

YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANMANIN İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİLERİ

*The Effects of Becoming Entitled To Take Old Age Pension In
Terms of Job Security Act*

Seracettin GÖKTAŞ*

ÖZET

Sosyal güvenlik bakımından yaşlılık öğretide; “yaşlanmaya bağlı olarak, ferdin çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybederek düzenli ve yeterli gelir getiren bir iş tutamaz veya kendi geçimini kendi gücüyle sağlayamaz hale geldiği biyolojik bir durum” olarak tanımlanmıştır.

Uluslar arası Çalışma Örgütünün 1952 tarih ve 102 sayılı Sözleşmesine göre emeklilik yaşının üst sınırı 65 yaş olarak belirlenmiş ise de, yaşlıların çalışma güçlerini daha uzun koruyabildikleri ülkelerde bu sınırın 65’in üstünde belirlenebileceği düzenlenmiştir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmanın yaşı belirlenirken, ortalama ömürden başka, ülkenin demografik, coğrafi ve ekonomik yapısı göz önünde bulundurulur. Nitekim Türkiye’de emeklilik yaşının hem uzun yıllar hem dünya ortalamasının altında belirlenmesinin nedeni, istihdam politikası, insan ömrünün diğer ülkelere nispeten kısa olmasıdır. Oysa ülkemizde bugün ortalama ömür 69’u geçtiği gibi, yaşlılık aylığına hak kazanma yaşının düşük tutulmasının işsizliğin azalmasını sağlamadığı da ortaya çıkmıştır. Gerçekten, enflasyon yüksekliği ve geçim şartlarının zorluğu gibi nedenler erken emekli olanları yeniden iş aramaya itmektedir. Bu da gençlerin iş bulmalarını engellemektedir.

Anahtar sözcükler: Sosyal Güvenlik, Yaşlılık Sigortası, İş Güvencesi, İş Kanunu.

ABSTRACT

Old age is described in doctrine according to social security as “a biological situation that a person is not able to keep a job giving enough salary or earn his/her keep due to losing his/her power of working partly or fully by aging”

Whether, international labour organization(ILO) has determined the top limit of retirement age as 65 according the agreement no:102, date: 1952, it’s regulated that this top limit of retirement may describe over 65 in countries which old people keep their power of work longer.

While right of retirement pays describing, average life and the country’s demographic, geographic and economic status are considering. Thusly, the reason why Turkey’s age of retirement has determined under the average of World for

*Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi.

long years is employment policy and shortness of human life compared to other countries. In fact, it's occurred that describing low the age of earning right of retirement pay is not reducing the unemployment and also today in our country, average life is over 69. On the level, causes as increase of inflation and hardness of living costs are forcing the people early retired to look for a job again. Thus, opportunity of find a job of youth is prevented.

Keywords: Social security, old-age pension, labor-job protection, Labour Law.

I. YAŞLILIK SİGORTASI

A. Yaşlılık Kavramı

Sosyal güvenlik bakımından yaşlılık öğretide; “yaşlanmaya bağlı olarak, ferdin çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybederek düzenli ve yeterli gelir getiren bir iş tutamaz veya kendi geçimini kendi gücüyle sağlayamaz hale geldiği biyolojik bir durum” olarak tanımlanmıştır¹⁵⁷.

Öğretide kronolojik yaş(takvim yaşı) ve biyolojik yaş(vücut yaşı) olmak üzere iki tür yaşlılıktan söz edilmektedir¹⁵⁸. Kronolojik yaş yaşanan yıl sayısını gösterir ve nüfus kayıtlarına göre belirlenir. Biyolojik yaş ise, vücudun yıpranma derecesi olup, vücudun gösterdiği yaşa göre kendini gösterir¹⁵⁹. Biyolojik yaş, kişinin sağlık durumu ve cinsiyetine, çevre şartlarına, yaşanan ülke ve zamana göre değişik olabilmektedir¹⁶⁰. Kronolojik yaş ile biyolojik yaş arasında uyum söz konusu olamayabilir. Buna göre bazı insanlar 70’inde genç, bazıları ise ellisinde yaşlı görünebilir¹⁶¹. Öyleyse tüm insanlar için belli bir yaşlılık sınırı çizmek mümkün değildir¹⁶². Bununla birlikte dünyada yaşlılığın başlangıcı genellikle 60-65 yaş aralığını ifade etmektedir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmada kronolojik yaş esas alınmaktadır. Biyolojik yönünden yaşlanmak yaşlılık aylığının belirlenmesinde tek başına yeterli değildir. Başka bir anlatımla yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli kronolojik yaşa ulaşıldığında, aynı zamanda ferdin biyolojik bakımdan yaşlandığı varsayılır.

