

**YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME  
HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Esas No : 2017 / 3  
Karar No : 2018 / 3

**ÖZET:** Fesih ve işe başlatmama sebepleri her olayın özelliğine göre değışkenlik arz edebileceğinden, kanun koyucunun somut olayın özelliğine göre takdir hakkını hâkime bıraktığı durumda, bağlayıcı nitelikte olan İctihadi Birleşirme Kararı ile sınırlandırma yapılması uygun düşmeyeceğinden içtihadî birleşirmeye gerek bulunmamaktadır.

**I-GİRİŞ**

**A-İctihatların Birleşirilmesi Konusundaki Başvuru**

Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. vekilleri Av. Ercan Bayraktaroğlu-Av. Kemal Şaşal ve Av. Müge Aruz ortak imzalı dilekçede, Kdz. Ereğli 2. İş Mahkemesinin 2014/127 E.-2014/40 K. sayılı kararında Mahkemece emekliliğı gelen davacı işçi lehine işe başlatmama tazminatının 4 aylık ücreti olarak tespit edildiğini ancak Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 21.01.2015 tarih ve 2014/15802 E.-2015/255 K. sayılı ilamı ile "...emeklilik kriteri işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır..." şeklindeki gerekçe ile mahkeme kararını bozup ortadan kaldırarak, işe başlatmama tazminatını işçinin 5 aylık ücreti olarak belirlendiğini, aynı Mahkemenin 2014/275 E.-2014/111 K. sayılı kararında işçinin emekliliğinin gelmiş olması nedeni ile işe başlatmama tazminatının 4 aylık ücreti tutarında tespitine ilişkin hüküm kurulduğunu, anılan kararın Yargıtay 7.Hukuk Dairesinin 03.03.2015 tarih 2014/19741 E.-2015/3103 K. sayılı kararı ile bozulup ortadan kaldırılarak, işe başlatmama tazminatının işçinin 7 aylık brüt ücret tutarı olarak tespit edildiğini, İskenderun İş Mahkemesinin 2008/94 E.-2008/206 K. ve 2008/95 E. 2008/207 K. sayılı kararlarında ise davacı işçilerin emekliliklerinin gelmiş olmasından ötürü işe başlatmama tazminatlarının 4 aylık ücret tutarında belirlendiğini, bu kararların Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 24.08.2008 tarih 2008/30631 E.- 2008/24581 K. ve 2008/30628 E.- 2008/24578 K. sayılı kararları ile onandığını; İskenderun İş Mahkemesinin 2012/702 E.-2013/33 K. Sayılı işe iade isteminin reddine ilişkin kararının Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 26.06.2013 tarih 2013/15072 E.-2013/11969 K. sayılı kararı ile bozularak ortadan kaldırıldığını ve emekliliğı hak etmiş olan davacı için 4 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatına hükmedildiğini, Kdz. Ereğli 1. İş Mahkemesinin 2013/467 E.-2013/531 K. sayılı kararında Mahkemece davacının emekliliğinin gelmiş olması nedeniyle 4 aylık ücret tutarındaki tazminatın davalıdan alınıp davacıya verilmesi gerektiğinin tespitine karar verildiğini, kararın Yargıtay 7.Hukuk Dairesi tarafından onandığını; Yargıtay'ın işe iade davalarına bakan Daireleri tarafından baştan itibaren istikrarla çalışanın emekliliğinin gelmiş olmasının tek başına fesih sebebi olarak kabul edilemeyeceğı ancak bir sosyal seçim ölçütü olarak benimsenmek sureti ile emekliliğı gelen işçi lehine işe iade tazminatının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesi gerektiğı yönünde uygulama yapıldığını, Yargıtay 7.Hukuk Dairesi tarafından da bu uygulama doğrultusunda kararlar verildiğini ancak 2015 yılında Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin eski kararlarından ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bu yönde istikrarlı uygulamasından döndüğünü, bu şekilde Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin kendi kararları ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin isabetli ve istikrarlı bir şekilde uyguladığı kararları arasında çelişki oluştuğunu, bu çelişkinin giderilecek içtihatların Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin uygulaması doğrultusunda birleşirtilmesini talep etmişlerdir.

