

Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi

Ercüment ÖZKARACA*

Özet: İş sözleşmesinin yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen yaş dışındaki koşulları yani sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlama nedeniyle feshine bağlı olarak kıdem tazminatına hak kazanma koşulları incelenmektedir. Bu hakkı kullanan kişinin çalışma yaşamından çekilme amacıyla hareket etmesinin gerekip gerekmediği, bu hakkın sadece bir defaya mahsus olup olmadığı, iş sözleşmesinin bu sebeple feshinin sözleşmesel kayıtlara etkisi yasanın hazırlık çalışmaları öğreti görüşleri ve Yargıtay'ın benzer hukuki müesseselere ilişkin içtihadı çerçevesinde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kıdem Tazminatı, Yaş dışı emeklilik koşulları, Sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlama nedeniyle kıdem tazminatı

The Right Of Severance Pay In Case Of Fulfilling The Insurance Period And The Number Of The Premiums Earned Days, And The Effect Of The Termination Of Employment Agreement To Be Entitled To Such A Pay On The Contractual Clauses

Abstract: In this article the qualification conditions for the severance pay depending upon the termination of the employment agreement by reason of fulfilling the insurance period and the number of premium earned days, which are the requirements to be entitled to the old-age pension except the attainment of the retirement eligibility age. In the light of the preparatory work of legislation, the doctrine and the judgments of the Court of Appeal regarding the similar legal institutions, it will be discussed whether it is required to exercise the termination right for the purpose of leaving from the working life or not, and such a right would be exercised one-time or more, while the effect of the termination of the employment agreement for this reason on the contractual clauses will be in detail analysed.

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Key words: Severance pay, the requirements to be retired excluding age attained, severance pay as a result of fulfilling the insurance period and the number of the days premiums earned

Giriş

Bilindiği gibi, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile değiştirilmeden önce 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun kapsamına giren, başka bir deyişle iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları daha farklıydı. Söz konusu değişiklikten önce sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmaları için, kadın ise 20, erkek ise 25 yıllık sigortalılık süresine sahip olması ve 5000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödemesi yeterliydi (506 sayılı Kanun m.60/A-c). Bu olasılıkta belirli bir yaşı tamamlama koşulu aranmadığı için, 18 yaşında¹ sigortalı olan bir kadın 38 yaşında, erkek ise 43 yaşında, 5000 (13 yıl 10 ay 20 gün) prim ödeme gün sayısı da varsa yaşlılık aylığına hak kazanabiliyordu. Öte yandan, 20 ya da 25 yıllık sigortalılık süresi ile 5000 gün prim ödeme koşulunu tamamlayamayanlar için bir başka olanak daha mevcuttu. Buna göre, kadınlarda 50, erkeklerde 55 yaşın tamamlanmış olması koşuluyla 15 yıldan beri sigortalı olan ve 3600 gün (10 yıl) prim ödeyenler de yaşlılık aylığına hak kazanabilmekteydiler (506 sayılı Kanun m.60/A-b). Belirtelim ki, bu genel nitelikli koşulların dışında maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışanlar, erken yaşlananlar ya da özürllüler için daha kolay tamamlanabilecek başka koşullarla emekli olmak da mümkündür².

Belirli bir yaşı tamamlamaksızın emekli olabilme olanağının çok erken yaşta emekliliklere neden olduğu ve bunun sonucunda da Sosyal Sigortalar Kurumunun (şimdi Sosyal Güvenlik Kurumu) gelir-gider dengesinin bozulduğu gerekçesiyle 1999 yılında çıkarılan 4447 sayılı Kanunla yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarında önemli değişiklikler yapılmıştır. Gerçekten, 4447 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanunun yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını düzenleyen m.60/I, A bendi değiştirilerek, 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve en az 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şartı aranmıştır. Bunun dışında, yine aynı maddede 7000 gün

¹ 01.04.1981 tarihinden önce ilk defa sigortalı olanlar için 18 yaşından önceki süreler de sigortalılık süresi olarak dikkate alınmaktaydı (506 sayılı Kanun m.60/G). 5510 sayılı Kanun geç.m.6/f.I uyarınca, “17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanuna göre 1/4/1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalılarına tescil edilmiş olanlar hakkında, bu Kanunun 38 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki sigortalılık süresinin 18 yaşın doldurulduğu tarihten başlayacağına ilişkin hükümü uygulanmaz?”.

² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Güzel ve Okur, 1998: 324 vd.; Tuncay, 1998: 262 vd.; Şakar, 1998: 168-173; Keser, 2011: 44-45.

primi tamamlayamayanlar için, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları halinde de yaşlılık aylığına hak kazanılacağı belirtilmiştir. Böylece sigortalıların kadın ise 38, erkek ise 43 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanma olanakları ortadan kalkmıştır.

Şunu da ekleyelim ki, 4447 sayılı Kanunla bu Kanunun yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanların tamamlamaları gereken prim miktarı ve yaş sınırı da artırılmıştır. Bu yapılırken de, Kanunda, sigortalıların sigortalılık süresinin başlangıç tarihi ne kadar eski ise o oranda az etkilenmesini öngören bir kademeli geçiş sürecine yer verilmiştir (*506 s.lı K. geç. m.81/I, B, C*). *Bir başka deyişle, eski sigortalıların daha erken yaşlarda, buna karşılık 1999 yılına daha yakın bir tarihte ilk defa sigortalı olanların daha geç yaşlarda emekli olmalarını öngören bir geçiş süreci öngörülmüştür.*

Sosyal güvenlik sistemimizde önemli değişiklikler öngören ve sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmalarını oldukça zorlaştıran bu hükümlerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; Anayasa Mahkemesi de makul, adil ve ölçülü olmadığı gerekçesiyle bu hükümlerin bazılarını iptal etmiştir³. Bu gelişmenin ardından geçiş sürecine ilişkin geç. 81. madde bu defa 23.05.2002 tarih ve 4759 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiş ve bugünkü haline gelmiştir.

Bu artış bir yandan sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmalarını zorlaştırırken, İş Hukuku açısından da kıdem tazminatı alma hakkını olumsuz etkilemiştir. Zira, bilindiği gibi, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılan hallerden biri de işçilerin yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmelerini feshetmeleridir. Ancak, anılan düzenleme ile yaşlılık aylığına hak kazanılması zorlaştırıldığı için, dolaylı olarak bu nedenle kıdem tazminatı talep ederek çalışma yaşamından ayrılabilme olanağı, geç. m.81 hükümleri bir yana bırakılırsa, kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaşın tamamlanması koşuluna bağlanmıştır.

İşte bu gelişme üzerine 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesine bir hüküm ilave edilmiş ve "506 Sayılı Kanunun **60** ıncı *maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde* öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun *Geçici 81 inci maddesine göre* yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen *sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile* işten ayrılmaları" halinde kendilerine kıdem tazminatı ödeneceği belirtilmiştir. Böylece yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli koşullardan yaş dışında kalan diğer koşulları tamamlayanlara da kıdem tazminatı talep ederek işten ayrılma olanağı tanınmıştır.

Biz bu çalışmada bu konuda verilen Yargıtay kararlarını ve uygulamada yaşanan sorunları dikkate alarak söz konusu hükme göre kıdem tazminatına hak

³ AYM, 23.02.2001, E. 1999/42 K. 2001/41, RG. 23.11.2001, 24592.

kazanmak için gerekli koşulları ve iş sözleşmesinin yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli **sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlama nedeniyle** feshinin, işçinin çalışma özgürlüğüne ve iş sözleşmesinde yer alabilecek rekabet yasağı, eğitim giderlerinin geri ödenmesi kaydı veya sözleşmenin süresinden önce feshinin cezai şartta bağlanması gibi çeşitli sözleşmesel kayıtlara etkisini inceleyeceğiz.

Genel Olarak Kıdem Tazminatına Hak Kazanmak İçin Gerekli Koşullar

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesine göre⁴, işçilerin kıdem tazminatına hak kazanmaları için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, işçinin işyerinde en az bir yıl çalışmış olması, diğeri de iş sözleşmesinin Kanunda öngörülen nedenlerden biri ile sona ermesidir⁵. Bu iki koşuldan biri mevcut değilse işçinin kıdem tazminatı talep hakkı söz konusu olmaz. Bu durumda örneğin işçinin işyerindeki kıdemi bir yıldan fazla dahi olsa eğer sözleşme Kanunda belirtilen nedenlerden biri ile sona ermemişse işverenin işçiye kıdem tazminatı ödeme zorunluluğundan söz edilemez.

İş sözleşmesinin işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı şekilde sona erdiği haller 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasında gösterilmiştir. Bunları iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshi ya da sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi olarak üç grupta toplamak mümkündür.

1475 sayılı Kanuna göre, İş Kanununa tabi işçilerin iş sözleşmeleri işveren tarafından 1475 sayılı Kanunun 17. maddesinin II numaralı bendinde (şimdi m.25/II)⁶ gösterilen sebepler dışında feshedilirse işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Görüldüğü gibi, işverence yapılan fesihlerde, işçi iş sözleşmesinin sadece İş Kanunu m.25/II'de düzenlenen sebeplerle feshedilmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamamakta, bunun dışında iş sözleşmesi ister geçerli neden olmaksızın

⁴ Bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi ile 25.08.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmış, yine 4857 sayılı Kanunda, kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı haklarının saklı olduğu belirtilmiştir (geç. m.6).

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, 2012: 314vd.; Süzek, 2012: 748vd.; Tunçomağ ve Centel, 2008: 224 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 2010: 197 vd.; Narmanlıoğlu, 2012: 540 vd.; aynı yazar, 1973: 162 vd.; Demir, 2009: 362 vd.; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011, 963vd.; Şakar, 2011b: 188vd.; Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, 2012: 214vd.; Güven ve Aydın, 2010, 243 vd.; Günay, 2006: 2742 vd.; Çil, 2007: 3349 vd.

⁶ 4857 sayılı Kanuna göre, bu Kanunun 120. maddesi ile yürürlükte bırakılan 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının 1. ve 2. bendi ile onbirinci fıkrasında, anılan Kanunun 16, 17 ve 26. maddelerine yapılan atıflar, bu Kanunun 24, 25 ve 32. maddelerine yapılmış sayılır (geç. m. 1/II).

m.17'ye göre, ister geçerli nedenle isterse de m.25/I, III ya da IV numaralı bentlerde belirtilen haklı nedenlerle feshedilsin işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Şunu da ekleyelim ki, 1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde IV numaralı bende yer verilmemesinin⁷ bu bakımdan bir önemi bulunmamaktadır. Gerçekten, Kanunda iş sözleşmesinin m.17/II (şimdi m.25/II) dışındaki bir nedenle feshedilmesinden söz edildiği için, kıdem tazminatına hak kazanma bakımından önemli olan işçinin iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyete uymayan bir davranışı nedeniyle feshedilip feshedilmediğidir. Bunun sonucunda da işçinin sözleşmesinin, gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması nedeniyle feshedilmesi halinde kendisine kıdem tazminatı ödenmesi gerekir.

İş sözleşmesinin işçi tarafından 1475 sayılı İş Kanununun 16. maddesine (şimdi m.24) göre feshedilmesi halinde de işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Bunun gibi, işçi iş sözleşmesini *muvazıf askerlik hizmeti* dolayısıyla veya bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan *yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yabut toptan ödeme almak amacıyla* ya da inceleme konumuzu oluşturduğu üzere 506 sayılı Kanunun m. 60/I, (A), (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen *yaş dışında kalan diğer koşulları* veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine göre *yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak* kendi isteği ile işten ayrılması nedeniyle feshederse yine işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekecektir. Kanunda sadece kadın işçilere tanınan bir başka hakka daha yer verilmiştir. Buna göre, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile iş sözleşmesini sona erdiren kadın işçi kıdem tazminatına hak kazanır⁸.

Nihayet, iş sözleşmesinin işçinin ölümü sebebiyle son bulması halinde de işçinin yasal mirasçılara kıdem tazminatı ödenir. Aşağıda kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden sadece inceleme konumuzu oluşturan iş sözleşmesinin yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli yaş dışındaki diğer koşulların gerçekleşmesi nedeniyle feshi üzerinde durulacaktır.

⁷ 1475 sayılı Kanunda işverenin haklı nedenle feshini düzenleyen 17. madde sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyete uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı nedenler olmak üzere üç bent halinde düzenlenmişti. 4857 sayılı Kanun bu bentlere, “İşçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması” başlıklı bir bent daha eklemiştir.

⁸ Bu düzenlemenin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiası ile iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmü eşitliğe aykırı görmemiştir. Karar Anayasa Mahkemesi'nin kadın üyeleri Fulya Kantarcıoğlu ile Zehra Ayla Perkaş'ın karşı oyları ve oyçokluğuyla verilmiştir. Karar için bkz. AYM, 19.06.2008, E. 2006/156 K. 2008/125, RG., 26.11.2008, 27066. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Centel, 2009: 5vd.; Bakırcı, 2008, 112vd.; Güven ve Aydın, 2010: 247; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011: 978-979.

Sigortalılık Süresi Ve Prim Ödeme Gün Sayısına İlişkin Koşulların Tamamlanması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Koşulları

İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Olması

506 Sayılı Kanun *m. 60/I, (A), (a) ve (b) alt bentlerinde* öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun *geçici 81 inci maddesine göre* yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen *sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi isteği ile* işten ayrılma halinde işçiye kıdem tazminatı ödeneceği 1475 sayılı İş Kanununda öngörülmüştür. 1475 sayılı İş Kanunu ise, bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçilerin kıdem tazminatı haklarını düzenlemektedir. Dolayısıyla bu haktan da sadece 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler yararlanabilecektir.

Gerçekten, 4447 sayılı Kanunla, iş sözleşmesine göre çalışan ve bunun sonucu olarak 506 sayılı Kanun m.2 anlamında sigortalı olan tüm işçilerin (gemi adamı ve gazetecilerin) emeklilik yaşı artırılmış olmasına, başka bir deyişle tüm işçilerin yaşlılık sigortası açısından aynı kurallara tabi olmalarına karşın; sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kıdem tazminatı alma olanağı sadece 4857 sayılı İş Kanunu (o dönemde 1475 sayılı İş Kanunu) kapsamındaki işçilere tanınmıştır. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 20. maddesine ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 6. maddesine bu yönde herhangi bir ekleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, gemi adamları ve gazetecilerin yaşlılık aylığı için öngörülen yaş dışındaki koşulları tamamlayarak kıdem tazminatı talep etmeleri mümkün değildir.

Deniz İş Kanunu'na tabi bir gemi adamı, 4857 sayılı Kanuna tabi bir işçi gibi, "Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı, yahut toptan ödeme almak amacıyla" iş sözleşmesini feshettiğinde kıdem tazminatı alabilmekte; ancak yaş dışındaki yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını tamamlaması kıdem tazminatına hak kazanmaya yetmemektedir (m.20/I,b.4). Yaş dışı koşullar açısından aynı durum 5953 sayılı Basın İş Kanunu açısından da söz konusu olup, gemi adamlarından farklı olarak gazeteciler, iş sözleşmelerini yaşlılık aylığı almak amacıyla feshettiklerinde de yasal olarak kıdem tazminatına hak kazanmamaktadırlar⁹. Sonuç olarak, 506 Sayılı

⁹ Nitekim, Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre, "...*Davacı gazetecinin tabi olduğu 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununda yaşlılık aylığı bağlanması için çalışanın ayrılması halinde kıdem tazminatı hakkı yasa da öngörülmemişse de, tarafların kıdem tazminatı ödenmesi konusunda anlaşmalarını yasaklayan bir kurala da yer verilmemiştir...Emeklilik sebebiyle fesihle gazeteciye kıdem tazminatı ödenmesini öngören karşılıklı anlaşma geçerli...*" dir, Yarg. 9. HD., 27.05.2008, E. 2008/3051 K. 2008/12820, www.legalbank.net.

Kanun m. 60/I, (A), (a) ve (b) alt bentlerinde *veya aynı Kanunun* geçici 81 inci maddesinde *öngörülen* yaşlar dışında kalan diğer şartları tamamlayarak kıdem tazminatı alabilmek için 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bir işçi olmak gerekir. Bu konuda bir norm birliğinin bulunmaması şüphesiz eleştiriyeye açıktır.

Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olan işçinin, 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmünden yararlanabilmesi açısından iş sözleşmesinin türünün bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, tıpkı 1475 sayılı Kanun m.14/I'de düzenlenen diğer hallerde olduğu gibi, yaş hariç yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını tamamlama nedeniyle fesihle de, iş sözleşmesi belirli süreli dahi olsa, aşağıda açıklanacak bir yıllık kıdem koşuluna sahip işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır¹⁰. Burada bu sebeple yapılan fesihlerde iş sözleşmesinin belirli süreli olmasının kıdem tazminatı almaya engel oluşturmayacağını belirtmekle yetiniyoruz. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasına göre farklılaşacak, belirsiz süreli sözleşmelerde bildirim süresi verilmesi gerekip gerekmediği, belirli süreli sözleşmeyi süresinden önce fesheden işçinin bir sorumluluk taşıyıp taşımadığı, belirli süreli sözleşmede sözleşmenin süresinden önce feshi için öngörülmüş olabilecek bir cezai şartın akıbetinin ne olacağı gibi hukuki sorunlar aşağıda incelenecektir.