Uygulamada yaşlılık aylığına hak kazanma emekliliğe hak kazanma ile aynı anlamda kullanılmaktadır.

Erken emeklilik ile genç yaşta emeklilik kavramları farklıdır. Erken emeklilikte bazı özendirici ve zorlayıcı nedenlere bağlı olarak daha önce belirlenen kronolojik yaştan önce talep edenlere yaşlılık aylığının bağlanması söz konusudur. Bu açıdan erken emeklilik bir istihdam politikası aracıdır. Genç yaşta emeklilik ise önceden belirlenmiş bir kronolojik yaş bulunmadan veya belirlenen düşük yaşa gelindiğinde yaşlılık aylığının bağlanmasıdır¹⁶³. Genç yaşta emekliliğin sosyal sigorta ilkelere uygun düşmediği, sosyal güvenlik kurumlarının aktüeryal dengesini bozduğu, onları mali krize sürüklediği ileri sürülmüştür¹⁶⁴.

Dünyada kadınlar için, ortalama ömürleri erkeklerden daha uzun olmasına rağmen, çalışma güç ve arzularını daha erken kaybettikleri, aile içindeki ve çocuk yetiştirmedeki rolleri, çalışma hayatına daha az girişleri gibi nedenlerle erkeklerle nazaran daha düşük emeklilik yaşı belirlenmiştir¹⁶⁵. Bu nedenle ülkelerin çoğunda ortalama emeklilik yaşı erkeklerde 55-70, kadınlarda is 50-65 arasında değişmektedir. Bununla birlikte kadın ve erkekler için aynı emeklilik yaşını belirleyen ülkelerin sayısının giderek artması da dikkat çekmektedir¹⁶⁶.

¹⁵⁷ ALPER, Yusuf: Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti, Çimento İşveren, Ocak 1997, s.4-7

¹⁵⁸ UŞAN, Fatih: Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s.207

¹⁵⁹ TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, 2.Bası, s. 326.

¹⁶⁰ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 326.

¹⁶¹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 327.

¹⁶² TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 327.

¹⁶³ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 329.

¹⁶⁴ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 329; ALPER, s. 6.

¹⁶⁵ Bkz. TUNCAY/EKMEKÇİ, s.27-328

¹⁶⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 327.

Uluslar arası Çalışma Örgütünün 1952 tarih ve 102 sayılı Sözleşmesine göre emeklilik yaşının üst sınırı 65 yaş olarak belirlenmiş ise de, yaşlıların çalışma güçlerini daha uzun koruyabildikleri ülkelerde bu sınırın 65'in üstünde belirlenebileceği düzenlenmiştir.

Yaşlılık aylığına hak kazanmanın yaşı belirlenirken, ortalama ömürden başka, ülkenin demografik, coğrafi ve ekonomik yapısı göz önünde bulundurulur. Nitekim Türkiye'de emeklilik yaşının hem uzun yıllar hem dünya ortalamasının altında belirlenmesinin nedeni, istihdam politikası, insan ömrünün diğer ülkelere nispeten kısa olmasıdır. Oysa ülkemizde bugün ortalama ömür 69'u geçtiği gibi, yaşlılık aylığına hak kazanma yaşının düşük tutulmasının işsizliğin azalmasını sağlamadığı da ortaya çıkmıştır. Gerçekten, enflasyon yüksekliği ve geçim şartlarının zorluğu gibi nedenler erken emekli olanları yeniden iş aramaya itmektedir. Bu da gençlerin iş bulmalarını engellemektedir¹⁶⁷.

B. Yaşlılık Sigortası Kavramı

Sosyal güvenliğin konusunu teşkil eden tehlikelerin kaynaklarından birisi de fizyolojik tehlikelerdir. Fizyolojik tehlikeler, insanın canlı bir varlık olmasından kaynaklanan, insanın kontrolü dışında ortaya çıkan ve önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerdendir. Yaşlanma da fizyolojik tehlike olarak, bu anlamda sosyal güvenliğin konusunu teşkil eden risklerdendir¹⁶⁸.