**B-Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun Kararı Ve İctihadi Birleşirmenin Konusu**

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 12.04.2017 tarih ve 117 sayılı kararı ile;

Aşağıda I-C'de belirtilen kararlar arasında görüş ayrıklığı bulunduğu ve farklı uygulamaların sürdürüldüğü sonucuna varıldığından; ayrıklığın İctihatları Birleşirme Hukuk Genel Kurulunca giderilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

İctihadi Birleşirme konusu ise "İşe iade davasında, emekliliğı hak eden işçi lehine hüküm altına alınacak işe başlatmama tazminatının, alt sınırdan belirlenmesinin gerekip gerekmediğı konusunda Yargıtay 7. Hukuk Dairesi (kapatılan), 9. Hukuk Dairesi ve 22. Hukuk Dairesi içtihatları arasındaki ayrıklığın giderilmesine" olarak belirlenmiştir.

**C-Görüş Ayrıklığının Giderilmesi İsteminde Konu Kararlar**

Yedinci Hukuk Dairesinin (kapatılan) 25.12.2013 gün ve 2013/26654 E.- 2013/23250 K., 26.06.2013 gün ve 2013/15072 E.-2013/11969, 03.03.2015 gün ve 2014/19741 E.-2015/3103 K., 21.01.2015 gün ve 2014/15802 E.-2015/255 K.; Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 24.08.2008 gün ve 2008/30631 E.-2008/24581 K., 30.04.2008 gün ve 2008/30628 E.-2008/24578 K sayılı kararları.

**D-Görüş Ayrıklığının Giderilmesi İsteminde Konu Kararlarda Belirtilen Görüşlerin  
Özetleri**

**1-Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin (Kapatılan) Görüş Özeti**

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi (kapatılan) görüş yazısında özetle; Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesinde düzenlenen fesih işçerliliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra yasal



daha az mağdur sayılacağı düşüncesiyle işe başlatmama tazminatına alt sınır olan 4 aylık ücreti tutarı üzerinden hükmedildiği, ancak Yargıtay 7. Hukuk Dairesininin 10.07.2013 tarih ve 2013/19137 E.- 2013/13064 K. sayılı kararı ile bu uygulama ve görüşünden dönerek, emekli olan ya da emekliliğini hak eden işçiler için alt sınırdan işe başlatmama tazminatına hükmedilmesinin hakkaniyetli sonuçlar doğurmadığı, eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle bundan sonra "emeklilik kriterini", işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde dikkate alınmayacağı benimsediği, aynı şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesininin de 2015 yılından sonra önceki görüşünden dönerek "emeklilik kriterini" işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde ölçüt olmaktan çıkardığı, böylelikle Yargıtay 7 ve 9. Hukuk Dairelerinin kararları arasında güncel ve devamlılık arz eden bir içtihat aykırılığının bulunmadığı ancak aynı hususta Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin farklı görüşte olduğu, "emeklilik kriterini", işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde dikkate alarak tazminata alt sınırdan hükmettiği ve anılan Dairenin kararlarının hâlen aynı yönde olduğu, bu durumda işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde "emeklilik kriterinin" dikkate alınıp alınmayacağı hususunda Yargıtay 7. ve 9. Hukuk Dairelerinin kararları ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kararları arasında içtihat aykırılığı bulunduğundan, bu açıdan içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.

## II. ÖN SORUN

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında esasa geçilmeden önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun işe başlatmama tazminatının miktarını düzenleyen 21'inci maddesinin gerekçesinde işe başlatmama tazminatının iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak belirleneceğinin öngörülmesi ve bu durumda her somut olayın özelliğine göre tazminat miktarının hâkim tarafından takdir edilmesinin gerekmesi karşısında, bağlayıcı nitelikte içtihatı birleştirme kararı ile sınırlandırma yapılmasının mümkün ve uygun olup olmadığı ön sorun olarak tartışılıp değerlendirilmiştir.

## III-GEREKÇE

### A-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 aktilerinde 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 feshi karşı koruması gerekmektedir (Stüzek, S.: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017, s. 568).

İş güvencesi, İş 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 yararlanmaması, 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 ilişkisinin varlığının korunması amaçlanır; fesih, son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur.