İşçinin En Az Bir Yıl İşverene Ait İşyerinde Çalışmış Olması

Yukarıda belirtildiği gibi, 1475 sayılı İş Kanununa göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanması için öncelikle işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir (m.14/I). Bir yıllık sürenin başlangıcı, işçinin işverene ait işyerinde eylemli olarak çalışmaya başladığı tarih olup, Kanuna göre, işçinin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır (m.14/II).

İncelememiz kıdem tazminatına hak kazandıran fesih hallerinden birine özgülenmiş olduğundan, hizmet süresine ilişkin koşul üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır. Bir yıllık sürenin hesabına ilişkin genel esaslar bu konu açısından da geçerlidir. Burada sadece, yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına sahip olsa da, çalıştığı işyerinde en az bir yıllık hizmet süresine sahip olmayan bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağını belirtmekle yetiniyoruz.

¹⁰ 1475 sayılı Kanun m.14/I'de düzenlenen emeklilik, muvazzaf askerlik ve evlilik nedenleri açısından aynı yönde, Süzek, 2012: 762; Centel, 1994: 209; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011: 978; Demir, 2009: 366; Narmanlıoğlu, 1998: 162-164; Aynı yazar, 2012: 567; Alpagut, 1998: 193; Akyiğit, 2008: 2511; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 374. Yargıtay da, kadın işçinin belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmesini de evlilik nedeniyle feshederek kıdem tazminatı alabileceğini kabul etmektedir. Bu konuda bkz. Yarg. 9.HD. 29.04.1993, E. 1992/12219 K. 1993/7209 ve H. H. *Sümer*'in kararı isabetsiz bulan incelemesi, Sümer, 1993: 572-576. Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünü tutarlılık açısından 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5'te öngörülen fesih hali açısından da uygulanması gerekir.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olmakla birlikte, burada vurgulanması gereken bir diğer husus, uygulamada en hafif koşulları içeriyor olması nedeniyle 1475 sayılı Kanun m.14/b.5'te öngörülen sebebe dayanarak yapılan fesihlerde en çok dayanılan 15 yıllık sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gün sayısını gerçekleştirme açısından, 15 yılın bir çalışma süresi olmadığı, bir sigortalılık süresi olduğu; dolayısıyla bu sebebe dayanarak kıdem tazminatına hak kazanabilmek için belirli bir işveren yanında 15 yıl çalışmak gerekmediği gibi, esasen 15 yıllık sigortalılık süresinin bu konudaki temel prensiplere uygun olarak çalışılarak geçirilmesine de gerek bulunmadığıdır. Belirtilen husus, aşağıda incelenecek olan sigortalılık süresine dayalı tüm haller için geçerlidir. Bu durumda, kıdem tazminatına hak kazanmak için aranan kıdem koşulu açısından 1475 sayılı Kanun m.14/b.5'te öngörülen halin, diğer bentlerde öngörülen hallerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

Yaşlılık Aylığına Hak Kazanmak İçin Gerekli Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısına İlişkin Koşulların Tamamlanması

506 Sayılı Kanunun m. 60/I, (A), (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer koşulların tamamlanması

Genel olarak

Yukarıda da belirtildiği gibi, işçinin 506 Sayılı Kanunun m. 60/I, (A), (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen *yaş dışında kalan diğer koşulları* veya aynı Kanunun geçici 81. maddesine göre *yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak* kendi isteği ile işten ayrılması halinde kendisine kıdem tazminatı ödenecektir. Ancak bu bentte atıf yapılan 506 sayılı Kanunun birkaç maddesi dışında diğer maddeleri 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Hakkında Kanunun 106. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır (f.I, 1). Yürürlükten kaldırılan maddeler arasında 60. madde de bulunmaktadır. Fakat bu durum 506 sayılı Kanunun 60. maddesine yapılan atıfların artık herhangi bir hükmü kalmadığı anlamına gelmemektedir. Zira 5510 sayılı Kanunun 104. maddesine göre, 506 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır. Bu durumda bu hüküm uyarınca iş sözleşmesinin feshinde hangi koşulların tamamlanması gerektiğinin belirlenmesi için öncelikle 506 sayılı Kanunun m. 60/I, (A), (a) ve (b) alt bentlerindeki hükümlerin 5510 sayılı Kanunda hangi madde ile düzenlendiğinin saptanması gerekir.

Öte yandan bu konuya geçmeden önce bir hususa vurgu yapmakta da yarar bulunmaktadır. Gerçekten 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde 506 sayılı Kanunun 60. maddesinin tamamına değil, ilk fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerine atıf yapılmıştır. 506 sayılı Kanunun 60. maddesi incelendiğinde, maddenin, genel olarak yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının yanında özel olarak düzenlenmesi gereken dezavantajlı sigortalı grupları için daha farklı

koşullarla emeklilik seçeneklerini düzenlediği görülecektir. Anılan maddede özürlü sigortalılar, maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışanlar ve erken yaşlananlar gibi bazı sigortalı grupları için özel hükümler bulunmaktaydı (m.60/I, C, D, E). Oysa biraz önce de belirtildiği gibi, 14. maddenin ilk fıkrasının 5. bendi sadece m.60/I, A bendinin (a) ve (b) alt bentlerine atıf yapmış, bir başka deyişle yukarıda belirtilen bentlerin kapsamına girenlere herhangi bir hak tanımamıştır. Gerçi şunu da belirtelim ki, özürlü sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmak için belirli bir yaşı tamamlamaları gerekmemektedir¹¹. Dolayısıyla bu sigortalılar Kanunda öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını doldurdıklarında zaten doğrudan doğruya yaşlılık aylığına hak kazanma nedenine dayanarak kıdem tazminatı alabilmektedirler. Bu nedenle bu durum söz konusu sigortalılar açısından bir olumsuzluk yaratmamaktadır. Buna karşılık erken yaşlananlar ya da maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışan sigortalıların, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının tamamlanması yanında 50 yaşı da tamamlamaları gerekmektedir ki, herhangi bir dezavantajlı konumda olmayan işçiler için tanınmış olan bu hakkın söz konusu durumdaki işçilere tanınmaması yerinde olmamıştır.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki durum

5510 sayılı Kanunun 28. maddesi yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını düzenlemektedir. Anılan maddeye göre, “İlk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılanlara, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için prim gün sayısı şartı 7200 gün olarak uygulanır” (m.28/II, a). Fıkranın ilk cümlesi bağımsız çalışanlar ile devlet memuru ve kamu görevlilerinin, ikinci cümlesi ise bir iş sözleşmesine göre çalışanların yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını düzenlemektedir.

Kıdem tazminatı bir iş sözleşmesine göre çalışanların, yani işçilerin yararlanacakları bir hak olduğu için bu madde kapsamında kıdem tazminatına hak kazanma koşulu olarak m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olanlara ilişkin hükmü dikkate almak gerekecektir.

Öte yandan bu madde incelendiğinde görülecektir ki, 5510 sayılı Kanunun 28. maddesi ilk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılanlara ilişkin düzenleme yapmaktadır. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olanların durumları ise Kanunun geçici 9. maddesinde düzenlenmektedir. Bu noktada, 1475 sayılı Kanunun m.14/I, b.5 hükmünün sadece 506 sayılı Kanunun 60. maddesine göre sigortalı olanlara bir hak tanıyıp tanımadığının, bir başka deyişle, 5510 sayılı Kanuna göre ilk defa sigortalı olanların da bu olanaktan yararlanıp yararlanamayacağını üzerinde durulması gerekmektedir.

¹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2012: 572; Tuncay ve Ekmekçi, 2012: 402-404; Şakar, 2011a: 267-268; Uşan, 2009: 211; Caniklioğlu, 2002: 249 vd.; Ünal, 2012: 128.

Kanaatimizce, 506 sayılı Kanundaki 60. maddenin (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinin 5510 sayılı Kanundaki karşılığı, daha doğru bir ifadeyle karşılıklarından biri geç. m. 9 olsa da, bu hüküm yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarına ilişkin genel hüküm niteliği taşımamakta, sadece daha önce sigortalı olanların haklarını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bir başka deyişle, yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını asıl düzenleyen maddenin 28. madde olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle, 5510 sayılı Kanununun hem 28. hem de geç. 9. maddeleri kapsamına girenler 1475 sayılı Kanunun m.14/I, b.5 hükmünden yararlanma olanağına sahiptirler. Esasen ne 1475 sayılı Kanun m.14/b.5'te bu imkanın sadece 4447 sayılı Kanunun kabul edildiği sırada sigortalı olanlara veya o dönemde mevcut hükümlere göre tanındığı konusunda bir sınırlama mevcuttur ne de 5510 sayılı Kanun m.104'te atıflara ilişkin düzenleme bir sınırlandırma içermektedir. Geç. m. 9'da sadece 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanların durumunun düzenlenmiş oluşu karşısında, 104. maddedeki atf hükmünün 28. maddeyi de kapsadığı sonucuna varmak gerekir. 5510 sayılı Kanunu kabul ederken 104. maddedeki atf hükmünü getiren kanun koyucunun, kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı Kanun m.14/b.5'e herhangi bir ayırık hüküm getirmemiş olması da bu sonucu desteklemektedir. Bunun sonucunda, bu hükmeye istinaden kıdem tazminatı olarak işten ayrılmak isteyen bir işçinin yerine getirmesi gereken koşullar ikiye ayrılarak incelenmek zorundadır. Aşağıda konu önce geç. m. 9, ardından da m. 28'de yer alan koşullar bakımından incelenecektir.

İlk defa 08.09.1999 ila 30.04.2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar

5510 sayılı Kanununun geç. 9. maddesine göre, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar; kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 7000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar” (geç. m.9/I). Belirtelim ki, bu hüküm 506 sayılı Kanununun 60. maddesinin (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinin tam karşılığıdır. Başka bir deyişle, öngörülen yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı açısından özdeştir. Gerçekten, 506 sayılı Kanununun (mülga) 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine göre yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalıların, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün (m.60/I, A, a) veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olması şarttır (m.60/I, A, b). Dolayısıyla 1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin ilk fıkrasının 5. bendinin atf yaptığı bentler bunlardır.

Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Kanununun geç. 9. maddesinin ilk fıkrasına göre yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için iki farklı seçenek bulunmaktadır. İlk seçeneğe göre, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını tamamlamak ve en az 7000 gün prim ödemiş olmak gereklidir. Bu seçenekte sigortalının herhangi bir sigortalılık süresini

tamamlama koşulu bulunmamaktadır. Bir başka deyişle bu hükme dayanarak iş sözleşmesini fesheden bir işçiye kıdem tazminatı ödenmesi için sadece 7000 gün (19 yıl 5 ay 10 gün) prim ödemiş olması koşulunu gerçekleştirilmesi yeterlidir. İkinci seçenekte ise, yine kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmak, ancak bunun yanında 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün (12 yıl 6 ay) malütlük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak gerekmektedir. Hemen görüleceği üzere bu seçenekte sigortalının ödemesi gereken prim gün sayısı azalmakta, buna karşılık daha önceki seçenekte bulunmayan ek bir koşul olarak en az 25 yıldan beri sigortalı olma koşulu devreye girmektedir. Dolayısıyla bu hükme dayanarak iş sözleşmesini fesheden bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanması için 4500 gün prim ödemiş olması yanında 25 yıldan beri de sigortalı olması gerekmektedir.

Öte yandan, maddede açıkça ifade edildiği gibi, bu hüküm 08.09.1999 ile 30.04.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı olanların durumunu düzenlemektedir. Zira anılan tarihten önce sigortalı olanların durumu zaten 506 sayılı Kanunun halen yürürlükte olan geçici 81. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar geç. m. 81'den yararlanacaklardır.

İlk defa 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanların tamamlaması gereken koşullar

Yukarıda da belirtildiği gibi, ilk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılan ve işçi konumunda olanlar 7200 gün prim ödediklerinde yaş koşulunu da tamamlamışlarsa kendilerine yaşlılık aylığı bağlanır (m.28/II, a).

Tamamlanması gereken yaş ise kadınlarda 58, erkeklerde 60 olup, bu yaş koşulu;

- 1) 1/1/2036 ile 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,
- 2) 1/1/2038 ile 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,
- 3) 1/1/2040 ile 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,
- 4) 1/1/2042 ile 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,
- 5) 1/1/2044 ile 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,
- 6) 1/1/2046 ile 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,
- 7) 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65,

olarak uygulanır. Ancak yine aynı bende göre, yaş hadlerinin uygulanmasında yukarıda belirtilen prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınır¹².

Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Kanun döneminde sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmaları için tamamlamaları gereken yaş sınırı 2036 tarihinden itibaren daha da artacaktır. Bu nedenle 1475 sayılı Kanunun 14. maddesindeki hüküm daha da önem taşıyacaktır. Denilebilir ki, 5510 sayılı Kanun döneminde 14. maddenin sözünü ettiğimiz bendine ilişkin talepler daha da artacaktır. İlk defa 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanlar 7200 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayarak işten ayrılıp kıdem tazminatı talep edebileceklerdir.

¹² Bu hükmün değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2012: 553-554; Tuncay ve Ekmekçi, 2012: 396; Şakar, 2011a: 266-267; Uşan, 2009: 207-208.

28. maddede, ikinci fıkrada belirtilen prim ödeme gün sayısını tamamlayamayan sigortalılar için kolaylaştırılmış bir başka seçeneğe daha yer verilmiştir. Buna göre, sigortalılar, maddede belirtilen yaş sınırına üç yıl daha eklenmesi -65 yaş geçmemek üzere- ve adlarına en az 5400 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş koşuluyla yaşlılık aylığından yararlanabilirler (m.28/III). Böylece bu bent çerçevesinde yaşlılık aylığına hak kazanmak için tamamlanması gereken prim ödeme gün sayısının alt sınırı 5400 gün olarak belirlenmiştir. Ancak bu olasılıkta prim ödeme gün sayısı azalmakla birlikte yaş sınırı azalmamakta, aksine 65 yaş geçmemek üzere daha da yukarı çıkarılmaktadır¹³.

İlk defa 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanlar bu durumda 7200 gün prim ödemelerine gerek olmaksızın, kolaylaştırılmış seçenekteki 5400 gün primi ödedikleri takdirde, 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmüne dayanarak iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir. Zira, yukarıda belirttiğimiz gibi, 104. maddedeki düzenleme nedeniyle, 506 sayılı Kanun m.60/A, (a) ve (b) hükümlerine yapılan atıflar 5510 sayılı Kanunun geç. 9. maddesine olduğu kadar 28. maddesine de yapılmış sayılacaktır. 5510 sayılı Kanunun 28. maddesi açısından bakıldığında da, kanaatimizce söz konusu atfın ikinci fıkrayı (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011: 974-975; Narmanlıoğlu, 2012: 578; Keser, 2011: 48) kapsadığı gibi, üçüncü fıkrayı da kapsadığı sonucuna varmak gerekir.

Gerçekten, bize göre, 5510 sayılı Kanun'da 58-60 yaş ve 7200 prim ödeme gün sayısını düzenleyen m.28/II, (a) bendi, 506 sayılı Kanun'da 58-60 yaş ve 7000 prim ödeme gün sayısını düzenleyen m.60/I, A, (a) alt bendinin karşılığı olup, 506 sayılı Kanun'da 25 yıllık sigortalılık süresi ve 4500 prim ödeme gün sayısını düzenleyen m.60/I, A, (b) alt bendinin karşılığını ise, bir sigortalılık süresi öngörülmemiş olmakla birlikte, 506 sayılı Kanundaki 4500 prim ödeme gün sayısını 5400 güne yükselten 5510 sayılı Kanun m.28/f.III hükmü oluşturmaktadır.

Bu husustaki değerlendirmede, -kullanılan ifadelerin farklı bir sonuca varmayı gerektirip gerektirmemesi açısından- söz konusu hükümlere atıf yapan 1475 sayılı Kanun m.14/b.5 hükmüne de bakmak gerekir. Söz konusu hükümde, "506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle" ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, geç.m.81'e yapılan atıfta prim ödeme gün sayısının yanında sigortalılık süresinin tamamlanmasından söz edilmesine karşın, m.60/I, A, (a) ve (b) alt bentlerine yapılan atıflarda genel olarak bu hükümlerde öngörülen yaş dışındaki koşulların tamamlanmasından söz edilmiştir. Bu itibarla, m.14/I,b.5 hükmünün lafzı da bu sonuca varmaya engel değildir. Dolayısıyla, ilk defa 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olan işçiler 7200 gün prim ödemelerine gerek

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay ve Ekmekçi, 2012: 396; Güzel, Okur, Canıklıoğlu, 2012: 554-555; Şakar, 2011a, 267; Uşan, 2009: 208.

olmaksızın, kolaylaştırılmış seçenekteki 5400 gün primi tamamladıkları takdirde, 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmüne dayanarak iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir.

