve aksi yöndeki bir gelişmenin topluma ağır yükler getireceği kuşkusuzdur³.

Bu durumda iş güvencesi ile ilgili düzenlemeler yapılırken işçilerin çalışma hakları ile işverenin girişim ve sözleşme yapma özgürlüğü ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengelenmelidir.

2.2. İş Güvencesinin Türk İş Hukukunda Normatif Dayanağı

Çağdaş İş Hukukunun temel amaçlarından biri olan iş güvencesine ilişkin ülkemizde de düzenleme yapılması gerektiği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nce 2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilen "Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşmenin (Sözleşme) Türkiye tarafından 18 Haziran 1994 tarih ve 21964 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9 Haziran 1994 tarih ve 3999 sayılı Kanunla onaylanması üzerine bu Sözleşmeye uyum sağlamak amacı ile iş güvencesine ilişkin yasal değişikliklerin yapılması zorunluluğu doğmuştur. Bu kapsamda olmak üzere 4773 sayılı İş Kanunu Sendikalar Kanunu İle Basın ve Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile mülga 1475 sayılı İş Kanunu'na 13'üncü maddeden sonra gelmek üzere 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddeleri eklenerek iş. güvencesi Türk İş Hukukunda normatif dayanağa

³ Nuri ÇELİK, Nurşen CANIKLIOĞLU, Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s.377.

kavuşturulmuştur. Daha sonra 1475 sayılı İş Kanunu'nu 14'üncü maddesi dışında yürürlükten kaldıran 10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş Kanunu/4857 sayılı Kanun/Kanun) 18 ila 21'inci maddelerinde 4773 sayılı Kanunun iş güvencesine ilişkin hükümleri bazı değişikliklerle yer almıştır.

2.3. İş Güvencesinin Kapsamı Ve Sonuçları

4857 sayılı Kanun ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında kalan ve 30 veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan, işveren vekili konumunda olmayan ve işyerindeki kıdemi en az 6 ay olan işçinin iş sözleşmesi ancak işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak feshedilebilir. Ayrıca işveren işçinin yeterliliği veya davranışları nedeni ile iş sözleşmesini feshedecekse, işçinin savunmasını almak zorunda olduğu gibi, her hâlde işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

İşçinin belli bir yaşa gelmesinin ya da yaşlılık aylığı almaya hak kazanmasının geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi, 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri dikkate alındığında mümkün değildir. Ancak işçinin yaşlılığı nedeni ile iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesi güçleşmiş ise bu durumda işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenle iş sözleşmesi feshedilebilecektir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlükler veya reorganizasyon (yeniden yapılanma) gereklerine ya da teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin (işçilerin) işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlalığının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır⁴.

İş Kanununun gerekçesinde işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlere örnekler verilmiş olup, sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasadaki genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi nedenler işyeri dışından kaynaklanan nedenler olarak; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojilerin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması işyeri içi nedenler olarak gerekçede yer almıştır. Bu tür işletme içi ya da işletme dışı nedenlerden dolayı istihdam fazlası ortaya çıktığında işçinin işinin ortadan kalkması, çalışmaya devam olanağının

⁴ SÜZEK, a.g.e. s. 606.

kalmaması nedenleri iş sözleşmelerinin feshini gerekli kılabilir. Böylesi durumlarda işverence emekliliği gelen işçinin iş sözleşmesinin emekliliğe hak kazanma da fesih nedeni içinde gösterilmek sureti ile feshedildiğine sıklıkla rastlanmaktadır.

2.4. Hakimin Takdir Hakkı

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) “Hâkimin takdir yetkisi” başlığını taşıyan 4 üncü maddesine göre “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” Görüldüğü üzere “takdir yetkisi” TMK’nın hukukun uygulanmasında hâkime tanıdığı yetkilerden biridir.