Yaşlılık sigortası, belli bir yaşa ulaştıktan sonra çalışma gücünü kısmen veya tamamen yitirerek çalışma hayatından çekilenin uğradığı sürekli gelir kaybını karşılamak amacıyla kabul edilen, böylece yaşlılık gibi zor bir riski güvence altına alan, sigorta kolları içinde en fazla aylık ödenen ve en fazla gider kolunu oluşturan sigorta koludur¹⁶⁹.

Uzun vadeli sigorta türü olarak kabul edilen yaşlılık sigortası birçok amaca hizmet etmektedir: Öncelikle yaşın ilerlemiş olması nedeniyle çalışma gücünün azalmasından veya kaybindan dolayı dinlenme gereğini duyan sigortalıya, ömrünün geri kalan kısmı için yardım etmeyi ve geçimini sağlayacak sürekli bir gelir sağlamayı amaçlamaktadır. Bunun yanında, uzun yıllar çalışması ile topluma sağladığı ekonomik katkıları nedeniyle sigortalıyı ödüllendirme ve yaşlanarak çalışma güçlerini kısmen veya tamamen yitiren kişilerin faali çalışma hayatından çekilmelerini sağlayarak gençlere çalışma alanları açmak suretiyle istihdam politikasına hizmet etme amaçları da bulunmaktadır¹⁷⁰.

C. Yaşlılık Sigortasının İşçiye Sağladığı Yardımlar

1. Yaşlılık Aylığı

5510 sayılı Kanunu'nun 30/1.maddesi gereğinde işçinin işten ayrılması ve yazılı başvurusu üzerine yazılı talep tarihini izleyen aybaşından itibaren yaşlılık aylığı bağlanır. 5510 sayılı Kanun'un geçici 14.maddesi gereğince Kanun'un yürürlüğe 1.10.2008 tarihinden önce işçi olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak çalışmaları sosyal güvenlik destek primi ödemesi suretiyle mümkündür. Aksi halde aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi izleyen ödeme dö-

¹⁶⁷ ALPER, s.11;TUNCAY, A. Can: Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform ihtiyacı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 374-375; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 329.

¹⁶⁸ ARICI, Kadir: Sosyal Güvenlik, Ankara 1999, s. 8-9

¹⁶⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 324.

¹⁷⁰ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 324.

nemi başında kesilir ve bunlardan 5510 sayılı Kanun'a tabi olarak çalıştıkları süre zarfında prime esas kazançları üzerinden kısa ve uzun vadeli sigorta kolları primi ile genel sağlık sigortası primi alınır. Daha sonra bunların çalışmaktan vazgeçip işten ayrılmaları ve yazılı istekte bulunmaları halinde yaşlılık aylığı tekrar bağlanır¹⁷¹.

İlk defa 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü döneminde çalışmaya başlayan işçinin yaşlılık aylığı almakta iken sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmalarına imkân bulunmamaktadır. İlk defa bu Kanun döneminde çalışmaya başlayan işçinin yaşlılık aylığı almakta iken yine bu Kanun kapsamında bir işte çalışması yaşlılık aylığının kesilmesine yol açacaktır¹⁷².

Sosyal Güvenlik primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler bu Kanun'a göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödeme gün sayısına ilave edilmez¹⁷³.

2. Yaşlılık Toptan Ödenmesi ve İhya

Yaşlılık sigortasının sağladığı temel yardım yaşlılık olmasına rağmen bazı koşullarda toptan ödemeye de imkân vermektedir. 5510 sayılı Kanun'un 31.maddesine göre, işçinin herhangi bir nedenle işten ayrılması ve yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli yaş koşulunu yerine getirmesine rağmen, malullük ve yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamaması halinde ödediği veya kendi adına ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin her yıla ait tutarlarını primin ait olduğu yıldan itibaren yazılı talep tarihine kadar geçen yıllar için her yılın gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek toptan ödeme şeklinde verilmesini isteyebilir.