Belirtelim ki, 5510 sayılı Kanundan önce kolaylaştırılmış seçenekte ödenmesi gereken prim ödeme gün sayısının 4500 gün olması dikkate alınarak, 5510 sayılı Kanunda kolaylaştırılmış seçenekteki prim ödeme gün sayısının 5400 güne çıkarılması ile bağlantılı bir geçiş süreci öngörülmüştür. 5510 sayılı Kanun geç.m.6 hükmüne göre, 5400 günlük süre ilk defa;

- 30.04.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600 gün olarak,

- 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle 5400 günü geçmemek üzere uygulanır (geç.m.6/VII, b).

Bu durumda, 30.04.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4600 gün;

01.01.2009 tarihi ile 31.12.2009 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4700 gün;

01.01.2010 tarihi ile 31.12.2010 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4800 gün;

01.01.2011 tarihi ile 31.12.2011 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4900 gün;

01.01.2012 tarihi ile 31.12.2012 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5000 gün;

01.01.2013 tarihi ile 31.12.2013 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5100 gün;

01.01.2014 tarihi ile 31.12.2014 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5200 gün;

01.01.2015 tarihi ile 31.12.2015 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5300 gün;

01.01.2016 tarihinden itibaren sigortalı olanlar ise 5400 gün prim ödeme koşulunu tamamladıklarında 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmüne dayanarak iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra henüz ilk gruptaki asgari prim ödeme gün sayısı olan 4600 gün geçmediği için, bu husus bir uyumsuzluk konusu olarak yargı önüne gelmediği gibi, konuya ilişkin olarak yayınlanan sınırlı sayıdaki Yargıtay kararlarında da bu hususta herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın, m.28/III hükmünde öngörülen prim ödeme gün sayısının tamamlanmasının kıdem tazminatı talep edilebilmesi için yeterli olduğu yönündeki görüşümüzü benimseyip benimsemeyeceği hususunda henüz bir çıkarımda bulunmak mümkün değildir.

506 Sayılı Kanunun Geçici 81. Maddesine Göre Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin Öngörülen Sigortalılık Süresinin ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlanması (08.09.1999 Tarihinden Önce Sigortalı Olanlar)

Yukarıda da belirtildiği gibi, 4447 sayılı Kanunla yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli koşullar değiştirilirken 506 sayılı Kanuna geçici bir madde eklenmiş ve sigortalıların tamamlamaları gereken yaş ve prim ödeme gün sayısı kademeli bir şekilde artırılmıştır. Bu yapılırken de sigortalılar üç gruba ayrılmış, ilk gruba

girenlerin daha önceki Kanun hükümleri çerçevesindeki hakları saklı tutulmuştur. Gerçekten, ilk grubun haklarını düzenleyen fıkraya göre, 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinde, 4447 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce yürürlükte bulunan hükümlere göre yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanır (geç. m.81/I, A) denilerek, bu grupta yer alan sigortalıların geçiş hükümlerinden hiçbir şekilde etkilenmemesi sağlanmıştır.

Geçici 81. maddenin ikinci grubunu ise, daha önceki kanun hükümlerine göre yaşlılık aylığına hak kazanmaya iki yıldan fazla süresi kalanlar oluşturmuştur. Bu grup da kendi içinde 17 kademeye ayrılmış ve her bir kademe için tamamlanması gereken prim ödeme gün sayısı, sigortalılık süresi ile doldurulması gereken yaş ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, örneğin ilk kademeyi 23.05.2002 tarihi itibarıyla sigortalılık süresi 18 (dahil) yıldan fazla 20 yıldan az olan sigortalılar oluşturmuştur. Bu sigortalılardan, kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 40 yaşını, sigortalılık süresi 23 yıldan (dahil) fazla olan erkekler ise 25 yıllık sigortalılık süresini ve 44 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün prim ödeme gün sayısına sahip olmaları halinde yaşlılık aylığına hak kazanabileceklerdir (geç. m. 81/I, B, a). Buna karşılık, sigortalılık süresi 23.05.2002 tarihi itibarıyla 17 (dahil) yıldan fazla, 18 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 41 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 21 yıl 6 aydan (dahil) fazla, 23 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün prim ödemeleri halinde yaşlılık aylığı talep edebileceklerdir (geç. m. 81/I, B, a). Görüldüğü gibi bu kademeler arasında sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı aynı kalmakta, fakat doldurulması gereken yaş giderek artmaktadır.

Üçüncü kademedden itibaren tamamlanması gereken prim ödeme gün sayısı da artmaktadır. Gerçekten, Kanuna göre, 23.05.2002 tarihi itibarıyla sigortalılık süresi 16 (dahil) yıldan fazla, 17 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 42 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 20 yıldan (dahil) fazla, 21 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları ve en az 5075 günü tamamlamaları koşuluyla yaşlılık aylığı alabileceklerdir (geç. m. 81/I, B, c). Bu şekilde her bir kademede tamamlanması gereken prim ödeme gün sayısı ile yaş artarak nihayet son grup olan 17. grupta, 23.05.2002 tarihi itibarıyla sigortalılık süresi 2 yıl 8 ay 15 (dahil) günden fazla, 3 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün prim ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir. Erkeklerin doldurmaları gereken yaş koşulu ise 15. grupta 58 yaşa zaten ulaşmış olmaktadır. Buna göre, 23.05.2002 tarihi itibarıyla sigortalılık süresi 2 yıl 8 ay 15 (dahil) günden fazla, 3 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 58 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün prim ödemiş olmaları koşuluyla aylığa hak kazanacaklardır (geç. m.81/I, B, o).

Kanunda, bu grubun dışında bir de 23.05.2002 tarihinde 15 yıllık sigortalılık süresini, kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş ve 3600 gün prim ödemiş olanlar için ayrı düzenleme yapılmış ve bu durumdaki sigortalılara istekleri halinde yaşlılık aylığı bağlanacağı belirtilmiştir (geç. m. 81/I, C, a). Belirtilen tarihte bu koşulları tamamlayamayanlar için ise ayrı bir kademeli geçiş süreci öngörülmüştür. Buna göre 23.05.2002 tarihinde yukarıda belirtilen koşulları yerine getiremeyenlerden bu koşulları;

- 24.05.2002 ile 23.05.2005 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 52, erkek ise 56 yaşını doldurmuş olmaları,
- 24.05.2005 ile 23.05.2008 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 54, erkek ise 57 yaşını doldurmuş olmaları,
- 24.05.2008 ile 23.05.2011 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 56, erkek ise 58 yaşını doldurmuş olmaları,
- 24.05.2011 tarihinden sonra yerine getiren kadınlar 58, 24.05.2011 ile 23.05.2014 tarihleri arasında yerine getiren erkekler 59 yaşını doldurmuş olmaları,
- 24.5.2014 tarihinden sonra yerine getiren erkekler 60 yaşını doldurmuş olmaları,

koşuluyla yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir¹⁴.

1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde geç. 81. maddenin tamamına atıf yapılmış, (B) ve (C) bentleri arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Dolayısıyla işçiler bu maddede yer alan en az sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısını doldurmaları halinde, yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını da doldurmuş olmaktadır. Bu durumda da, örneğin 24.5.2005 ile 23.5.2008 tarihleri arasında 15 yıl sigortalılık süresini tamamlayan ve 3600 gün prim ödeyen bir işçi kadın ise 54 yaşında, erkek ise 57 yaşında emekli olabileceken, henüz bu yaşları tamamlamadan yaş dışında kalan diğer koşulları tamamlamış olması nedeniyle iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabilecektir.

Nitekim Yargıtay da, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için, geç.m.81/I, (C) bendinde öngörülen yaş dışındaki koşulların tamamlanmasının yeterli olduğu görüşündedir (Aynı görüşte, Süzek, 2012: 755; Şakar, 2011b: 192; Keser, 2011: 49, 51). Yüksek Mahkeme'ye göre, "...yasal düzenlemede, 506 sayılı Yasa'nın geçici 81. maddesinin (A), (B) veya (C) bentlerine göre bir ayırma gidilmemiş olması nedeniyle; anılan Yasa'nın (C) bendi gereğince sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak, kendi istekleriyle iş akdinin feshedilmesi de, haklı fesih sebebi olarak kabul edilmelidir..."¹⁵.

Görüldüğü gibi, yaşlılık aylığına hak kazanmak için kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaş koşulunu getiren 4447 sayılı Kanunun yürürlüğü girdiği 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olan kişiler açısından gerçekleştirilmesi en kolay seçenek,

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, Okur, Caniklioğlu, 557 vd.; Tuncay ve Ekmekçi, 2012: 391 vd.; Şakar, 2001a, 261 vd.

¹⁵ Yarg. 10. HD., 20.11.2007 E. 2007/996 K. 2007/19434; aynı yönde, 21. HD., 22.12.2009, E. 2008/18459 K. 2009/16908, www.kazanci.com.

geç.m.81/I, (C) bendinde öngörülen 15 yıllık sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme koşuluna sahip olmaktadır¹⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bir kararında isabetsiz olarak, işçinin 506 sayılı Kanun m.60/I, A, (b) alt bendi veya geç.m.81 hükümlerinden yararlanabilmesi için, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine geç. 81. maddede değişiklik yapan 4759 sayılı Kanunun kabul tarihi olan 23.05.2002 tarihinde 25 yıllık sigortalılık süresine sahip olması gerektiğini kabul etmiştir. Söz konusu karara göre, “Somut olayda davacı işçi 1983 yılında ilk defa sigortalı olmakla 4759 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 23.5.2002 tarihinde 25 yıllık sigortalılık şartını taşımadığından, anılan yasanın 60. maddesinin (A) bendinin (b) alt bendi ile geçici 81. maddesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.”¹⁷.

Kararda varılan sonuç çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Öncelikle, geç.m.81 açısından olaya bakıldığında, yukarıda belirtildiği gibi, 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olan bir kişi, bu maddede öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayılarını ne zaman tamamlarsa tamamlasın, tamamlamasını müteakip iş sözleşmesini feshetmesi üzerine bir yıllık kıdem koşulu da mevcutsa kıdem tazminatına hak kazanır.

Aynı durum 506 sayılı Kanun m.60/I, A, (b) alt bendinde öngörülen, 25 yıldan beri sigortalı olma ve en az 4500 gün prim ödeme koşulu açısından da geçerli olup, 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı olanların bu koşulları tamamladıkları tarihin bir önemi bulunmaksızın, yaş dışındaki koşulların tamamlanması üzerine, işçi bir yıllık kıdem süresine de sahipse iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabilecektir. İlk defa 08.09.1999 tarihinden sonra sigortalı olan bir kişinin bu koşulu tamamlaması için kural olarak 25 yıl geçmesi gerektiği dikkate alındığında, söz konusu kararda kullanılan “23.5.2002 tarihinde 25

¹⁶ Belirtelim ki, “Kıdem Tazminatının İşçinin Bireysel Hesabına Yatırılması Hakkında Kanun Taslağı’nda, iş yasalarına tabi olan işçilerin para çekme hakkını ilk kez kullanırken, 15 yıl sigortalılık süresini doldurmaları ve adlarına 3600 gün prim tahakkuk ettirilmesi halinde, bireysel kıdem hesabında biriken tutarın yarısını çekmeye hak kazanacakları belirtilmektedir (Taslak m.9). Taslak metni için bkz. http://alitezeldenizli.com/haber_detay.asp?haberID=20 (31.10.2012). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Centel, 2012: 5 vd.

¹⁷ Yarg. 9. HD., 25.12.2007, E. 2007/22324 K. 2007/39155 (yayınlanmamıştır). Söz konusu karara, 9. HD. Üyesi *Asuman Celkan* tarafından karşı oy yazılmış ise de, genel olarak ve sonucu itibarıyla isabetli tespitler içeren karşı oy yazısında da, “23.5.2002 tarihi itibarıyla aranan 15 yıllık sigortalılık süresi ile 3600 gün prim ödeme koşulu çoktan tamamlanmış bulunduğundan, yaş sınırı hariç, yaşlılık aylığını hak etmiş bulunmaktadır” ifadeleri, söz konusu koşulların 23.05.2002 tarihi itibarıyla gerçekleşmiş olmasının zorunlu olduğu izlenimi yarattığından isabetsizdir. Özel Daire’nin bu kararı üzerine Eskişehir İş Mahkemesi, bu defa 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin (C) bendinde yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına ilişkin koşulların dayanak alınarak karar vermiş, bu kararın da temyizi üzerine HGK, karar direnme niteliğinde olmayıp, yeni hüküm niteliğinde bulunduğundan, temyiz itirazlarının Özel Dairece incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Yarg. HGK, 28.05.2008, E. 2008/9-405 K. 2008/412, www.legalbank.net.

yıllık sigortalılık şartını taşımadığından, anılan yasanın 60. maddesinin (A) bendinin (b) alt bendi ile geçici 81. maddesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.” ifadelerinin isabetsizliği ortaya çıkmaktadır.

Belirtelim ki, henüz geç.m.81 dışında kalan hükümler çerçevesinde bir kıdem tazminatı talebinden söz etmek mümkün değildir. Zira ilk defa 08.09.1999 tarihinde çalışmaya başlayan bir işçinin, bu süre içinde sürekli olarak prim ödemiş olsa dahi, 7000 gün prim ödemiş olma ya da 25 yıldan beri sigortalı olup 4500 gün prim ödeme koşulunu yerine getirmesi fiilen imkânsızdır. Gerçekten 7000 gün prim ödeme gün sayısı en erken 19 yıl 5 ay, 10 günde, 4500 gün ise 12,5 yılda tamamlanabilecektir ki bu ihtimalde 25 yıllık sigortalılık süresi de aranmaktadır. Dolayısıyla şu an için 1475 sayılı Kanun m.14/b.5 hükmüne dayanarak sadece geç. m.81'e göre kıdem tazminatı talep etme imkânı bulunmaktadır. Ancak ileriki yıllarda diğer hükümlere dayanarak da kıdem tazminatı talepleri gündeme gelecektir.

506 sayılı Kanun geç.m.81/(A) bendi açısından 4447 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.09.1999; (B) ve (C) bentleri açısından ise 4759 sayılı Kanunun kabul edildiği 23.05.2002 tarihine göre değerlendirme yapılacağı doğrudur¹⁸. Ancak 506 sayılı Kanun geç.m.81/(B) bendinde kullanılan 23.05.2002 tarihinin önemi, 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olan bir kişinin, 23.05.2002 tarihi itibarıyla sahip olduğu sigortalılık süresine göre, tabi olacağı kuralların tespit edilmiş olmasıdır. Nitekim, söz konusu geç.m.81/(B),(r) hükmü uyarınca, 23.05.2002 tarihinde “*sigortalılık süresi 2 yıl 8 ay 15 (dahil) günden fazla, 3 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün*” prim ödemek koşuluyla aylıklı aylığına hak kazanacaklardır. Bu hükümde öngörülen yaş dışındaki koşulları da ne zaman tamamlarsa tamamlasınlar, iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabileceklerdir. Görüldüğü gibi, bu hükümden faydalanabilmek için (bu örnekte) kadın işçinin¹⁹ 23.05.2002 tarihinde 2 yıl 8 ay 15 (dahil) gün sigortalılık süresine sahip olması, bir diğer ifadeyle 4447 sayılı Kanunun kabul edildiği 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olması yeterlidir²⁰.

Geç.m.81/(C),b hükmünde de, kişinin 15 yıllık sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gün sayısını yerine getireceği tarih aralıkları dikkate alınarak aylıklı aylığına hak kazanabilmesi için doldurması gereken yaşlar tespit edilmiştir. Hükümde öngörülen yaş dışındaki 15 yıllık sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gün sayısı ne zaman tamamlanırsa tamamlansın, 08.09.1999 tarihinde önce sigortalı

¹⁸ Bu yönde, Yarg.HGK., 28.03.2012, E. 2012/10-27 K. 2012/254, www.legalbank.net.

¹⁹ Bu durumdaki erkek sigortalıların durumu, hükmün (o) bendinde düzenlenmiştir.

²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, “...4759 Sayılı Kanunun kabul edildiği 23.05.2002 tarihinde geçerli sigortalılık süresinin belirlenmesi yönündeki norm ile ifade edilmek istenen; aylıklı aylığı tahsis talep tarihi itibarıyla tahsise esas alınacak geçerli tüm sigortalılık süresi gözetilerek, bu sürenin 23.05.2002 tarihine karşılık gelen miktarı olup, bu yönde yapılacak değerlendirme, maddenin ve sosyal güvenlik hukukunun amacına, kanun koyucunun iradesine de, en uygun çözüm olacaktır.”, Yarg. HGK., 20.10.2010, E. 2010/10-499 K.2010/532, www.legalbank.net.

olan işçi, koşulları tamamlayınca iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabilecektir. Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, önemli olan fesih tarihi itibarıyla söz konusu koşulların tamamlanmış olmasıdır. Esasen geç.m.81/(C) hükmünde de söz konusu koşulların kadınlar için 24.05.2011; erkekler için 24.05.2014 tarihinden sonra da yerine getirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Başka bir deyişle bu koşulların tamamlanması için öngörülmuş bir üst süre bulunmadığı açıktır. Yüksek Mahkeme'nin daha sonra verdiği kararlarında isabetli olarak böyle bir koşul aranmadığı görülmektedir.