Hâkim, önüne gelen sorunu çözümlmek üzere ilk önce kanunu uygulamakla yükümlüdür. Fakat çoğu hâllerde kanundaki hüküm, somut olayı bütün ayrıntıları içine alamayacak kadar genel veya olayın özelliklerine uymayacak kadar soyut ve elâstiki olabilir. İşte bu gibi durumlarda kanundaki hükmü somut olaya uydurabilmek için, onun uygulama biçimini ve kapsamını belirleme yetkisi, Medeni Kanunun 4 üncü maddesi ile hâkime verilmiştir⁵.

Takdir yetkisi, hâkimin kanundaki bir hükmü somut olaya uygularken sahip olduğu serbestiyi ifade eder. Zira kanunda, hâkimin önüne gelen olayla ilgili bir hüküm bulunmakla birlikte bu hükümde genel ve ana hatları ile bir çözüm öngörülmüş, bunun somut olaya uydurulması hâkime bırakılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, kanun hâkime takdir yetkisi tanıdığını hükmün içeriğinde açıkça belirtebileceği gibi, hükümde kullanılan bazı ifadelerden de hâkimin takdir yetkisi bulunduğu anlaşılabilir.

Hâkim, kanunun kendisine takdir yetkisi tanıdığı yerlerde bu yetkiyi kendi keyfine ve eğilimine göre kullanamaz. Hukukun takdir yetkisine dayanılarak uygulanması da objektif esaslara ve kanunun amacına uygun olmalıdır. Yani hâkim bu yetkisini kullanırken sübjektif ve keyfi şekilde davranamaz; kişisel sempati, antipati duyguları ve eğilimlerine dayanan kararlar veremez. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, kanunu, önündeki somut olaya en uygun gelecek şekilde uygulamak durumundadır. Bunu yapabilmek için de somut olayın bütün özelliklerini, bu olayla ilgili kişilerin durumlarını göz önünde tutarak, bunlar arasındaki anlaşmazlıkta hangisinin menfaatinin daha fazla korunmaya layık olduğunu inceler. Kanun takdir yetkisinin

⁵ Jale G. AKİPEK, Turgut AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 2002, s. 149.

nasıl kullanılacağı hususunda ayrıca hâkime yol da göstermektedir (m.4). Maddeye göre, hâkim takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun biçimde kullanmalıdır⁶.

2.5. İctihadı Birleştirme Kararlarının Niteliği ve Gerekliliği

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunursa, Yargıtay dairelerinden biri yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevidir.

Öte yandan aynı Kanunun 45'inci maddesi hükmü uyarınca içtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

Feshin geçersizliği ve işe iade kararına rağmen süresinde başvurduğu hâlde işverence işe başlatılmayan işçi lehine hüküm altına alınacak en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarındaki iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatının miktarını hakimin, Kanunun 21 inci maddesinin gerekçesinde yer alan "iş sözleşmesinin sona erdirilmesi" ve "işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri"ni dikkate alarak, her somut olayın özelliğine göre takdir etmesi gerektiği dikkate alındığında, bağlayıcı nitelikteki içtihadı birleştirme kararı verilerek bu yetkinin sınırlandırılması mümkün olmadığından içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

3. SONUÇ

4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinde feshin geçersizliğine ilişkin karara rağmen işe başlatılmayan işçiye ödenecek tazminat miktarının en az 4 aylık ve en çok 8 aylık ücret tutarında takdir edileceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde söz konusu tazminat miktarının, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak takdir edileceği belirtilmiştir.

Fesih ve işe başlatmama sebepleri her olayın özelliğine göre değişkenlik arz edebileceğinden, kanun koyucunun somut olayın özelliğine göre takdir hakkını hâkime bıraktığı durumda bağlayıcı nitelikte olan İctihadı Birleştirme Kararı ile sınırlandırma yapılmasının uygun düşmeyeceği gerekçesiyle içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına karar verilmiştir.

⁶ Jale G. AKİPEK, Turgut AKINTÜRK a.g.e., s. 152.