Bununla birlikte işveren, 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 düşünüldükten 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 çalışmaz. İşletmenin verimliliği başka yoldan sağlanamıyor ve işyerinden bazı işçilerin çıkarılmasını gerektiriyorsa buna olanak sağlanmalıdır. Verimlilik artışının toplum çıkarı düşüncesinde de uygun olduğu ve aksi yöndeki bir gelişmenin topluma ağır yükler getireceği kuşkusuzdur (Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat/T.: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Baskı, Eylül 2016, s.377).

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

### B-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 Resmî 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 ile 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 dayanağı

kavuşturulmuştur. Daha sonra 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14'üncü maddesi dışında yürürlükten kaldırılan 10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmî 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.

### **C-İş Güvencesinin Kapsamı Ve Sonuçları**

4857 sayılı Kanun'un iş güvencesine ilişkin hükümleri ile kapsama giren iş sözleşmeleri açısından işverenin fesih hakkı sınırlandırılmış, başka bir anlatımla fesih serbestisi kaldırılmış ve süreli fesih hakkının doğumu Kanunda belirtilen "geçerli nedenlerin" varlığına bağlanmıştır. Öte yandan geçerli nedenlerin varlığını ispat yükü işverene yüklediği gibi, geçerli nedenler gerçekleşmemişse işçinin işe iadesi veya iş güvencesi tazminatı (işe başlatmama tazminatı) ve boşta geçen sürelerle ilişkin olmak üzere en çok 4 aya kadar ücretinin ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri bu Kanuna tabi olan ve Kanunun 18'inci maddesinde yer alan koşulları taşıyan işçilerle 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un (Basın İş Kanunu/5953 sayılı Kanun) 6'ncı maddesinin son fıkrası uyarınca gazetecilere uygulanır.

Bu durumda, 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 kademi 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 feshedecektse, işçinin savunmasını almak zorunda olduğu gibi, her hâlde işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, işçinin belli bir yaşa gelmesinin ya da aylıklık aylığı almaya hak kazanmasının geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 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.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde sayılan geçerli fesih nedenlerinden biri de işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlüklerle 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 uyarlanmasında (Süzek, S.: a.g.e., s.606).

İş Kanunu'nun 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 dışında 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 işleme içi ya da işleme dışı nedenlerden dolayı istihdam fazlası ortaya çıktığında işçinin işinin ortadan kalkması, çalışmaya devam olanağının kalmaması nedenleri iş sözleşmelerinin feshini gerekli kılabılır. Böylesi durumlarda işverence emekliliği gelen işçinin iş sözleşmesinin emekliliğe hak kazanma da fesih nedeni içinde gösterilmek sureti ile feshedildiğine sıklıkla rastlanmaktadır.

İşçinin iş sözleşmesinin feshedildiği bir durumda işçi, İş Kanunu'nun 20'inci maddesi uyarınca fesih bildirimimin tebliğ tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde fesih bildiriminde sebep göstermediği ya da gösterilen sebebin geçerli sebep olmadığı iddiası ile dava açabilir.

Mahkemece işverence yapılan feshin Kanun'un 18 ve devamı maddelerine uygun ve geçerli bir fesih olmadığı tespit edildiği takdirde Kanunun 21'inci maddesine göre fesih geçersizliğine karar verilir. Bu kararda aynı zamanda işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesi hâlinde işçinin en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında mahkemece takdir edilecek iş güvencesi tazminatının ve en çok 4 aya kadar boşta geçen süre ücretinin ödeneceği yer alacaktır.

### **D-İş Güvencesi (İşe Başlatmama) Tazminatı Ve Buna İlişkin Kanunun Gerekçesi**

Mahkemece fesih geçersizliğine karar verildiği takdirde işveren, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde başvurması hâlinde işçiyi kendisine tanıyan 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 sınırlandırdığı 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 fesih sendikali nedene dayanması hâlinde ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacaktır.

Mahkemenin iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatına hükmedebilmesi için işçinin işe iadeyi talep etmiş olması yeterli olup, ayrıca bu tazminatın hüküm altına alınmasını da istemesine gerek yoktur. Zira bu tazminat, işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesinin sonucudur. İşe başlatmama tazminatının miktar olarak değil Kanunda öngörüldüğü gibi en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında olmak üzere "süre" olarak belirlenmesi gerekir.