Sigortalılık Süresi ve/veya Prim Ödeme Gün Sayısının Fesih Tarihi İtibarıyla Tamamlanmış Olması

İş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanunu m.14/b.5 hükmüne dayanarak fesheden bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için yukarıda açıklanan sigortalılık süresi ve/veya prim ödeme gün sayısına ilişkin koşulları fesih tarihi itibarıyla tamamlamış olması zorunludur. İş sözleşmesini feshettiği tarihte belirtilen koşullara sahip olmayan bir işçinin bu koşulları, örneğin 15 yıllık sigortalılık süresini fesihten sonra tamamlaması ona kıdem tazminatı hakkı vermez. Bu konudaki değerlendirmede esas alınacak tarih fesih tarihidir.

Yargıtay da aynı görüşte olup, kararlarında sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının fesih tarihi itibarıyla tamamlanmış olmasını aramaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin 25.06.2012 tarihli kararında "...dosyada mevcut kayıtlarda *fesih tarihi itibarıyla davacının en az 15 yıl sigortalılığı ve 3600 günü aşkın prim ödemesinin bulunduğu* anlaşılmıştır. Halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı yasanın 14/5 maddesi uyarınca bu iki unsurun bir arada bulunması başka bir deyişle yaş hariç emeklilik koşullarının oluşması halinde davacının kıdem tazminatına hak kazandığı..." ifadelerine yer vererek bu hususu vurgulamıştır²¹. Esasen Özel Daire'nin yukarıda eleştirdiğimiz 25.12.2007 tarihli kararında da, isabetli olarak, "...1475 sayılı yasanın 14/5 bent hükmü açısından işçinin işyerinden ayrıldığı tarihteki *füli durum önemlidir*" ifadeleri kullanılmıştır²².

Yukarıda da belirtildiği gibi, sigortalılık süresi sigortalının ilk defa sigortalı olarak tescil edildiği tarih olup, bir defa sigortalı olarak tescil edildikten sonra bu sürenin fiilen çalışarak geçirilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Nitekim gerek 506 sayılı Kanunda (m.108) gerek 5510 sayılı Kanunda bu husus açıkça

²¹ Yarg. 9. HD., 25.06.2012, E. 2010/18760 K. 2012/24393 (yayınlanmamıştır). Yüksek Mahkeme'nin başka bir kararında da, "...Dosyada mevcut hizmet cetvelinden davacının ilk sigortalılık başlangıcının 15.03.1991 tarihi olup *fesih tarihi olan 29.06.2007 tarihi itibarıyla davacının 15 yıldan fazla sigortalılık süresinin bulunduğu 4121 gün prim yatırdığı* anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılacak iş, davacının *iş akdinin fesih tarihi olan 29.07.2007 tarihi itibarıyla* yaş hariç emeklilik koşullarını taşıyıp taşımadığının ilgili SGK Müdürlüğünden sorularak sonuca göre kıdem tazminatı hakkında değerlendirme yapmaktır." denilerek aynı esas benimsenmiştir, Yarg. 9. HD., 23.11.2011, E. 2009/26232 K. 2011/45382 (yayınlanmamıştır).

²² Yarg. 9. HD., 25.12.2007, E. 2007/22324 K. 2007/39155 (yayınlanmamıştır).

düzenlenmiştir (m.38). Yine her iki Kanunda da 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış sayılacağı, bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edileceği belirtilmiştir (506 s.lı Kanun m.60/G; 5510 s.lı Kanun m.38/II)²³.

Sosyal Güvenlik Hukukunda yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının tespiti açısından geçerli olan tüm kurallar, bu arada bu koşulları etkileyen fiili hizmet süresi zammı, hizmet borçlanması gibi nedenlere ilişkin kurallar, 1475 sayılı İş Kanunu m.14/b.5 hükmüne göre kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde de aynı şekilde uygulanacaktır²⁴. Burada vurgulamak istediğimiz husus, 1475 sayılı Kanun m.14/b.5'in uygulanmasında iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki durum esas alınacağından, özellikle borçlanma suretiyle sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının artırılması açısından, borçlanmanın iş sözleşmesinin feshinden önce yapılmış olmasıdır²⁵. Başka bir deyişle, iş sözleşmesini fesheden işçinin 1475 sayılı Kanun m.14/b.5'te atıfta bulunulan sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına ilişkin koşulları fesih işleminden sonra borçlanma suretiyle de olsa tamamlaması, kıdem tazminatına hak kazanmasına imkan vermeyecektir.

Nitekim Yargıtay da, borçlanmanın ancak iş sözleşmesinin feshinden önce yapılmışsa dikkate alınabileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararına göre, “...davacının daha önce ikmal ettiği muvazaf askerlik görevi

²³ 5510 sayılı Kanun geç.m.6/f.I uyarınca, “17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanuna göre 1/4/1981 tarihinden önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalılarına tescil edilmiş olanlar bakımında, bu Kanunun 38 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki sigortalılık süresinin 18 yaşını doldurulduğu tarihten başlayacağına ilişkin hükmü uygulanmaz”. 4447 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra zaten sadece sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısına bağlı olarak yaşlılık aylığına hak kazanılmadığı için, 5510 sayılı Kanun m.38'de (daha önce 506 sayılı m.108'de) yer alan ve erken emekliliği önlemek amacını taşıyan, 18 yaşından önceki çalışmaların sigortalılık süresi açısından dikkate alınmayacağına ilişkin düzenlemenin tekrar gözden geçirilmesi gerektiği yönünde, (Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2012: 584-585. Ayrıca bkz. Tuncay ve Ekmekçi, 2012: 128; Tuncay, 2010: 50; Okur, 2006: 176; Uşan, 2009: 210; Caniklioğlu, 2006: 152. Söz konusu hükmün evrensel bir ilke olan ve anayasal güvence altına alınan eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştiri için bkz. Ünal, 2012: 122-123, 130).

²⁴ Bu kurallar hakkında bkz. Güzel, Okur, Caniklioğlu, 2012: 586 vd.; Tuncay ve Ekmekçi, 2012: 406-408, 550 vd.; Şakar, 2011a: 270 vd., 335 vd.; Korkusuz ve Uğur, 2009: 286 vd., 303 vd.; Uşan, 2009: 211 vd.

²⁵ Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanun m.41 uyarınca borçlanılabilecek süreler, kişinin “...veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç altı ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazanç % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır...Bir ay içinde ödenmeyen borçlanmalar için ise yeni başvuru şartı aranır. Primi ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz...” (f.II-III).

sebebiyle bu süreyi her zaman borçlanabileceği²⁶, 506 sayılı Yasanın 60/F maddesi hükmü gereği olsa da, bu işlemin davacı işçinin işyerinden ayrılmasından önce gerçekleştirilmesi gerekir. 1475 sayılı Yasanın 14/5 bent hükmü açısından işçinin işyerinden ayrıldığı tarihteki fiili durum önemlidir... Somut olayda davacı işçi işyerinden 1.5.2006 tarihinde ayrılmış ve ardından Sosyal Sigortalar Kurumuna askerlik borçlanması için 25.5.2006 tarihinde başvurmuştur. Kurum 31.5.2006 tarihli yazı ile 6 ay içinde primlerin ödenmesi şartıyla askerlik borçlanması yapabileceğini bildirmiştir. Primlerin ne zaman ödendiği ve askerlik borçlanmasının hangi tarihte tamamlanmış olduğu bususu dosya içeriğinden belirlenememiş olsa da, somut olay yönünden bu durumun araştırılmasına gerek görülmemiştir. Zira her durumda işlem, davacı işçinin işyerinden ayrılmasından sonraya aittir. Bu durumda davacı işçinin kıdem tazminatını talep koşulları gerçekleşmiş değildir.”²⁷.

İşçinin İş Sözleşmesini Feshederken Sosyal Güvenlik Kurumundan Alınmış Bir Belge İbraz Etmesinin Gerekip Gerekmediği

İşçinin 1475 sayılı İş Kanunu m.14/b.5 hükmüne göre kıdem tazminatı talep edebilmesi için, iş sözleşmesini bu bent uyarınca yani yaş dışındaki yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını tamamlamış olması nedeniyle feshetmiş olması gerekir (Şahlanan, 2011: 306; Akyığıt, 2008: 2521; Keser, 2011: 50; Süzek, 2012: 755; Mollamahmutoglu ve Astarlı, 2011: 975). Öğretide savunulan bir görüşe göre, m.14/b.5 hükmüne göre iş sözleşmesini fesheden işçinin bu bentte öngörülen koşulları sağladığını belgelemesi gerekip, işverene Sosyal Güvenlik Kurumundan alınması gereken ispatlayıcı bir belge ibraz etmeksizin işten ayrılan işçinin kıdem

²⁶ Yargıtay’ın kamu kuruluşlarında çalışan işçilerin borçlanılan askerlik sürelerinin kıdem tazminatına esas hizmet süresinde dikkate alınmasına ilişkin bir kararına göre, “...Daha önce dairemişçe işçinin iş akdini fesbinin ardından yeniden işe girip çalışması durumunda askerlik borçlanmasının ikinci kez gündeme gelebileceği düşüncesinden hareketle aksi yönde kararlar verilmişse de; konu zaman içinde yeniden değerlendirilmiş İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki gelişmeler de dikkate alınarak toptan ödeme almak amacı ile, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılan işçilerin, yaşlılık aylığı bağlanması için yaş şartını gerçekleştirirmemiş olmaları halinde de, muvazıf askerlik süresi hizmet süresine dahil edilerek kıdem tazminatının belirlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.”, Yarg.9.HD., 16.12.2010, E. 2009/21 K. 2010/38490, aynı yönde, Yarg.9.HD., 16.12.2010, E. 2008/43298 K. 2010/38159, www.kazanci.com.

²⁷ Yarg.9.HD., 25.12.2007, E. 2007/22324 K. 2007/39155 (yayınlanmamıştır). Karara karşı 9. HD. Üyesi *Asuman Celkan* tarafından yazılan karşı oy yazısında, bu hususla ilgili olarak kararda varılan sonuçla aynı doğrultuda olmak üzere, “...Zaten 1475 sayılı yasanın 14 üncü maddesine eklenen 5 inci bendi ile yaşlılık aylığını hak etme önkoşullarından birisi olan yaş koşulunu bir tarafa bırakarak, önkoşul sayısını ikiye veya teke düşürmekle yeterince esnek (çalışanlar lehine) davranılmıştır. Ayrıca prim ödeme gün sayısının yeterli olmadığı hallerde, ikinci defa esneklik sağlanmak istenmesi yasa koyucunun otoritesini sarstığı gibi, işçi ve işverenler açısından da belirsizlik ortamı doğurur, bu da uygulamada kargaşaya neden olur...” ifadelerine yer verilmiştir.

tazminatı alması mümkün değildir. Bu görüşe göre, salt fesih tarihinde sözü edilen bentte öngörülen yaş dışındaki koşulları tamamlamış olmak işçiye bu fesih nedeniyle kıdem tazminatı hakkı vermez (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011: 975).

Kanaatimizce, fesih tarihinde 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5'te öngörülen koşullara sahip olan ve iş sözleşmesini bu koşulları sağlaması nedeniyle fesheden bir işçinin işverene bu koşulları tamamladığına ilişkin belge ibraz etmemiş olması, kıdem tazminatına hak kazanmasını engellemeyip, kıdem tazminatına uygulanacak faiz açısından bir önem taşıyacaktır (Aynı yönde, Akyiğit, 2008: 2521 ve dn.128). Öncelikle, m.14/I,b.4'te öngörülen yaşlılık veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesinin feshinden farklı olarak, m.14/I,b.5 uyarınca iş sözleşmesini fesheden işçinin bunu belgelemesi gerektiği konusunda Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten, 1475 sayılı Kanun m.14/III uyarınca, “İşçinin birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır...”. Görüldüğü gibi, Kanunda işçinin hem aylığa ya da toptan ödemeye hak kazandığını hem de kendisine aylık bağlanması ya da toptan ödeme yapılması için başvurduğunu belgelemesi aranmaktadır. Oysa m.14/I,b.5'e göre yapılan bir fesih için kanun koyucu böyle bir koşul öngörmemiştir.

Nitekim, işçilerin m.14/I,b.5'e göre kıdem tazminatına hak kazandıklarını belgelemek amacıyla SGK'ya²⁸ yaptıkları başvurular üzerine çıkan uyumsuzluklarda Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de bu doğrultuda hüküm kurmuştur. Yargıtay'a göre, “...anılan yasal düzenlemede, kişinin davalı Kurumdan alacağı yazı ile sigortalılık süresini belirledikten sonra kıdem tazminatı almaya hak kazanacağı yolunda bir kural konulmadığı, davalı Kurumdan sadece işçinin sigortalılık süresi, prim ödeme gün ve aylığa esas yaş şartı ile yaşlılık aylığına hak kazanma yolunda bilgi tespit yazısı düzenleyebileceği, aksinin kabulü halinde ise taraflar arasında ki iş sözleşmesine ilişkin hukuki ilişkide, taraf olmayan Kurumun

²⁸ 4447 sayılı Kanun ile 1475 sayılı Kanun m.14 hükmüne 5. bendin eklenmesi üzerine, Sosyal Sigortalar Kurumunca çıkarılan 10.09.1999 tarihli 12/99 Ek Sayılı Genelgede sigortalılara başvuruları üzerine, “İşinden ayrıldığı .../.../... tarihi itibarıyla, sigortalılık süresi ... yıl, ...ay ve ...gün, prim ödeme gün sayısı olan sigorta sicil numaralı'ya, 506 sayılı Kanunununmaddesi gereğince yaşını dolduracağı .../.../... tarihinden sonra tahsis talebinde bulunması halinde yaşlılık aylığı bağlanacaktır. Bu yazı, adigeçenin isteği ve 4447 sayılı Kanunla 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen 5 inci bend gereğince kıdem tazminatını almasına esas olmak üzere verilmiştir...” içerikli bir belge verileceği öngörülmüşken, daha sonra Genelge ekinde yer alan bu kıdem tazminatı yazısının üniteler tarafından farklı şekillerde düzenlendiği gerekçesiyle, SGK'nın 31.08.2010 tarihli 2010/99 sayılı Genelgesinde, “..... sigorta sicil numaralı hakkında dilekçe tarihi olan/...../..... tarihi itibarıyla yapılan incelemede; adı geçeninin sigortalılık süresinin yıl, prim ödeme gün sayısının ise gün olduğu anlaşılmıştır. Bu yazı, adı geçeninin isteği ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendi gereği verilmiştir...” içerikli bir yazı verileceği belirtilmiştir (Ek-2).

*kararının belirleyici olacağı, bunun ise temelde özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan "iş sözleşmesi" içeriğine uygun düşmeyeceği açıktır"*²⁹.

Yargıtay, iş sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,b.4'te düzenlenen ve bu itibarla yasal olarak aylığa hak kazandığını ve aylık bağlanması için başvurduğunu belgeleme koşulu aranan yaşlılık aylığına hak kazanma nedeniyle feshedildiği olaylarda, dosya içeriğinden aylığa hak kazanma koşullarının gerçekleşmediğinin ancak 5. bentte öngörülen sigortalılık süresi ve/veya prim ödeme gün sayısının tamamlandığının anlaşıldığı olaylarda, kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir.

Gerçekten, Yargıtay'a göre, "...Davacının emekli olmak amacıyla iş sözleşmesini feshettiği, fesih tarihi itibarıyla süresinin eksikliği nedeniyle yaşlılık aylığı bağlanmadığı ve emeklilik hakkının bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmişse de dosyada mevcut kayıtlarda fesih tarihi itibarıyla davacının en az 15 yıl sigortalılığı ve 3600 günü aşkın prim ödemesinin bulunduğu anlaşılmıştır. Halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasanın 14/5 maddesi uyarınca bu iki unsurun bir arada bulunması başka bir deyişle yaş hariç emeklilik koşullarının oluşması halinde davacının kıdem tazminatına hak kazandığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir"³⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin başka bir kararına konu olayda, yerel mahkeme davacının iş sözleşmesini sona erdirmeye nedeni itibarıyla kıdem tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Özel Daire'nin kararında ise, "Davacının işverene verdiği dilekçesine göre ayrılma gerekçesi normal yaşlılık aylığına yöneliktir. Dosyada mevcut hizmet cetvelinden davacının ilk sigortalılık başlangıcının 15.03.1991 tarihi olup fesih tarihi olan 29.06.2007 tarihi itibarıyla davacının 15 yıldan fazla sigortalılık süresinin bulunduğu 4121 gün prim yatırdığı anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılacak iş, davacının iş akdinin fesih tarihi olan 29.07.2007 tarihi itibarıyla yaş hariç emeklilik koşullarını taşıyıp taşımadığının ilgili SGK Müdürlüğünden sorularak sonuca göre kıdem tazminatı hakkında değerlendirme yapmaktır. Yetersiz araştırma ve gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir." ifadelerine yer verilerek farklı bir sonuca ulaşılmıştır³¹. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme m.14/I,b.5'e dayanılmayıp -yaşlılık

²⁹ Yarg. 21.HD., 22.12.2009, E. 2008/18459 K. 2009/16908, www.legalbank.net.