5510 sayılı Kanun'un geçici 5.maddesine göre işçinin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki hizmet sürelerine ait bölümünün eski mevzuata göre, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra toptan ödeme isteğine kadarki bölümünün ise bu Kanun'a göre her yılın güncelleme katsayısı ile çarpılarak hesaplanacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 31 ve 36. maddelerine göre sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler için toptan ödeme yapılmaz¹⁷⁴.

3. Sağlık Yardımları

5510 sayılı Kanun'un 60/I(f). Maddesine göre yaşlılık aylığı almakta olanlar kendiliğinden genel sağlık sigortası kapsamına girerler. Bunun için genel sağlık sigortası primi ödemeleri gerekmez. Böylece yaşlılık aylığı alan işçi ve bakmakta yükümlü olduğu kişiler Kanun'un öngördüğü sağlık yardımlarından yararlanabilirler.

D. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma

Yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için sigortalının bir takım şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için gerekli olan temel iki şart, işten ayrılma ve Kuruma yazılı talepte bulunmak olup geri kalan şartlar zaman içinde ortaya çıkan yasal düzenlemeler karşında değişmiştir. 5510 Sayılı SSGSSK yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlar ve Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra sigortalı olanlar ile özel koşulların uygulandığı sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için gerekli olan hükümler sigortalılar açısından farklılık gös-

¹⁷¹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 349-350; KORKUSUZ, M.Refik/UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ankara 2009, s. 283-284.

¹⁷² TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 350.

¹⁷³ KORKUSUZ/UĞUR, s. 283.

¹⁷⁴ KORKUSUZ/UĞUR, s. 283.

termektedir¹⁷⁵. Örneğin, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte belirli bir süre sigortalı olma şartı ortadan kaldırılmış ve temel iki şarta ek olarak belirli bir yaşa ulaşma ve belirli bir süre prim ödeme koşulu yeterli görülmüştür¹⁷⁶.

Yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için sigortalının Kuruma yazılı olarak müracaat etmesi gerekmektedir. Bu anlamda sigortalı, yaşlılık aylığına hak kazanabilme şartlarını yerine getirirse dahi eğer Kuruma yaşlılık aylığı bağlanması için müracaat etmemişse yaşlılık aylığının bağlanması söz konusu olmayacaktır. Sigortalının Kuruma yapacağı yazılı başvuruda yaşlılık aylığı talebinde bulunduğunu açık ve anlaşılır biçimde yazması gerekmektedir.

5510 sayılı SSGSSK m.28'e göre sigortalının yaşlılık aylığı alabilmesi için işten ayrılması şarttır¹⁷⁷. Kanun'un 4/a. maddesine tabi sigortalının işten ayrılması, iş sözleşmesini sona erdirmesi demektir. Sigortalı kısmi süreli iş sözleşmesi ile birden fazla işverenlikte aynı anda çalışmaktaysa bu durumda farklı işverenliklerdeki mevcut iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi gerekmektedir. Sigortalının Kuruma yazılı yapmış olduğu başvuru sırasında sigortalının işten ayrılmış olması gerekmektedir. İşten ayrılma, ancak sigortalının yaşlılık aylığı almasına engel olup başvurusuna engel değildir¹⁷⁸. Kuruma yazılı başvuru yapılması ve işten ayrılması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda takip eden aybaşından itibaren yaşlılık aylığı ödenmeye başlayacaktır.

Yazılı başvuru ve işten ayrılma koşulları dışındaki koşullar, bu konuda yapılan yasal düzenlemelerin ortaya çıkış anına göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Böylece sigortalı, ilk kez sigortalı olduğu tarih itibarıyla hangi yasal düzenlemeye tabi ise; o yasal düzenlemedeki hak kazanma koşulları dikkate alınmakta ve şartları taşıması halinde yaşlılık aylığı bağlanmaktadır. Bu bağlamda ülkemizde yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli olan koşullar değişiklik yapan kanunların çıkış tarihleri dikkate alınarak; 08.09.1999'a kadar, 08.09.1999- 30.04.2008 arası ve 30.04.2008 sonrası olmak üzere üç grup halinde ele alınmaktadır. Özellikle 08.09.1999 öncesi dönemde çıkan kanunlar, genç yaşta emekliliğe imkân verecek düzenlemeler getirmiştir. Örneğin, 10.02.1992 tarih ve 3774 Sayılı Kanun ile yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için gerekli olan yaş ve prim ödeme gün sayısı koşulları tümüyle kaldırılmıştır. Yalnızca belirli bir süre sigortalı olunması ve prim ödenmesi yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için yeterli görülmüştür¹⁷⁹. Buna göre sigortalı kadınlar için 20, erkekler için 25 yıl sigortalılık süresinin bulunması ve 5000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi yatırılmış olması durumunda yaşlılık aylığına hak kazanılabilecektir. 18 yaşından önceki sigortalılık süresinin yalnızca primde dikkate alınması, sigortalılık süresinde dikkate alınmaması nedeniyle kadınlar 38, erkekler 43 yaşında 5000 gün primi tamamlamış olmaları durumunda yaşlılık aylığına hak kazanılabilecektir¹⁸⁰.