Hemen belirtelim ki, 25.10.2017 gün ve 30221 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 12'inci maddesi ile 4857 sayılı Kanunun 21'inci maddesine eklenen fıkra ile mahkeme veya özel hakemin işe başlatma tazminatını, dava tarihindeki ücreti esas alarak belirleyeceği öngörülmüştür. Bu hükmün 01.01.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği de 7036 sayılı Kanunun 18'inci maddesinin (a) bendinde hüküm altına alınmıştır.

Yargı organının iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde takdir hakkını kullanırken hangi ölçütere başvuracağı

konusunda yasada bir düzenleme yoktur. Kanımıza göre yargıcin, yasanin gerekcesinde yer alan "iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sebeplerini" diğ er bir deyiş ile iş akdini feshederken işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığını, feshetme 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 varacaktır ( Süzek, S.: a.g.e. s.654).

O hâlde Kanunun amacı ve gerekçesi dikkate alınarak işçinin kıdemi yanında feshetme ilişkin somut koşullar, işverenin geçersiz feshetme somutlaşan hukuka aykırı davranışının ve kusurunun ağırlığı, işçinin kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği, uğradığı maddi ve manevi zararın ağırlığı, yaşı, iş bulma olasılığı, feshetme 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 feshetme 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, işçiyi tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe 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, sonuçlanmasa 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 kim tazminatı işçiyi peşin ödenmişse, bu tutar yapılacak ödemeden düşülecek; buna karşılık, peşin ödeme yapılmış ve de bildirim süresi verilmişse ise, bu süreler için ücret tutarı işçiyi ayrıca ödenecektir.

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

Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için, "bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır." görüşlerine yer verilmiştir.

Hemen belirtelim ki, Kanunun ve 21'inci maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) görüşüldüğü sırada verilen ve kabul edilen değişiklik önerileri ile işe başlatmama tazminatının miktarı en az 4, en çok 8 ay olarak kabul edilmiş ve bu şekilde kanunlaşmıştır.

#### **E-Hakimin Takdir Hakkı**

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (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 çözümlenmek 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 elastiki olabilir. İşte bu gibi durumlarda kanundaki hükümü somut olaya uydurabilmek için, onun uygulama biçimini ve kapsamını belirleme yetkisi, Medeni Kanun'un 4'üncü maddesi ile hâkime verilmiştir (Akipek, J.G./Akıntürk, T.:Türk Medeni Hukuku, Yeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2002, s.149).

Takdir yetkisi, hâkimin kanundaki bir hükümü 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 hükümün 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 subjektif ve keyfi şekilde davranamaz; kişisel sempati, antipati duyguları ve eğilimlerine dayanan kararlar veremez. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, kanunu, öndeki 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 nasıl kullanılacağı hususunda ayrıca hâkime yol da göstermektedir (m.4). Maddeye göre, hâkim takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun biçimde kullanmalıdır (Akipek, J.G./Akıntürk, T.: a.g.e., s. 152).

#### **F-İçtihatlı 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 hükümü uyarınca içtihatlı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

Yukarıda anlatılanlar ışığında yapılan değerlendirmeye sonucunda; feshetme geçersizliği ve işe iade kararına rağmen süresinde başvurduğu hâlde işverence işe başlatılmayan işçinin hüküm altına alınacak en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarındaki iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatının miktarını hâkimin, 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 içtihatlı birleştirme kararı verilerek bu yetkinin

sınırlandırılması mümkün olmadığından içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığı ve ön sorun bulunduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.

#### IV. SONUÇ

4857 sayılı İş Kanununun 21.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. Nitekim 9. Hukuk Dairesi de ilk kararlarında salt emekliliğe hak kazanmanın fesih sebebi yapıldığı durumlarda bu fesih nedenine göre işe başlatmama tazminatının alt sınırdan takdir edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

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 İçtihadı Birleştirme Kararı ile sınırlandırma yapılmasının uygun düşmeyeceği gerekçesiyle içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına **13.04.2018 gününde üçte ikiyi aşan oyçokluğu** ile karar verilmiştir.