³⁰ Yarg. 9.HD., 25.06.2012, E. 2010/18760 K. 2012/24393 (yayınlanmamıştır). Hukuk Genel Kurulu da, 26.09.2007 tarihli kararında, işverene verdiği 12.07.2004 günlü dilekçesinde emekliliği hak ettiğini belirterek, iş sözleşmesini 01.09.2004 tarihinden geçerli olmak üzere feshettiğini açıklayan ve kısa bir dönem farklı bir işyerinde çalışmasının ardından, 01.02.2005 günlü tahsis talebi üzerine SSK tarafından kendisine yaşlılık aylığı bağlandığı anlaşılan davacının, fesihden sonra farklı bir işyerinde kısa bir süre çalışmış olmasının, sözleşmeyi fesih amacını ortadan kaldırmayacağına ve m.14/I,b.5'te öngörülen tüm koşulları sağlamış olan davacının bu düzenlemeden yararlandırılmamasının, İş Hukukuna egemen "işçi lehine yorum" ilkesine de aykırılık oluşturacağını belirtmiştir. Bkz. Yarg. HGK., 26.09.2007, E. 2007/9-615 K. 2007/627 www.legalbank.net. Karş. Akyiğit, 2008: 2516.

³¹ Yarg. 9.HD., 23.11.2011, E. 2009/26232 K. 2011/45382 (yayınlanmamıştır).

aylığı ile ilgili olması nedeniyle benzer de olsa- başka bir nedene dayanıldığı hallerde dahi, m.14/I,b.5'teki koşulların varlığı halinde kıdem tazminatına hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmakta ve yerel mahkemece bu hususun araştırılmaması olmasının yetersiz araştırma olarak nitelendirmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin, işçinin m.14/I,b.5 hükmüne özel olarak dayanmaksızın istifa dilekçesi verdiği durumlarda, bu dilekçenin işçinin gerçek iradesini yansıtmadığı kanaatine varılması ve dosya içeriğinden işçinin bu bentte öngörülen koşulları tamamladığının anlaşılması halinde kıdem tazminatına hak kazandığı sonucuna vardığı kararları da mevcuttur³².

1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,b.4 hükmünde işçinin yaşlılık aylığı ya da toptan ödemeye hak kazandığını ve başvuruyu belgeleme koşulu olmasına karşın, Yargıtay, Kanunda öngörülen bu koşulu sadece kıdem tazminatına uygulanacak faizin başlangıcı açısından bir kriter olarak ele almakta, tazminata hak kazanma noktasında bu koşula kurucu bir işlev yüklememektedir. Gerçekten, Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik içtihadına göre, "...1475 Sayılı İş Kanununun 14. maddesinde, işçinin iş sözleşmesini bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığı almak amacıyla feshetmesi durumunda, kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmüş ve yine aynı maddede, iş sözleşmesinin bu amaçla feshinden söz edilebilmesi için ; sözleşmeyi işçinin feshetmiş olması, feshin emekli (yaşlılık) aylığı almak amacıyla yapılmış olması ve işçinin sosyal güvenlik kurumuna başvurduğunu ve aylığı hak kazandığını belgelemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu konuda Dairemizin yerleşik görüş ve uygulamasına göre ; işçinin, iş sözleşmesini yaşlılık aylığı almak amacıyla feshinde, kıdem tazminatı hakkının doğması için fesih tarihinde yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Yasada ön görülen belgeleme koşuluna uyulmamış olması kıdem tazminatı hakkının doğmasını engellemez. Belgeleme koşuluna uyulmaması hali sadece kıdem tazminatının gecikme faizinin fesih tarihinden değil dava tarihinden başlatılması sonucunu meydana getirir. Başka bir anlatımla bu yön işverenin

³² Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına göre, "...Somut olayda davacı işçi işyerinde 20 yıldan fazla süreyle çalışmıştır. 16.3.2006 tarihli istifa dilekçesi mevcut ise de, aynı tarihli ibranamede sadece izin ücreti tabaklık etirilmiş olup, sözü belgeli davacı işçi imzalamamıştır. Bu durum da davacının gerçekte istifa iradesinin bulunmadığını göstermektedir. Davacı tanıkları da işyerinde çalışmış kişiler olup, emeklilik sebebiyle ayrılanlar için dahi ödeme öncesinde istifa dilekçesi alındığına dair açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu durumda istifa dilekçesine değer verilerek sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Öte yandan davacının iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte 27 yıla yakın hizmetli olup 9705 gün prim ödemesi bulunmaktadır. İşten ayrılma tarihinde 43 yaşında olan davacı bir yıl kadar beklemeden sonra yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Davacının işten ayrılma tarihinde yürürlükte olan 506 sayılı Yasanın geçici 81. maddesine göre yaş hariç emekliliğe dair diğer koşulları hâiz olduğu görülmektedir. Davacı işçi işten ayrıldıktan sonra başka bir işte çalışmaksızın yaşın dolmasını beklemiş ve bir yıl sonra başvurusunda yaşlılık aylığı bağlanmıştır. 1475 sayılı Yasanın 15/5. bent hükmüne göre, yaş koşulu dışında yaşlılık aylığı tahsisine dair diğer kriterlerin gerçekleşmesi halinde işçinin işyerinden kıdem tazminatı olarak ayrılma hakkı bulunmaktadır...Davacı işçi bu koşulları hâiz olduğuna ve maddi olgular da belirtilen şekilde geliştiğine göre, davacının işyerinden ayrılışının 1475 sayılı Yasanın 14/5. bent hükmüne uygun olduğu kabul edilmelidir..." (Yarg. 9.HD., 28.09.2010, E. 2008/34779 K. 2010/26096 ve *Güzel* in değerlendirmesi için bkz. *Güzel*, 2012: 282-283).

*kıdem tazminatı borcu bakımında hangi tarihte temerrüde düştüğünün tespitinde belirleyici olur...”*³³. Kanaatimizce, yaş hariç yaşlılık aylığına hak kazanma koşulunu tamamlamak amacıyla yapılan fesihlerde de, belgeleme işverenin temerrüdü açısından dikkate alınmalıdır (Keser, 2011: 50).

İşçinin Fesih Bildirimi Sürelerine Uymasının Gerekip Gerekmediği

Bilindiği gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçi ya da işveren, iş sözleşmesini, işçinin işyerindeki kıdemine göre İş Kanununun 17. maddesinde artan oranlı bir biçimde belirtilen fesih bildirim sürelerine uyarak sona erdirmek zorundadır. Bu zorunluluğa uymadan iş sözleşmesine son veren taraf, bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarını, tazminat olarak ödemekle yükümlüdür (m.17/IV). Öğreti ve uygulamada ihbar tazminatı olarak adlandırılan bu alacağa hak kazanılabilmesi için, belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesih bildirim sürelerine uyulmaksızın sona erdirilmiş olması ön koşul niteliğindedir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim süresi verilmeksizin feshedilmesi ancak haklı nedenlerin varlığı halinde mümkündür.

Nitekim Yargıtay'ın ihbar tazminatına ilişkin ilke kararlarına göre de, *“...İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanununun 24 ve 25. maddede yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanununun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır...”*³⁴.

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme fesih bildirim süresi verme yükümlülüğünün istisnası olarak, İş Kanununun iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini düzenleyen 24. ve 25. maddelerini saymaktadır. Nitekim, her iki maddede de, sayılan hallerde süresi belirli olsun veya olmasın iş sözleşmesinin sürenin bitiminden önce veya bildirim süresi beklenmeksizin feshedilebileceği açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme aynı kararın devamında, *“...işçinin 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır”*³⁵. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez” ifadelerine de

³³ Yarg. 9.HD., 13.03.2008, E. 2007/13208 K. 2008/4801; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 08.03.2007, E. 2006/34962 K. 2007/6129, www.legalbank.net.

³⁴ Yarg. 9.HD., 11.10.2010, E. 2008/35641 K.2010/28575; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 25.01.2012, E. 2009/36097 K.2012/1761, www.legalbank.net

³⁵ Bkz. bir önceki dipnotta yer alan Yargıtay kararları. Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki görüşünü daha açık olarak ifade ettiği bir başka kararına göre, *“...Dairemizin kararlılık*

yer vermektedir. Bu durumda Yargıtay, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini 1475 sayılı Kanun m.14/I’de düzenlenen askerlik, emeklilik, evlilik yahut yaş hariç emeklilik koşullarının tamamlanması nedeniyle feshi halinde işverene bildirim süresi vermesine gerek olmadığını kabul etmektedir. Kararda inceleme konumuzu oluşturan yaş hariç emeklilik koşullarının tamamlanması nedeni özel olarak sayılmamış olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme’nin tutarlılık açısından aynı sonuca varması gerektiği açıktır. Esasen, kararda da askerlik, emeklilik ve evlilik nedenlerine yer verildikten sonra, “*gibi nedenlerle*” ibaresi kullanılmıştır ki, bu ibarenin kapsamına 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I’de düzenlenen, iş sözleşmesinin malullük aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla yahut inceleme konumuzu oluşturan yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen sigortalılık süresi ve/veya prim ödeme gün sayısını tamamlama nedenleriyle feshi girmektedir.

Yargıtay’ın belirsiz süreli iş sözleşmesinin İş Kanunu m.24 ve 25 hükümleri dışında bir nedenle feshi halinde bildirim süresi verme yükümlülüğünün bulunmadığına ilişkin görüşü ilke kararında hemen öncesinde yer verdiği açıklamalara ters düşmekte olup isabetli değildir. Konu İş Hukuku öğretisinde de tartışmalıdır. Katıldığımız görüşe göre, belirtilen nedenlerle işten ayrılmak isteyen işçi, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa, bildirim süresi vermek zorundadır. Ancak işçinin bildirim süresine uymaması kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmamakta, sadece onu işverene ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü altına sokmaktadır³⁶.

Gerçekten, İş Kanununda belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin fesih bildirim süresi verilmeksizin feshedilebileceği haller, Kanunda açıkça belirtildiği üzere, m.24 ve m.25’te öngörülen hallerdir. İş sözleşmesinin işçi tarafından askerlik, emeklilik, evlilik veya yaş dışı emeklilik koşullarını tamamlamış olma nedenlerine dayanarak feshi halinde ise, İşK.m.24 kapsamına girmeyen bir durum olduğu açıktır. Bu husustaki bakış açımız 14/I,b.5’te sayılan hallerin işçi açısından iş ilişkisinin devamını çekilmez kılan, Kanunun işçiye sözleşmesini bildirim süresi verilmeksizin feshetme olanağı tanıdığı hallerden olmamasına dayanmaktadır³⁷. Kanun koyucu gerek işçi gerek işveren açısından bildirim sürelerine uyulmasına gerek olmayan halleri açıkça düzenlemiştir.

kazanmış uygulamasına göre kıdem tazminatını gerektirecek şekilde askerlik, kadın işçinin evlenmesi ve somut olayda söz konusu olduğu gibi emeklilik nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshi halinde karşı tarafa önel verme zorunluluğu yoktur...”, Yarg.9.HD., 12.11.1997, E. 1997/14623 K. 1997/18913 ve Narmanlıoğlu’nun incelemesi, Tühis, Mayıs 1998, 1vd.

³⁶ Bu konuda bkz. Ekonomi, 1990: 5vd.; Çelik, 2012: 316-317; Süzek, 2012: 761; Centel, 1994: 209; Güzel, 1995: 94-95; Tuncay, 1996: 46; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 2010: 204; Şakar, 2011b: 189; Aktay, Arıcı, Senyen Kaplan, 2012: 215; Güven ve Aydın, 2010: 247; Ertürk, 2006: 251; Demir, 2009: 364-366; Sümer, 1999: 98-99. İşçinin bildirim süresi vermesine gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz. Narmanlıoğlu, 1998: 165-166; Mollamahmutoglu ve Astarlı, 2011: 968; Alpagut, 1998: 192-193; Akyigit, 2008: 2511.

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2012: 760-763.

Belirtelim ki, bu konudaki tartışmaların belirli veya asgari süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce feshi hali için veya eğitim karşılığı öngörülen cezai şartlar ile rekabet yasağının akıbeti açısından da büyük önemi olup, konu belirtilen hususlarla bir bütünlük içinde düşünülmelidir. Bu konulara aşağıda değinilecektir.

Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması durumunda ise, işçi bu sözleşme türü hakkındaki temel esaslara uygun olarak, kıdem koşulunu da sağlamışsa, iş sözleşmesini süresinden önce bu sebeple bildirim süresi vermeksizin feshederek kıdem tazminatı alabilecektir. Ancak işçinin yasal düzenleme gereği böyle bir fesih halinde kıdem tazminatına hak kazanması, belirli süreli sözleşmeyi süresinin sonuna kadar yerine getirme yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği hususunu değiştirmez. İşçi kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte, işverenin sözleşmenin süresinden önce feshi nedeniyle uğradığı bir zarar varsa bunu ödemekle yükümlü olacaktır³⁸. İşçinin burada belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce feshederek kıdem tazminatı alabilmesi, 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5'te yer alan ve sözleşme türü açısından ayırım yapmayan³⁹ düzenlemeden kaynaklanmaktadır. İşçinin böyle bir durumda bildirim süresi vermekle yükümlü olmaması ise, yaş dışı emeklilik koşullarını tamamlamanın İş Kanunu m.24 anlamında bir haklı neden sayılmasından değil; belirli süreli iş sözleşmelerinde kural olarak fesih bildirim süresi verilerek sözleşmenin feshi usulünün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. İşçiye bir yıllık kıdeme de sahipse, söz konusu nedene dayanarak sözleşmeyi sona erdirip kıdem tazminatı alabilme olanağının tanınmış olması, onu sözleşme süresine uyma yükümlülüğünden de kurtarıcı bir etkiye sahip değildir.

³⁸ Evlilik, askerlik, yaşlılık/malullük aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla yapılan fesihler açısından aynı yönde, Süzek, 2012: 762-763; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 374; işverenin zararının ödenmesi gerektiği açısından, Güven ve Aydın, 2010: 248. Karş. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011: 968. Öğretide *Süzek*'in isabetle vurguladığı gibi, “*Hukuk sistemimiz belirli süreli sözleşmelerin süresine bağlılık üzerine kuruludur. Belirli süreli iş akdi İK 24’de belirtilen haklı nedenlerden biri ortaya çıkmadıkça, akdi ilişkiye devam çekilmez hale gelmedikçe bozulamaz. İşçi belirli süreli iş akdi yaparken bu durumu göz önünde tutmak, ona göre belirli süreli sözleşme yapmak durumundadır. Bir süre sonra askere gideceğini bilen veya emekli olma kararında olan işçinin işverene belirli süreli iş akdiyle bağlanmaktan kaçınması mümkündür. Esasen hukuk sistemimizde yaşlılık aylığına hak kazanan işçinin emekliye ayrılıp ayrılmaması kural olarak kendi özgür iradesine bağlı olduğu gibi kadın işçinin de evlenme halinde çalışıp çalışmamak konusunda kural olarak özgür seçim hakkının bulunduğu söylenebilir.*”, Süzek, 2012: 762-763.

³⁹ Genel olarak 1475 sayılı Kanun m.14 hükmünde belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımı yapılmadığı konusunda bkz. Narmanlıoğlu, 1998: 149-150; Alpagut, 1998: 193.

Kıdem Tazminatı Almak Amacıyla İş Sözleşmesinin Feshi ve Çalışma Özgürlüğü

İşçinin Bu Sebepçe Bir İşyerinden Ayrıldıktan Sonra Tekrar Çalışmaya Başlaması

Yaş hariç yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını tamamlama nedenine dayanılarak yapılan fesihlerde uygulamada en çok uyuşmazlık çıkan ve konuya ilişkin bazı Yargıtay kararları nedeniyle tereddütler yaşanmasına neden olan husus, belirtilen nedenle iş sözleşmesini fesheden işçinin daha sonra yeniden çalışıp çalışamayacağı; daha doğru bir ifadeyle iş sözleşmesini feshederken çalışma yaşamından çekilme amacıyla hareket etmesinin gerekli gerekmedir.

Yargıtay'ın özellikle 04.04.2006 tarihinde verdiği bir kararı ile bu konu tartışmalı hale gelmiştir. Yargıtay'ın sonraki kararlarında da bu karara yollama yapılması nedeniyle karara konu olayın özelliğinin açıklanmasında yarar vardır. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararına göre, "...Davacı işçi,...dilekçesinde özel nedenlerle aynı tarihte işyerinden ayrılmak istediğini bildirmiştir. Davalı işveren yetkilisi dilekçe altına, davacının 21.2.2003 tarihinde ayrılabilceğine dair bir açıklama eklemiş ve tarafların bu yönde anlaşmaları üzerine davacı işçi bir süre daha çalışmıştır. Davacı 23.2.2003 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüştür, bu tarihte işyerinden ayrılmış ve bir gün sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmak üzere işe başlamıştır. Somut olayda davacı işçi iş sözleşmesini 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca feshetmiş değildir. Başka bir işyerinde çalışmaya başladıktan çok sonra Sosyal Sigortalar Kurumuna bu yönde bir yazı almak için başvuruda bulunmuştur. Bu durumda yasa ile korunan hukuki menfaatin teminine yönelik bir davranış içine girilmemiş ve davacı işçi olayların gelişimine göre başka bir işyerinde çalışmak için işyerinden ayrılmıştır. Davacı tanıkları da davacının 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca iş sözleşmesini feshettiğinden söz etmemişlerdir..."⁴⁰.