¹⁷⁵ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, 2008, İstanbul, s.451.

¹⁷⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 325.

¹⁷⁷ ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009, s.817.

¹⁷⁸ Y.10.HD. 30.12.2004, 9451-12130 sayılı kararında sigortalının sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir (ASLANKÖYLÜ, s.830.).

¹⁷⁹ BAŞTERZİ, Fatma: Yaşlılık Sigortası, Ankara 2006, s. 118.

¹⁸⁰ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.452; Yarg.10.HD.20.04.1992, 1991/13725-1992/4580 (ASLANKÖYLÜ, s.830.).

4447 sayılı Kanun'da emeklilik yaşı ile ilgili önemli değişiklikler yapılmış ve yaşa bağlı olmayan yaşlılık aylığına hak kazanma olanağına son verilmiştir¹⁸¹. Buna göre ilk kez 08.09.1999 tarihinden sonra sigortalı olan kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş ve en az 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta primi yatırmış olması durumunda yaşlılık aylığına hak kazanabilecektir¹⁸². 08.09.1999 tarihinden önce yaşlılık aylığına hak kazanılması için gerekli olan prim ödeme gün sayısı 5000 iken prim ödeme gün sayısı yükseltilerek 7000 güne çıkarılmıştır. Sigortalının yaş koşulunu taşımakla birlikte 7000 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayamaması durumunda 25 yıl sigortalılık süresinin bulunması ve 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi yatırmış olması koşuluyla yine yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün olabilecektir. Bu sigortalıların kısmi aylıktan yararlanması ise kadın için 60, erkek için 62 yaşını doldurmasına ve en az 15 yıl prim ödemiş olmasına bağlıdır¹⁸³. 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olup da Kanunun yürürlük tarihinden sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunulmuşsa 506 sayılı Kanun geç.m.81 hükümlerine tabi olunacaktır¹⁸⁴. 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar açısından yasal düzenleme kademeli geçiş hükümlerini içermektedir. Düzenlemenin amacı, zaman için yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli olan yaş sınırını yükseltmektir.

506 sayılı Kanun geç.m.81'in yürürlüğünden sonra Anayasa Mahkemesi 506 sayılı Kanun geç.m.81/ B ve C bentlerini iptal etmiş¹⁸⁵, ancak maddenin A bendindeki hükmü aynen korumuştur¹⁸⁶. Anayasa mahkemesi iptal kararından sonra yürürlüğe giren 23.05.2002 tarih ve 4759 sayılı Kanun'a göre iş sözleşmesi ile çalışan bir sigortalı, kadın ise 20 erkek ise 25 yıldan bu yana sigortalı olmak ve 5000 gün sigorta primi ödemiş olmak koşulu ile isterlerse, yaş haddini beklemeden kadınsa 40, erkekse 44 yaşında emekli olabilme imkânına sahiptir¹⁸⁷.

Yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları, 5510 Sayılı Kanun ile tekrar değişikliğe uğramıştır. 5510 sayılı Kanunda düzenlenen yaş ve prim ödeme koşulları, yine aynı Kanunun 108. maddesine göre 30.04.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸⁸. Yapılan değişiklikle sosyal güvenlik sisteminde ilk defa uzun bir dönem için geçiş süresi öngörülmüştür¹⁸⁹. Yapılan düzenlemeler yalnızca 30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlara uygulanacaktır. Dolayısıyla 5510 sayılı SSGSSK'nun yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olanlar yasal düzenlemeden etkilenmeyecektir¹⁹⁰. Buna göre 5510 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 30.04.2008 tarihinden önce si-

¹⁸¹ BAŞTERZİ, s. 119.

