

"İçtihat Metni"

MAHKEMESİ:İş Mahkemesi

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 06/09/2010-11/07/2014 tarihleri arasında ürün mühendisi olarak çalıştığını, aylık net ücretinin 3.250,00 TL olduğunu, iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e ve (h) bendleri uyarınca feshedildiğini, davalı işverenin ne fesih gerekçesini ne de bu gerekçeye muttali olunan tarihi açık ve net bir beyanla ifade edemediğini, müvekkilinin fazla mesai yaptığını ve yıllık izin ücretlerinin tamamını kullanmadığını, ücretlerinin ödenmediğini, ödenmeyen kıdem ihbar tazminatı, fazla mesai ve yıllık ücretli izin alacaklarının faizleri ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının iş akdinin feshedilmesi üzerine 25/07/2014 tarihinde İstanbul Anadolu 24. İş Mahkemesi nezdinde işe iade davası açtığını, davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e ve (h) bentleri uyarınca feshedildiğini, bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatı hak edemeyeceğini, işe iade davası neticelenmiş olduğundan davacı lehine doğmuş bir hak olmadığını, savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, yapılan yargılama sonucunda toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasındaki ihtilaf kesinleşen işe iade kararı gereğince davacının işe başlatılıp başlatılmadığı ve işe iadenin yasal sonuçlarından faydalanıp faydalanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur.

Yasada işçinin şahsen başvurması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığı ile de ulaştırabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen görüşü bu yöndedir (Yargıtay HGK 17.6.2009 gün ve 2009/9232E, 2009/278K.).

İşveren işe iade için başvuran işçiyi (1) ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az dört, en fazla sekiz aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süreye ait en çok dört

aya kadar ücret ve diğer hakları işçiye ödemek zorundadır.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin beşinci fıkrasına göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K.).

İşe iade yönündeki başvurunun on iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmektedir birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini (1) ay içinde işçiye bildirmesi gerekir. Tebligat sorunları sebebiyle bildirim süresi içinde yapılamaması halinde, bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa dahi, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla iki günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı Yasa'nın 56'ncı maddesinin son fıkrasındaki izinler için öngörülen en çok dört güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla dört gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağını sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. İşverenin dava tarihinden önce temerrüde düşürülmemiş olması halinde dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faize hükmedilir. İşe iade kararına rağmen işçinin işe alınmaması nedeniyle işe başlatmama tazminatının ödenmesi söz konusu ise, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Bu durumda işe başlatmama anından itibaren faiz hakkı doğar.

Boшта geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar için, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boшта geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boшта geçen en çok dört aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplama yapılmalıdır (Yargıtay 9.HD. 28.12.2009 gün 2009/34595 E, 2009/37899 K.).

Kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar hesaplanacak ücret ve diğer alacaklar, işçinin işe

iade için başvurduğu anda muaccel olur (Yargıtay 9.HD. 20.11.2008 gün 2007/30092 E, 2008/31546 K).

İşe iade başvurusunda boшта geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi talep edilmiş ise, başvuru ile birlikte işveren de temerrüde düşürülmüş sayılmalıdır. Sözü edilen ücret ve diğer hakların ödenmemesi durumunda başvuru tarihinden itibaren faiz hakkı doğar.

İşe başlama isteğini içeren başvuruda, boшта geçen süreye ait ücret ve diğer hakların açıkça talep edilmemiş olması halinde ise, dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmelidir.

Boшта geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamalarda işçinin fiili çalışmasına bağlı alacakların dikkate alınması doğru olmaz.

Boшта geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

16.6.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Yasa ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında gösterilmiştir. Buna göre işe başlatmama tazminatından sadece damga vergisi kesilmesiyle yetinilmelidir.

Aynı Yasa ile 193 sayılı Kanuna eklenen geçici 77'nci maddede, "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21'inci maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminatları, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır" şeklinde kurala yer verilerek, daha önce kesilen gelir vergisi ile ilgili iade esasları belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre daha önce kesilen gelir vergisi tutarları vergi yükümlüsüne iade edilmelidir. Vergi yükümlüsü işçi olup, işçinin fazla ödenen vergiyi ilgili vergi dairesinden talepte bulunma hakkı vardır. Yasada, vergi sorumlusu olan işverene iadeye dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İşçi haksız yere kesilen gelir vergisini ilgili vergi dairesinden talep edebileceğine göre, işverenin aynı tutardan sorumluluğuna dair karar verilmesi, mükerrer sorumluluğuna yol açar. Bu nedenle işverence işe başlatmama tazminatından kesilerek vergi dairesine yatırılan gelir vergisi yönünden işverenin sorumlu tutulması doğru olmaz (Yargıtay 9.HD. 16.2.2010 gün 2009/29055 E, 2010/ 3626 K).

İşe iade davası ile tespit edilen en çok dört aya kadar boшта geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olduğundan uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

İşçinin işe başlatılmaması fesih niteliğinde olmakla, işverence gerçekleşen bu feshe bağlı olarak ihbar tazminatı ile süre yönünden şartları mevcutsa kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti ödenmelidir. Hesaplamalar işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesih tarihindeki ücret ve kıdem tazminatı tavanı gözetilerek yapılmalıdır. İşçiye geçersiz sayılan fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti ödenmişse, dört aylık boшта geçen süre ilavesiyle son ücrete göre yeniden hesaplama yapılmalı ve daha önce ödenenler mahsup edilerek sonuca gidilmelidir.

Kıdem tazminatı için faiz başlangıcı, işçinin işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesih tarihi olmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden faiz yürütülmesi doğru olmaz.

İhbar tazminatı ve izin ücreti bakımından ise, işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesihden sonra işverenin temerrüde düşürülmüş olması halinde bu temerrüt tarihi, aksi halde dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, işe başlatmama tazminatı yukarıdaki ilke kararı ve yasal düzenlemeler karşısında, fesih tarihindeki yani işçinin işe başlatılmadığı tarihteki çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplanmalıdır.

Mahkemece davacının kesinleşen işe iade kararından sonra işe başlatıldığı kabul edilmiş ve davacının taleplerinden feshe bağlı olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacaklarının bu nedenle reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Dosya kapsamında; davalı vekilinin UYAP portal üzerinden 09.05.2016 tarihinde dosyasına göndermiş olduğu dilekçe ile açıkça işe iade kararın tebliğinden sonra davacının işe başlatılmadığı ve işçilik alacaklarına karşılık olmak üzere 67.727,83 TL ödeme yapıldığı ve bu ödemelerin hangi alacak kalemlerini karşıladığı hususunda ödeme tablosu sunulduğu anlaşıldığından mahkeme kabulünün yerinde olmadığı anlaşılmıştır.

Mahkemece yapılacak iş yukarıda izah edilen ilkeler ışından fesih tarihi ve fesih tarihindeki ücreti belirlemek ve yapılan ödemelerde değerlendirilerek fark kıdem tazminatı, fark ihbar tazminatı ile yıllık izin alacağı hakkında Yargıtay denetimine elverişli açık anlaşılır şekilde ek rapor alınmak suretiyle talepler hakkında bir değerlendirme yapmaktır.

**SONUÇ:**

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21/10/2020 tarihinde oybirliği ile karar verildi.