Görüldüğü gibi, söz konusu kararda, Yüksek Mahkeme, işçinin iş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,b.5 uyarınca feshetmediğini, özel nedenlerle işyerinden ayrılmak istediğini belirttiğini, başka bir işyerinde çalışmaya başladıktan çok sonra 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,b.5'te öngörülen koşulları sağladığını belirten bir yazı almak amacıyla Kuruma başvurduğunu, kendi tanıklarının dahi davacı işçinin fesih nedeninin yaş dışı emeklilik koşullarını sağlayarak işyerinden ayrılma şeklinde tezahür ettiğini beyan etmediklerini ifade etmiştir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, sözü edilen kararda sonuç olarak, "...Yapılan bu açıklamalara göre davacı işçi, 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca iş sözleşmesini feshettiği kanıtlanmadığından kıdem tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur..." şeklinde hüküm kurmuştur. Dolayısıyla karara konu olayda, davacı işçi iş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,b.5 hükmüne dayanarak feshettiğini ispatlayamadığı için kıdem tazminatı talebi

⁴⁰ Yarg. 9.HD., 04.04.2006, E. 2006/2716 K. 2006/8549, www.kazanci.com.

reddedilmiştir. Bu nedenle söz konusu karar, karara konu olaya özgü olarak⁴¹ sonucu itibariyle isabetlidir.

Ancak Yüksek Mahkeme'nin kararında kullandığı, "...*Düzenlemenin amacı, prim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını bekleme zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır. Şüphesiz işçinin bu ayrılmasından sonra yeniden çalışması gündeme gelebilir ve Anayasal temeli olan çalışma hakkının ortadan kaldırılması beklenmemelidir. Bu itibarla işçinin ilk ayrıldığı anda iradesinin tespiti önem kazanmaktadır. İşçinin başka bir işyerinde çalışmak için işyerinden ayrıldığı anlaşıldığı takdirde 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılması söz konusu olmaz...*" biçimindeki görüşün⁴² mevcut yasal düzenleme karşısında isabet taşımadığı görüşünderiz⁴³.

Kanaatimizce bu konuda mevcut düzenlemeler esas alındığında, Anayasal güvence altında bulunan çalışma özgürlüğünden ve çalışma hakkından (m.48, m.49) da hareketle aksi sonuca varılmalıdır⁴⁴. Gerçekten, ne bu konudaki yasal düzenlemede ne de yasanın hazırlık çalışmalarında, bu haktan yararlanmak isteyen işçinin kısa bir süre sonra başka bir işte çalışamayacağı ya da iş sözleşmesini feshederken çalışma yaşamından çekilme amacı gütmesi gerektiği öngörülmüştür.

⁴¹ Aynı yönde, Şahlanan, 2011: 306.

⁴² Yargıtay'ın 2010 tarihli başka bir kararına göre, "...*Yasa koyucunun amacı, işyerinde çalışarak yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlamış olan işçinin, emeklilik için belli bir yaş beklemesine gerek olmadan aktif dönemi sonlandırabilmesine imkan tanımaktır...*", (Yarg. 9.HD., 28.09.2010, E. 2008/34779 K. 2010/26096 ve Güzel'in haklı eleştirisi için bkz. Güzel, 2012: 282-283) Aynı yönde, Yarg. 9.HD., 14.05.2009, E. 2008/1760 K. 2009/13519, www.kazanci.com; Yarg. 9.HD., 20.06.2011, E. 2009/17494 K. 2011/18376, Çalışma ve Toplum, 2012/2, S. 33, 296-299. Bu konuda bkz. Çil, 2007: C.1, 741; C. 3, 3365. Yazar, emeklilik ile ilgili olarak ise, "*İşçinin emekli olmasına rağmen fasulasız olarak çalışmaya devam etmesi durumunda işverence kıdem tazminatı ödenmişse bunun avans mahiyetinde sayılması doğru olmaz. Zira emeklilik tamamen işçinin isteği doğrultusunda gerçekleşen bir olaydır. Emeklilik sonrası çalışmaların yeni bir iş sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır.*" ifadelerine yer vermektedir. (Çil, 2007: C. 3, 3360).

⁴³ Öğretide Çelik de, bu konuda Yargıtay'ın işçinin bu nedenle işyerinden ayrılmasının çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi gerektiğine ilişkin 04.04.2006 tarihli kararına ve bu karara yollama yapılan 14.05.2009 tarihli kararlarına yer verdikten sonra, Yargıtayca öne sürülen görüşün yasal düzenlemenin sözü ve amacına uygun düşmediğini ifade etmektedir. (Bu konuda bkz. Çelik, 2012: 316, dn. 41). Bu sebeple iş sözleşmesini fesheden bir işçinin Anayasa'nın 48. maddesinde ifadesini bulan çalışma hakkının doğal bir gereği olarak daha sonra aynı veya başka bir işverene ait işyerinde çalışabileceği yönünde, Süzek, 2012: 755; ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011: 975.

⁴⁴ Yargıtay tarafından aranan işçinin iş sözleşmesini feshettiği anda bir daha çalışmama iradesinin olması koşulu, öğretilde Keser'in isabetle vurguladığı gibi, "...*hiçbir kanuni zemine dayanmamakta ve işçinin çalışma hak ve özgürlüğünü ilerije yönelik olarak sınırlayan bir nitelik taşımaktadır...*". (Keser, 2011: 51; aynı yönde, Güzel, 2012: 283).

Belirtelim ki, uygulamada bazı işverenler belirtilen nedenle iş sözleşmesini fesheden işçilere kıdem tazminatı ödemediği önce bir süre bekleyip işçinin daha sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlayıp başlamadığını kontrol etmekte; bazı işçiler ise, feshi müteakip hemen başka bir işyerinde çalışmak arzusunda olmalarına karşın kıdem tazminatını iade riski ile karşılaşmamak için çalışmak için bir süre bekleyebilmekte veya belirli bir süre kayıt dışı çalışma yoluna başvurabilmektedirler. Konuya ilişkin yayınlanmış az sayıdaki Yargıtay kararında, işçinin feshi müteakip ne kadar zaman sonra yeniden çalışmaya başlaması halinde “kötüniyetli” sayılmayacağı hususunda herhangi bir ölçüt de getirilmemiş olması veya çalışma yaşamından çekilme ile bağımsız çalışmanın da kastedilip kastedilmediği hususunda açıklık bulunmaması karşısında bu konuda belirsizlikler yaşanmakta; bazı işverenler yargı kararı olmaksızın kıdem tazminatını ödememe yolunu tercih ettikleri gibi; kıdem tazminatını ödemiş olan bazı işverenler de ödemediği sonra da işçinin yeniden çalışmaya başlayıp başlamadığını kontrol ederek ödenen kıdem tazminatının istirdadını talep edebilmektedirler. Öte yandan, konuya Yargıtay içtihadı açısından bakıldığında Yüksek Mahkeme’nin benzer hukuki durumlarda farklı sonuçlara vardığı görülmektedir. Aşağıda bu konulara değinilecektir.

Öncelikle Kanunun hazırlık çalışmalarında, bu sebeple iş sözleşmesini fesheden bir işçinin çalışma yaşamından çekilme amacıyla hareket etmesi gerektiğine ilişkin bir verinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,b.5 hükmü, 4447 sayılı Kanun Tasarısının ilk şeklinde bulunmayıp, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu’nda kanun metnine eklenmiştir. Komisyonun kabul ettiği metinde yer verilen düzenlemenin gerekçesi olarak, “...yaşlılık aylığı almak için prim ödeme gün sayısının yanı sıra yaş sınırı da getirildiğinden, prim ödeme gün sayısını dolduranlara, istekleri halinde yaş haddini doldurmalarını beklemeden kıdem tazminatlarını alabilmelerine imkan sağlanabilmesi amacıyla 1475 sayılı İş Kanununun Kıdem Tazminatı başlıklı 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına bir bent ilavesini içeren düzenlemenin,... metne eklenmesi...” ifadelerine yer verilmiştir⁴⁵.

Görüldüğü gibi, m.14/I,b.5’te işçinin çalışma yaşamından ayrılma amacıyla iş sözleşmesini feshetmesinden söz edilmediği gibi, gerekçede de bu yönde hiçbir sınırlama yer almaksızın, işçinin sigortalılık süresini ve/veya prim ödeme gün sayısını tamamlaması ve işten ayrılması öngörülmektedir. Söz konusu düzenlemenin madde metnine ilave edilmesi sırasındaki Komisyon görüşmelerinden de böyle bir sınırlama olduğuna ilişkin bir sonuç çıkarılamamaktadır.

Söz konusu düzenlemenin TBMM’de görüşülmesi sırasında söz alan milletvekilleri de, bu düzenleme ile işçinin kıdem tazminatını alarak çalışma yaşamından çekilmek amacıyla hareket etmesi gibi bir koşul arandığı yönünde herhangi bir ifade kullanmamışlardır. TBMM’de yapılan görüşmelerde söz alan tüm milletvekilleri, bu düzenlemenin tam bir uzlaşi içinde çıkarıldığını beyan etmişler;

⁴⁵ Bkz. 02.08.1999, Esas No. :1/495 Karar No. :45 Dönem : 21 Yasama Yılı : 1 S. Sayısı : 114.

bazı milletvekilleri kanunun bütününe karşı olmakla birlikte bu düzenlemeyi desteklediklerini beyan etmişlerdir⁴⁶. Yapılan görüşmeler sırasında, düzenleme ile öngörülen koşulların ağırlaştırılarak, 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak işten ayrılanlara tanınan kıdem tazminatı hakkının ancak 5000 (5100, 5200, 5300) prim ödeme gün sayısını tamamlayanlara sağlanması doğrultusundaki dört adet önerge de kabul edilmemiştir⁴⁷.

Yukarıda belirtildiği gibi, madde metni dikkate alındığında işçinin çalışma yaşamından çekilmek amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi koşulu bulunmamaktadır. Bir başka deyişle kanun koyucu işçinin çalışma yaşamından çekilmesini aramamış, bu bağlamda başka bir işyerinde tekrar çalışmak isteyip istememesi ile ilgilenmemiştir. Dolayısıyla Kanunda olmayan bir koşulun aranması düzenlemenin metnine uygun düşmeyeceği gibi, düzenleme ile bunun amaçlandığı da söylenemeyecektir. Kanunun işçiye koşulsuz bir şekilde tanıdığı bir hak, işçinin anayasal bir hakkını ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmamalıdır.

Yargıtay da, yine 1475 sayılı Kanun m.14'te düzenlenen evlilik nedeniyle ve yaşlılık aylığı almak amacıyla yapılan fesihlerde çalışma özgürlüğünden hareketle sonuca varmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I uyarınca, iş sözleşmesini "*kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi*" kadın

⁴⁶ FP Grubu adına söz alan İstanbul Milletvekili Ali Coşkun, "*Sonuç olarak, bu yasa tasarısı, ekonomik, sosyal hayatımız ve ülke gerçeklerine uymamaktadır. Bu nedenle, bu yasa tasarısına karşı çıkıyoruz. Aslında, 47 nci, yeni haliyle 45 inci maddenin, İş Kanununun 14 üncü maddesine beşinci fıkraya olarak eklenmesi makuldür ve yasa tasarısının tümü yanlış olduğu için karşı çıkmaktayız.*" şeklinde (53); DYP Grubu adına söz alan Hatay Milletvekili Mehmet Dönen, "*Burada da, tasarının tümünde yaş hadleri yükseltildiği için, bu, 1475'le uyumlu hale getirilmiş olumlu bir madde. Çünkü, bu tasarının içerisinde, örneğin 7 000 işgününi doldurup, 40 yaşından sonra, belli bir yaş bekleyecek olan arkadaşlarımızın da kıdem tazminatlarını almaları doğaldır; ama, tasarının tümüne karşı olduğumuz için, tasarının içerisindeki bu madde de, o tümüne ilişkin bir madde olduğu için, biz, bu tasarının özünde, tümüne karşı çıkıyoruz.*" şeklinde (53); ANAP Grubu adına söz alan İstanbul Milletvekili Emre Kocaoğlu, "*Değerli arkadaşlarım, şimdi konuştuğumuz madde, bu vasfıyla, Türkiye'de, özellikle, işçilerin, çalışanların yıllardan beri özledikleri yeni bir kazanımı daha getirmektedir; bu da -tasarıyı okuyunca gayet net olarak görüleceği gibi- işçinin emeklilik hakkını kazanması halinde kıdem tazminatına hak kazanmasıdır. Şimdiye kadar böyle bir hak yoktu, bu tasarıyla gelmektedir; işçiler açısından çok önemli bir kazanımdır...bu madde bir uzlaşma sonucunda -bu çok önemli madde çok önemli bir uzlaşma sonucunda- metne girmiştir. Bakınız değerli milletvekilleri, şu raporun başındaki birinci metinde bu madde yoktur. Tekrar ediyorum; işçilere bu kadar önemli bir kazanım getiren, emeklilik halinde kıdem tazminatının ödenmesi hükmü elimizdeki raporun ilk metninde yoktur; yani, hazırlanan ilk metinde böyle bir hak yoktu, daha sonra, sosyal tarafların; sendikaların, muhalefetin, kamuoyunun talepleri doğrultusunda yasa nihaileştirilirken bu güzel madde metne ithal edildi; yani bir demokratik uzlaşma sonucunda güzel bir madde daha bu metne intikal etmiştir.*" şeklinde (54-55) beyanda bulunmuştur (TBMM., Genel Kurul Tutanağı 21. Dönem, 1. Yasama Yılı, 56. Birleşim, 24.08.1999).

⁴⁷ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 1. Yasama Yılı 56. Birleşim, 24.08.1999, 56-58.

işçiye kıdem tazminatına hak kazandırmaktadır. 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5'te de, işçilerin "...tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları" kıdem tazminatına hak kazanması açısından yeterli görülmektedir. Hemen görüleceği üzere, her iki maddede düzenleniş biçimi açısından hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu durumda, m.14/ I, b.5 uyarınca yapılan fesihlerde çalışma yaşamından çekilme amacı bulunması gerektiğinin kabulü durumunda evlenme nedeniyle yapılan fesihlerde de aynı sonuca varmak gerekecektir. Yargıtay ise konuya ilişkin yerleşik içtihadında, isabetli olarak, bu sebebe dayanarak işten ayrılan bir kadın işçinin Anayasal temeli olan çalışma özgürlüğü gereği tekrar çalışmaya başlayabileceğini, hatta bu çalışmanın çok kısa denilebilecek bir süre sonra dahi olmasının, işçiye ödenen kıdem tazminatının geri ödenmesini gerektirmeyeceğini kabul etmektedir⁴⁸.

Gerçekten, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, "...Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen bir kadın, Yasa'nın tanıdığı olanaktan yararlanarak kıdem tazminatını almak suretiyle ayrılmışsa, daha sonraki dönemlerde çalışma hakkını kaybettiğinden söz edilemez; diğer taraftan önceki işinden ayrılan kadın ayrılmasını hemen takiben çalışma ile evliliği öncekine göre daha kolaylıkla yürütebileceği yeni bir iş bularak çalışmasını da sürdürebilir. Bu kuşkusuz subjektif bir değerlendirmedir. Olayda hakekim kötüye kullanılması söz konusu olmadıktan direnme uygun bulunmakla onanması gerekir..."⁴⁹. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre de, "...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı bayan işçinin evlendikten 3-4 ay sonra 1475 sayılı İş Kanununun 14/1. fıkrası uyarınca sözleşmesini feshetmiştir. Bu fesihden 10 gün kadar sonra bir başka banka işyerinde işe girmiş ise de sigorta primi bakımından işçinin mağdur olmaması için yeni bankada daha önceki 01.11.1997 tarihinde işe girmiş gibi gösterilmiştir. Bayan işçi evlenme nedeni ile kendisine tanınmış olan fesih hakkını kullanarak işyerinden ayrıldıktan sonra anayasanın güvencesi altında olan çalışma hakkından yoksun bırakılamaz. Durumuna uygun bir başka iş bulmuş ise fesihden kısa bir süre sonra da o işte çalışma olanağına sahip olduğu düşünülmelidir. Dosya içinde bir örneği bulunan Hukuk Genel Kurulu kararı da bu yöndedir. Böyle olunca davacı kadın işçiye evlenmesi nedeni ile ödenmiş olan kıdem tazminatı bir başka bankada işe girmesinden dolayı geri istenemez. Bu açıklamalar karşısında davacı banka tarafından açılan istirdat davası reddedilmelidir."⁵⁰.

1475 sayılı Kanun m.14/I,b.4'te de "Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla" iş sözleşmesini fesheden işçilerin kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmüştür ki, burada da benzer bir durum söz konusudur. Yargıtay yaşlılık aylığı almak amacıyla işten ayrılan işçilerin hemen ardından çalışmaya devam etmesinde, hatta

⁴⁸ Ayrıca bkz. Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 2010: 204; Tunçomağ ve Centel, 2008: 225; Şakar, 2011b: 192; Demir, 2009: 366-367; Centel, 1994: 209; Narmanlıoğlu, 2012: 577; Akyiğit, 2008: 2530; Keser, 2011: 52; Günay, 2006: 2751; Çil, 2007: C.3, 3367.

⁴⁹ Yarg. HGK., 27.4.1988 E. 1988/9-225 K. 1988/369, www.legalbank.net.

⁵⁰ Yarg. 9.HD., 22.11.1999, E. 1999/14857 K. 1999/17714, Çil, Şahin : Kıdem Tazminatı, Ankara 2009, 381; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 20.06.2006, E. 2005/38639 K. 2006/18186, Çalışma ve Toplum, 2006/4, S. 11, 188-189.

sıkça rastlandığı üzere, hiç ara vermeksizin aynı işyerinde çalışmasında herhangi bir sakınca görmemekte, bu durumu hükmün getiriliş amacına aykırı, bu şekilde davranan işçiyi de kötüniyetli saymamaktadır⁵¹.

Esasen Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde, yaşlılık aylığı olarak işten ayrılan kişilerin sosyal güvenlik destek primi ödeyerek aylıkları kesilmeksizin yeniden çalışmaya başlamaları imkanı söz konusudur (506 sayılı Kanun m. 3/C/I, m. 63/B, 5510 sayılı Kanun geç.m.14). Bu imkan 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olan işçiler (5510 sayılı Kanun m.4/I,a'lılar ve m.4/I,c'li memur ve kamu görevlileri) açısından kaldırılmış olmakla birlikte, daha önce sigortalı olanlar için varlığını sürdürmektedir⁵². Öğretide belirtildiği gibi, “*Sigortalılara “yaşlı” sayılmayacakları bir yaşta emekli aylığı bağlanması, yaşlılık sigortasını, enflasyonla ezilen insanlara bir ek gelir temin etme aracı haline getirmiştir. Zira, bağlanan aylık geçinmeye yetmediğinden, emekliler çalışmaya devam etmek zorunda kalmaktadırlar. “Sosyal güvenlik destek primi” uygulaması bu durumu meşrulaştırmıştır.*” (Şakar, 1998: 170)⁵³. Öte yandan, yaşlılık aylığı almakta olan bir kişinin aylığı kesilerek tüm sigorta kollarına

⁵¹ Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre, “...Davacının 16.9.1995 tarihinden beri çalışmaya başladığı işyerinden 9.11.1998 tarihinde emekli olarak ayrıldığı; davacının 10.11.1998 tarihinden itibaren yeni bir hizmet aktıyla 2.7.2000 tarihine kadar çalıştığı;...anlaşılmaktadır. Davacının zam isteğinin işverence kabul edilmemesi üzerine iş aktinin davacı işçi tarafından feshedilmesi karşısında davacının ihbar tazminatı ile son çalışma dönemine ait kıdem tazminat istekleri yerinde değil ise de; davacının 16.9.1995-9.11.1998 tarihleri arasındaki hizmeti 9.11.1998 tarihinde emeklilik nedeniyle sona erdiğine göre bu ilk dönem için davacı kıdem tazminatına hak kazanır.” (Yarg. 9.HD., 30.09.2004, E. 2004/5591 K. 2004/21075; aynı yönde, Yarg. 9.HD., 07.11.2001, E. 2001/13451 K. 2001/17373; Yarg. 9.HD., 24.02.2005, E. 2004/15518 K. 2005/6278; aynı işyerinde ara vermeksizin çalışmaya ilişkin, Yarg. 9.HD., 05.04.2005, E. 2004/16986 K. 2005/12117; Yarg. 9.HD., 17.02.2009, E. 2007/36441 K. 2009/2758, www.legalbank.net). Bu durumdaki bir işçinin başka bir işyerinde çalışmaya devam ettiğinde, kanunen şart koşulan amaçla hareket etmediği; bu durumu kanıtlayan işverenin kıdem tazminatı borcunun ortadan kalkacağı yönünde, Narmanlıoğlu, 1973: 181; Karş. Akyiğit, 2008: 2514, 2517.

⁵² Bu konuda bkz. Caniklioğlu, 2008: 170-171.

⁵³ Bu konuda ayrıca bkz. Keser, 2011: 43. Öğretide Akyiğit, işçinin fesih ile belge ibrazı arasındaki sürede başka bir işte iş sözleşmesiyle veya başka statüde çalışıyor olmasının kıdem tazminatı ödenmesini engellemeyeceğini açıklarken, “...Zira işçi bu bentte akdi emekli olacağı diye feshetmemektedir. Tam tersine aranan koşulları sağlamadığı için emekli olmayacağını bildirerek sözleşmeyi feshe gitmektedir...Sonuçta 1475 sayılı İş K.14/I-5 hükmünün getirilmesine gerek var mıydı? Sorusuyla karşılaşılabirirse de, yasakoyucunun ülkemiz gerçekleriyle pek de bağdaştığı söylenemez biçimde, emeklilik yaşı ve diğer koşullarını birden ağırlaştırması karşısında, kademeli geçişi...de dikkate alarak, aranan yaşı doldurmayı beklemeden akdin feshi ve kıdem tazminatı alma imkanı tanınması yerindedir. Tabii işin bir başka yanı, anılan düzenlemenin...bile aslında ülkemiz koşullarında işçilerin emeklilik yaşına varamadan çalışamaz konuma girebilecekleri (veya ölecekleri) ihtimalinden esinlenmiş olabileceğidir.” ifadelerine yer vermektedir (Akyiğit, 2008: 2521-2522).

tabi olacak şekilde çalışma olanağı eskiden olduğu gibi halen mevcuttur⁵⁴.

Sonuç olarak mevcut düzenlemeler karşısında, aylıklık aylığına hak kazanan kişilere, kıdem tazminatlarını aldıktan sonra, aylıklarını almaya devam ederek dahi tanınmış olan yeniden çalışma olanağının, henüz yaşlılık aylığına hak kazanmamış durumdaki kişilere tanınmadığının ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz. Ücret geliri ile geçimini sağlayan ve emekli olmak için gerekli yaş koşulunu tamamlamamış olan bir işçinin, çalışmasına son verme iradesi ile hareket etmesini beklemenin yaşam gerçekleri ile uyumlu olmadığı da belirtilmelidir.

Tekrar Çalışmaya Başlayan İşçinin Aynı Sebeple İş Sözleşmesini Feshedip Kıdem Tazminatı Talep Etmesi

1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5'te öngörülen fesih olanağının işçinin çalışma yaşamı boyunca sadece bir defa kullanabileceği bir hak olup olmadığı da tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, iş sözleşmesini m.14/I,b.5 hükmüne göre feshederek kıdem tazminatını alan ve çalışmaya devam eden bir işçinin yeni işvereninden aynı sebebe dayanarak kıdem tazminatı talep edememesi gerekir. Aksinin kabulü, bu koşulları bir kez yerine getiren işçinin bir yıllık kıdem koşulunu sağladığı her bir işverenden aynı sebeple kıdem tazminatı talep edebilmesi anlamına gelir ki, böyle bir davranış hakkın kötüye kullanılmasıdır (Mollamahmutoglu ve Astarlı, 2011: 975-976)⁵⁵. Aynı yöndeki başka bir görüş de, işçinin daha sonra yanında çalışmaya başladığı farklı işverenlerden de aynı nedenle kıdem tazminatı talep etmesinin teorik olarak mümkün gözüktüğünü, böyle bir davranışın hakkın kötüye kullanılması olduğu söylenebilirse de, daha sonraki işverence bu durumun bilinmemesi nedeniyle işçinin hakkını kötüye kullanarak sonuca gitmesi ihtimalinin her zaman mevcut olduğunu, çözüm için açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu savunmaktadır (Şahlanan, 2011: 307).

Karşı görüşe göre ise, bu hakkı kullanarak çalıştığı işyerinden ayrılan bir işçi daha sonra çalışacağı başka işyerlerinde de bu hakkını tekrar kullanabilecek olup; bu konudaki tek sınırlama, iş sözleşmesini fesheden işçinin işvereni ile anlaşarak tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, işçinin aynı nedene dayanarak ikinci kez iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı istemesi durumunda söz konusu olabilir. Buna göre, işçinin böyle bir durumda işverenin hakkın kötüye kullanıldığı yönündeki iddiaları ile karşılaşması söz konusu olabilecektir (Keser, 2011: 52).

Kanaatimizce de, mevcut yasal düzenlemede bu hakkın ancak bir kere kullanılabilceğine ilişkin bir sınırlama bulunmaması karşısında, bu hakkını kullandıktan sonra çalışmaya başlayan işçinin, yeniden bu nedene dayanarak kıdem tazminatı talep etmesi mümkündür. İşçinin bu hakkını ikinci kez (bir defadan fazla) kullanıyor olmasını başlı başına hakkın kötüye kullanılması niteliğinde saymak

⁵⁴ Bu konuda bkz. Caniklioğlu, 2008: 171.

⁵⁵ Bu hakkın sadece ilk işyerinden ayrılırken kullanılması gerektiği yönünde, (Günay, 2006: 2751).

yerine, tüm hakların ifasında uyulması gereken hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun bulunup bulunmadığı, hakkın kaçınıcı kez kullanıldığından bağımsız olarak, somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. İşçinin bu hakkını kullandıktan sonra aynı işverenle anlaşıp tekrar aynı işyerinde çalıştıktan sonra ikinci kez bu sebebe dayanması da kanımızca tek başına hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değildir⁵⁶. Hatta böyle bir durumda, özellikle iki çalışma dönemi arasındaki zaman diliminin kısa olması halinde, ilk feshin ileride daha az kıdem tazminatı ödemek amacıyla işverenin baskısı sonucu kağıt üzerinde yapıp yapılmadığı da incelenmelidir. Böyle bir durumun ispatı halinde işçiye son ücreti ve tüm hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatı ödenerek, daha önce ödenen tutarın mahsubu yoluna gidilmelidir.

Belirtelim ki, İş Kanunu m.14'te öngörülen kadın işçinin evlenmesi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi açısından da, öğretide bu hakkın sadece ilk evlilikle sınırlı olmadığı, evlenme nedeniyle kıdem tazminatı alarak iş sözleşmesini fesheden ve yeniden çalışmaya başlayan kadının, bu evliliğin son bulması üzerine yaptığı evliliklere dayanarak da iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talep edebileceği kabul edilmektedir (Narmanlıoğlu, 2012: 575; Şakar, 2011b: 192; Akyiğit, 2008: 2531). Burada (m.14/I,b.5) evlilikten farklı olarak, kıdem tazminatına hak kazandıran sebebin bir kere gerçekleşmekle artık sürekli mevcut olacağı, evlilikte ise yeni bir evlilikle yeni bir sebebin ortaya çıkacağı; buna paralel olarak m.14/I,b.5'e dayanarak kıdem tazminatı alan bir işçinin de ancak söz konusu maddenin atıfta bulunduğu hükümlerde öngörülen sigortalılık süresi ve/veya prim ödeme gün sayısını yeniden tamamlamakla buna dayanarak kıdem tazminatı talep edebileceği bir ihtimal olarak akla gelebilir. Ancak kanımızca hiçbir sınırlama içermeyen mevcut yasal düzenleme karşısında, somut olayın özelliğine göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek haller dışında, Kanunda öngörülen koşulları bir kez yerine getiren bir işçinin bu nedene yeniden dayanarak kıdem tazminatına hak kazanması mümkün görünmektedir.

Kıdem Tazminatı Almak Amacıyla İş Sözleşmesinin Feshinin Eğitim Giderlerinin Geri Ödenmesi, Cezai Şart, Rekabet Yasağı Gibi Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi

İş sözleşmesinin 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmüne dayanarak feshinin, belirli süreli veya asgari süreli iş sözleşmelerinin belirlenen süreden önce feshi hali için öngörülen karşılıklı cezai şartlara veya işçiye verilen eğitim karşılığı kararlaştırılan

⁵⁶ İş sözleşmesini 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.4 uyarınca yaşlılık aylığı almak amacıyla feshederek kıdem tazminatını alan bir işçinin, daha sonra yaşlılık aylığını iptal ettirerek aynı veya başka bir işveren yanında çalışması durumunda, yeni sözleşmeyi de m.14/I,b.4 uyarınca feshedebileceği yönünde, (Akyiğit, 2008: 2512, 2519).

belirli bir süre çalışma taahhüdünün ihlali ihtimali için öngörülen eğitim giderlerinin geri ödenmesi kayıtlarına veya rekabet yasağına etkisinin de değerlendirilmesi gerekir.

Yukarıda, yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen sigortalılık süresi ve/veya prim ödeme gün sayısını tamamlaması nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işçinin fesih bildirim süresi vermekle yükümlü olduğunu açıklarken, bu konudaki görüşümüzü, Hukukumuzda öngörülen fesih türleri ve bu konudaki yasal düzenlemelerin yanı sıra; bu halin, işçi için iş sözleşmesine devamı çekilmez kılan bir durum olmadığına, bu sebeple işten ayrılmanın bütünüyle iradi bir durum oluşturduğuna dayandırmış ve konunun iş sözleşmesinde yer alan bazı kayıtların geçerliliği ile bağlantılı olduğuna değinmiştik. Kanaatimizce, 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 uyarınca fesih halinde, işçiye yükümlülük getiren sözleşmesel kayıtların sona erip ermeyeceği noktasında da aynı şekilde düşünmek gerekir. Buna göre, belirli süreli ya da asgari süreli bir iş sözleşmesini⁵⁷ 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmüne dayanarak fesheden bir işçi, bu nedene dayanarak, söz konusu sözleşmelerin kararlaştırılan süreden önce sona erdirilmesi hali için öngörülen - karşılıklı- bir cezai şartı ödemekten kurtulamayacaktır. Aynı durum, işverence verilen eğitim karşılığında belirli bir süre mecburi hizmet yükümlülüğü⁵⁸ altına giren ancak bu sürenin dolmasından önce iş sözleşmesini 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmü uyarınca fesheden işçinin, eğitim giderlerini orantılı olarak ödemek zorunda olması açısından da geçerlidir.

Bunun dışında, yukarıda belirtildiği gibi, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi için bir cezai şart kararlaştırılmamış olsa bile, sözleşmeyi süresinden önce bu nedenle fesheden işçi, kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte, işverenin bu fesih nedeniyle bir zarara uğraması halinde genel hükümlere göre bunu tazminle yükümlü tutulabilir⁵⁹. Bu konudaki görüşümüz, yaş dışındaki yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını tamamlama nedeniyle feshin, işçinin özgür iradesine dayalı olmasına, işverene yüklenebilen, işverenin kusurlu bir davranışından kaynaklanan bir neden olmamasına veya böyle olmamakla birlikte işçiden işe devamını beklenemez kılan bir neden olmamasına dayanmaktadır.

⁵⁷ Yargıtay'a göre, "...Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın sonuç doğurabilmesi için öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığının tespiti gerekir. bundan başka asgari süreli iş sözleşmelerinde aynı türde hükümler konulması mümkündür...", (Yarg. 9. HD. 30.06.2011, E. 2009/17402 K. 2011/19618, www.legalbank.net; Yarg. 9. HD. 27.06.2012, E. 2010/17549 K. 2012/24734, www.kazanci.com). Bu konuda bilgi için bkz. Alpagut, 2012: 133-135.

⁵⁸ İş sözleşmelerinde yer verilen eğitim giderlerinin geri ödenmesi kayıtlarına dayanarak hangi fesih hallerinde cezai şart talep edilebileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, 2000: 376-380; Demir ve Demir, 2010, 111 vd.; Özdemir, 2005: 152-155.

⁵⁹ Muvazzaf askerlik, evlilik, yaşlılık/malullük aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla yapılan fesihler açısından aynı yönde, (Süzek, 2012: 762-763; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 374); ayrıca bkz. Güven ve Aydın, 2010, 248. Karş. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011, 968.

İnceleme konusu yaptığımız sözleşmesel kayıtlardan, hakkında pozitif düzenleme bulunan rekabet yasağı konusundaki esaslar da bu konuda yol gösterici olabilecek niteliktedir. Nitekim, öğretilerde belirtildiği gibi, iş sözleşmesinin sona erme nedenine bağlı olarak rekabet yasağı sözleşmesinin hükümden düşmesi ile yine sözleşmenin sona erme nedenine bağlı olarak işçinin cezai şart adı altında kararlaştırılan mali yükümlülüklerden kurtulması arasında önemli bir benzerlik bulunmakta olup her iki halde de işçiyi haklı görülemeyecek şekilde işyerine bağlı olmaktan kurtarmak söz konusudur (Soyer, 2000: 377; Özdemir, 2005: 153).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için kararlaştırılmış olan rekabet yasağının sona ermesine ilişkin 447. maddesine göre, “*Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer*” (f.II). Dikkat edilirse bu hüküm, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu m.352/II’deki düzenlemeden farklılık arz etmektedir. Gerçekten, m.352/II’de, “*İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akdi işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez.*” hükmüne yer verilerek, işçi tarafından yapılan fesihden “işverenin feshi haklı gösteren kusuru”ndan söz edilmesine karşın; 6098 sayılı TBK m.447/II’de, rekabet yasağının sona ermesi için sözleşmenin işçi tarafından “işverene yüklenebilen bir nedenle feshi” yeterli görülmüştür. TBK’nın işçi tarafından yapılan fesihlerde rekabet yasağının sona ermesi açısından işverenin kusuruna vurgu yapmayarak işçi açısından daha elverişli bir düzenleme getirdiği belirtilmelidir⁶⁰.

Nitekim, mehz İsviçre Hukuku öğretisinde de rekabet yasağının sona ermesi açısından, işçi tarafından yapılan fesihle mutlaka işverenin bir kusurunun bulunması aranmamaktadır. İsviçre Hukukunda hakim görüş, örneğin işyerinin devri halinde İsviçre Borçlar Kanunu m.333 uyarınca itiraz hakkını kullanmasının bir sonucu olarak iş sözleşmesi sona eren bir işçinin rekabet yasağından kurtulacağını, itiraz üzerine iş sözleşmesinin sona ermesinin İsv.BK.m. 340c/f.II anlamında işverenden kaynaklanan, işverene yüklenebilen bir neden olduğunu kabul etmektedir (Kradolfer, 2008: 105, 137, 149; Geiser ve Müller, 2012: Rn.728)⁶¹.

Soruna inceleme konumuz açısından bakıldığında, İsv.BK. m.340c hükmünden⁶² alınan TBK m.447/II hükmüne göre, rekabet yasağının sona ermesi

⁶⁰ Öğretilerde 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de, “işverenin işçiyi ilgili bir nedene dayanmayan feshi” – “işçinin işverenle ilgili bir nedene dayanan feshi” ayrımı yapılmıştır (Taşkent ve Kabakçı, 2009: 41-42).

⁶¹ Somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunan karşı görüş için bkz. (Streff ve von Kaenel, 2006, OR 333, N.12; Baumgartner ve Wildhaber, 2008, 1092. Bu konuda bkz. Özkaraca, 2012: 144-145).

⁶² Belirtelim ki, TBK.m.447/II hükmünde işveren tarafından yapılan fesihlerin rekabet yasağına etkisi açısından getirilen “*Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından... feshedilirse, rekabet yasağı sona erer*” şeklindeki düzenleme, İsv.BK.m.340c’deki işçiyi

için, işçi tarafından yapılan feshin sonuç olarak, işverene yüklenebilen bir nedenden kaynaklanması gerekmektedir⁶³ ki, iş sözleşmesinin yaş hariç yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını tamamlama nedenine dayanarak feshinde, sözleşmenin işverene yüklenebilen bir nedenle sona erdirildiğinden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, belirtilen nedenle fesih halinde işçinin sözleşme ile üstlenmiş olduğu rekabet etmeme borcu devam edecektir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin verilmiş bir kararı bulunmamakla birlikte, Yüksek Mahkeme, 1475 sayılı Kanun m.14/I'de düzenlenen hallerden örneğin iş sözleşmesinin kadın işçi tarafından evlilik nedeniyle feshine ilişkin bir uyuşmazlıkta bu doğrultuda karar vermiştir. İş sözleşmesinde sözleşmenin sona ermesinden itibaren 6 ay süreyle aynı konuda bir işte çalışmayacağı kararlaştırılan bir kadın işçi ile ilgili söz konusu karara göre, “*Davacı şirket davalı işçinin satış temsilcisi olarak çalışırken bildirimsiz ayrıldığı, aynı konuda faaliyet gösteren bir başka şirket çalışması nedeniyle ihbar tazminatı ile cezai şart tazminatı isteminde bulunmuştur. Davalı işçi, evlendiğini bu nedenle [işverenin] ihbar tazminatına hak kazanamayacağını ifade ettikten sonra, güç durumda bulunmamanın dolay dayatılmış bir koşulun hükmü doğurmayacağını ifade etmiştir...Kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini kendi arzusuyla fesbetmesi halinde kıdem tazminatı alacağından (4857 sayılı Kanununun m. 120 ile yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Kanununun 14.maddesi) davacı [lehine] ihbar tazminatına hükümlenemez. Karar bu yönü ile doğrudur. Rekabet yasağına bağlanan cezai şart ayrı bir hukuki kavramdır. Rekabet yasağına bağlı cezai şartta zarar olmasa dahi sözleşmenin ihlali halinde anılan tazminatın istenebileceği söz konusudur*”⁶⁴.

Aynı esasların iş sözleşmesinin yaşlılık aylığına hak kazanmak için öngörülen sigortalılık süresi ve/veya prim ödeme gün sayısını tamamlama nedeniyle feshi durumunda da geçerli olması, geçerli olarak kararlaştırılmış olan rekabet yasağı kaydının bu fesih nedeninden etkilenmemesi gerekir. Şüphesiz bu konudaki açıklamalarımız, gerek rekabet yasağı açısından gerek yukarıda belirttiğimiz diğer sözleşmesel kayıtlar açısından söz konusu kayıtlara ilişkin kararlaştırmalarda aksine bir düzenleme öngörülmemiş olması ihtimali için geçerlidir. Şayet bu tür kayıtların yer aldığı iş sözleşmesinde veya ek olarak yapılmış başkaca bir sözleşmede, işçinin iş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,b.5 uyarınca –veya evlilik, askerlik yahut malullük, yaşlılık aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla- feshi halinde bu tür

yüklenemeyen (atfedilmeyen) bir nedenle sözleşmenin feshinden söz eden düzenlemeden farklılık taşımaktadır. Bu düzenlemenin ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Süzek, 2012: 373-374; Alpagut, 2011: 953-954.

⁶³ İsviçre Hukukunda iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi durumunda, aksi kararlaştırılmadıkça rekabet yasağının devam edeceği hususunda bkz. Portmann, 2011: Art. 340c, Rn. 7; Streiff ve von Kaenel, 2006: OR 340c, N.8; Geiser ve Müller, 2012: Rn.726.

⁶⁴ Yarg. 9. HD., 25.01.2010, E. 2008/14902 K. 2010/1271. Hukuk Genel Kurulu da, yerel mahkemenin direnmesi üzerine 9. Hukuk Dairesi'nin görüşleri doğrultusunda direnme kararını bozmuştur. Bkz. Yarg. HGK., 21.09.2011, E. 2011/9-508 K. 2011/545, www.legalbank.net.

kayıtlarla bağlı olmayacağı kararlaştırılmışsa, işçinin belirtilen nedenlerle iş sözleşmesini feshettiğinde, kendisine yükümlülük getiren söz konusu kayıtlardan kurtulacağı açıktır.

Sonuç

4447 sayılı Kanunla yaşlılık aylığına hak kazanmak için 58-60 yaş sınırı getirilmiş, ayrıca bu Kanunun yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanların tamamlamaları gereken prim miktarı ve yaş sınırı da artırılmıştır. Bu artış bir yandan sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmalarını zorlaştırırken, İş Hukuku açısından da kıdem tazminatı alma hakkını olumsuz etkilemiştir. Öyle ki, 4447 sayılı Kanunla kıdem tazminatı talep ederek çalışma yaşamından ayrılabilme olanağı, geç. m.81 hükümleri bir yana bırakılırsa, kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaşın tamamlanması koşuluna bağlanmıştır. Bu nedenle yasanın hazırlık çalışmalarında belirtildiği üzere, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını dolduranlara, istekleri halinde yaş haddini doldurmalarını beklemeden kıdem tazminatlarını alabilmelerine imkan sağlamak amacıyla 1475 sayılı Kanun m.14/I,b.5 hükmü kabul edilmiştir.

Buna göre; 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar *en kolay biçimde* 15 yıllık sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını (506 s.lı K. geç. m.81/B, C); bu tarihten sonra sigortalı olanlar da ya 7000 gün prim ödeme gün sayısını ya da 25 yıldan beri sigortalı olup 4500 gün prim ödeme gün sayısını (506 s.lı K. m.60/I, A, a, b; şimdi: 5510 s.lı K. geç. m.9); 30.04.2008 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanlar ise en az 5400 gün prim ödeme gün sayısını tamamladıktan sonra (5510 s.lı K. m.28/II, a, III) iş sözleşmesini belirtilen nedenle feshederler ve Sosyal Güvenlik Kurumundan bu durumu belgeleyen bir yazı alırlarsa, İş Kanunu açısından aranan diğer koşulların da varlığı halinde kıdem tazminatına hak kazanacaklardır. 5400 günlük süre ilk defa; 30.04.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600 gün olarak, 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle 5400 günü geçmemek üzere uygulanacaktır.

Belirtelim ki, 1475 sayılı Kanun m.14/b.4'ten farklı olarak bu sebeple yapılan fesihlerde belgeleme koşulu Kanunda öngörülmemiştir. Ancak bu sebeple yapılan fesihlerde de, faiz başlangıcı açısından bu koşulların tamamlandığına ilişkin belgenin işverene ibrazı aranmalıdır. Bu sebeple yapılan fesihlerde işçinin işverene bildirim süresi vermesi, bu yükümlülüğe uymaması durumunda ise ihbar tazminatı ödemesi gerekir. Ancak Yargıtay böyle bir fesih halinde bildirim süresi verilmesine gerek olmadığı görüşündedir.

Yargıtay'ın bazı kararlarında 1475 sayılı Kanun m.14/b.5 uyarınca iş sözleşmesinin feshinden söz edebilmek için, işçinin bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmasını, aktif dönemi sonlandırma amacı gütmesini araması Kanunun lafzına, hazırlık çalışmalarına, Yüksek Mahkeme'nin benzer hukuki müesseselere ilişkin içtihadına aykırı olduğu gibi, henüz yaşlılık aylığına hak

kazanmamış bir kişinin bundan böyle çalışmama amacıyla hareket ettiğinden söz etmek gerçekçi de değildir.

Mevcut yasal düzenlemede bu hakkın ancak bir kere kullanılabilmesine ilişkin bir sınırlama bulunmadığından, bu hakkını kullandıktan sonra çalışmaya başlayan işçinin, yeniden bu nedene dayanarak kıdem tazminatı talep etmesi mümkün görünmektedir. İşçinin bu hakkını bir defadan fazla kullanıyor olmasını başlı başına hakkın kötüye kullanılması niteliğinde saymak yerine, hukukun genel bir ilkesi olan hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun bulunup bulunmadığı, hakkın kaçınıcı kez kullanıldığından bağımsız olarak, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Son olarak, iş sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I, b.5 uyarınca feshedilmesinin, böyle bir feshin, işçinin özgür iradesine dayalı olması, işverene yüklenebilen, işverenin kusurlu bir davranışından kaynaklanan, işçiden işe devamını beklenemez kılan bir neden olmaması nedeniyle sözleşmede yer alabilecek eğitim giderlerinin geri ödenmesi kayıtları, cezai şart, rekabet yasağı gibi sözleşmesel kayıtları sona erdirici bir etkiye sahip olmayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. N. ve Arıcı, K. ve Senyen Kaplan, E. T. (2012) **İş Hukuku**, 5. Baskı, Ankara.
- Akyiğit, E. (2008) **İş Kanunu Şerhi**, C.I, 3. Baskı, Ankara.
- Alpagut, G. (1998) **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul.
- Alpagut, G. (2011) Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, **Legal İHSGHD** , S.31.
- Alpagut, G. (2012) Belirli Süreli, Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmelerinin Kurulması ve Hükümleri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesince düzenlenen **İş Hukukunda Güncel Sorunlar I Semineri** 28 Mayıs 2011, İstanbul.
- Bakırcı, K. (Aralık 2008) Anayasa Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı, **Sicil**, Y. 3, S. 12.
- Baumgartner, U. L./Wildhaber, I. S. (2008) Ausgewählte Arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz, **AJP**.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y. (2012) **Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul.
- Canıklıoğlu, N. (2002) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sakatlara Emeklilik-Yaşlılık Aylığı Bağlanmasına Hak Kazanma Bakımından Bir Karşılaştırma, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, **Kamu-İş**, C. 6, S. 4
- Canıklıoğlu, N. (Eylül 2006) 5510 Sayılı Kanuna Göre Malullük Aylığı, **Sicil**, S. 3.
- Canıklıoğlu, N. (Haziran 2008) 5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları, **Sicil**, S.10.
- Centel, T. (1994) **İş Hukuku**, C. I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul.
- Centel, T. (Eylül 2009) Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık, **Sicil**, Y. 4, S. 15.
- Centel, T. (Eylül 2012) Kıdem Tazminatının İşçinin Bireysel Hesabına Yatırılması Hakkında Yasa Taslağı Üzerine Gözlemler, **Sicil**, S. 27.
- Çelik, N. (2012) **İş Hukuku Dersleri**, 25. Bası, İstanbul.
- Çil, Ş. (2007) **İş Kanunu Şerhi**, C.1, C.3, Ankara.
- Demir, F. (2009) **İş Hukuku ve Uygulaması**, 5. Baskı, İzmir.
- Demir, F. ve Demir, G. (Mart 2010) İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı, Karar İncelemesi, **Sicil**, S. 17.
- Ekonomi, M. (Ocak 1990) Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri, **Kamu-İş**.
- Ertürk, Ş. (2006) 4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara.
- Eyrenci, Ö. ve Taşkent, S. ve Ulucan, D. (2010) **Bireysel İş Hukuku**, 4. Bası, İstanbul.

- Geiser, T. ve Müller, R. (2012) **Arbeitsrecht in der Schweiz**, Bern.
- Günay, C. İ. (2006) **İş Kanunu Şerhi**, C.2, Ankara.
- Güven, E. ve Aydın, U. (2010) **Bireysel İş Hukuku**, 3. Baskı, Eskişehir.
- Güzel, A. ve Okur, A. R. (1998) **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 6. Bası, İstanbul.
- Güzel, A. ve Okur, A. R. ve Caniklioğlu, N. (2012) **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 14. Bası, İstanbul.
- Güzel, A. (1995) Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993**, İstanbul.
- Güzel, A. (2012) İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara.
- Keser, H. (Mart 2011) İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı, **Sicil**, Y. 6, S. 21.
- Korkusuz, R. ve Uğur, S. (2009) **Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş**, Adana.
- Kradolfer, D. A. (2008) **Der Betriebsübergang - Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis**, Genève-Zürich-Bâle.
- Mollamahmutoğlu, H. ve Astarlı, M. (2011) **İş Hukuku**, 4. Bası, Ankara.
- Narmanlıoğlu, Ü. (1973) **Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı**, İstanbul.
- Narmanlıoğlu, Ü. (1998) İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere (Muvazzaf Askerlik-Aylık ya da Toptan Ödeme Almak-Kadın İşçi İçin Evlenmek Sebeplerinden Birine) dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özellikleri, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2012) **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, 4. Baskı, İstanbul.
- Okur, A. R. (2006) Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004**, Ankara.
- Özdemir, M. E. (2005) İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, **Çalışma ve Toplum**, S.4.
- Özkaraca, E. (2012) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukukuna Etkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Seminer** – 25 Mayıs 2012, İstanbul.
- Portmann, W. (2011) in **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel.
- Soyer, M. P. (2000) Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Ankara.
- Streiff, U. ve von Kaenel, A. (2006) **Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR**, 6. Auflage, Zürich-Basel-Genf.
- Sümer, H. H. (Ekim-Aralık 1993) Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi - Evlenme Nedeniyle Kıdem Tazminatı – Feshi İhbar, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi.

- Sümer, H.H. (1999) Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İstanbul.
- Süzek, S. (2012) **İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul.
- Şahlanan, F. (2011) Yaş Koşulu Hariç Emekliliğin Diğer Koşullarını Tamamlayan İşçinin Kıdem Tazminatı, Karar İncelemesi, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul; **Tekstil İşveren Dergisi**, Şubat 2010, S. 359, Hukuk 44.
- Şakar, M. (1998) **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, 4. Bası, İstanbul.
- Şakar, M. (2011a) **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, 10. Baskı, İstanbul.
- Şakar, M. (2011b) **İş Hukuku Uygulaması**, 9. Baskı, İstanbul.
- Taşkent, S. ve Kabakçı, M. (Aralık 2009) Rekabet Yasağı Sözleşmesi, **Sicil**, S.16.
- Tuncay, A. C. (1996) Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994**, İstanbul.
- Tuncay, A. C. (1998) **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, 8. Bası, İstanbul.
- Tuncay, A. C. (2010) 5510 sayılı Kanun Açısından Uzun Vadeli Sigorta Kolları, Kadir Has Üniversitesi ve İstanbul Barosu tarafından düzenlenen **Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi Semineri**, İstanbul.
- Tuncay, A. C. ve Ekmekçi, Ö. (2012) **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, 15. Bası, İstanbul.
- Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2008) **İş Hukukunun Esasları**, 5. Bası, İstanbul.
- Uşan, F. (2009) **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, Ankara.
- Ünal, C. (2012) **Özürülerin Sosyal Güvenlik Hakları – Dünyadaki Yeni Yaklaşımlar Işığında Öneriler**, İstanbul.