¹⁸² ERGİN, Hediye: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Geçici Hükümleri, Legal İSGHD, S.21, 2009, s.243.

¹⁸³ TUNCAY/EKMEKÇİ, (2009), s. 332.

¹⁸⁴ ASLANKÖYLÜ, s.845.

¹⁸⁵ AYM. 23.02.2001 tarih ve 1999/41-2001/42 sayılı kararı.

¹⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, "Yasa koyucunun, emekliliklerine iki yıldan az süresi kalan kadın ve erkek sigortalının hak kaybına uğramalarını önlemek için iptali istenilen (A) bendiyle, yürürlük tarihinden önce ve sonra olmak üzere iki ayrı tarihe göre sigortalılık ve prim ödeme süresi belirleyerek adaletli bir toplum ve hukuk düzeni kurmayı amaçladığında kuşku bulunmamaktadır" gerekçesiyle A bendine yönelik iptal istemini reddetmiştir.

¹⁸⁷ GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuku, 9.Bası, İstanbul, s.322, 323.

¹⁸⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, (2009), s.336.

¹⁸⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, (2009), s.337.

¹⁹⁰ GÜNAY Cevdet İlhan: İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2008, s.464.

gortalı olanlar hangi sosyal güvenlik kurumuna bağlı çalışıyorlarsa ilgili sosyal güvenlik kurumunun esaslarına bağlı olarak sigortalı olacaklardır¹⁹¹.

5510 Sayılı SSGSSK m. 28'e göre; kadın sigortalının 58, erkek sigortalının 60 yaşını doldurması halinde ve en az 9000 gün prim ödemek kaydıyla yaşlılık aylığı bağlanabilecektir¹⁹².

5510 sayılı SSGSSK m.28'de; 01.01.2048 tarihinde kadın ve erkek sigortalılar için yaşlılık aylığı alma yaşı 65 yaş olarak hedeflenmiştir¹⁹³. Ancak bu tarihe kadar kadın ve erkek sigortalılar için kademeli olarak farklı yaşlar öngörülmüş olup sigortalılar primlerini tamamladıkları tarihteki yaşlar dikkate alınarak yaşlılık aylığına hak kazanabilecektir¹⁹⁴.

Kanun bir takım sosyal nedenlerle yaşlılık aylığı için kolaylaştırılmış seçenekler de öngörmüştür¹⁹⁵. Kolaylaştırılmış seçenekler, yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları bakımından sigortalının işine ve sağlık durumuna göre yaş ve prim ödemeye ilişkin bazı özel koşulları ihtiva etmektedir¹⁹⁶. Buna göre 01.10.2008 tarihinden önce ilk kez sigortalı olup olmamasına göre maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışanlar ile malul ve özürlüler, sakatlık nedeniyle vergi indiriminden yararlanan sigortalılar, erken yaşlananlar, başkasının bakımına muhtaç özürlü çocuğu bulunan kadın sigortalılar ve prim ödeme gün sayısı yetmeyenler kolaylaştırılmış yaşlılık aylığına hak kazanmadan yararlanabilmektedirler.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce geçerli olan 5434, 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlara göre sigortalı olanların eğer isterlerse 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce veya sonra emekli olduktan sosyal güvenlik destek primi ödemek veya emekli maaşları kesilmek suretiyle iş sözleşmesi ile bağımlı veya bir işverene bağımlı olmaksızın çalışmaları mümkün iken, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ilk kez sigortalı olanlar, emekli olduktan sonra ancak emekli aylıkları kesilmek suretiyle çalışmaları mümkündür. Başka bir anlatımla 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra emekli olanlar sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle dahi çalışmaları mümkün olmayacaktır¹⁹⁷.

¹⁹¹ SARAÇ, Coşkun: Son Tasarı Işığında 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, S.9, Mart 2008, s. 126.

¹⁹² GÜNAY, s. 464.

¹⁹³ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 446.

¹⁹⁴ ÖZDEMİR, s.200.

¹⁹⁵ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.446.

¹⁹⁶ ASLANKÖYLÜ, s. 816.

¹⁹⁷ AKI, Erol: İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak "Emeklilik", Prof.Dr.Ünal Narmanlığlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, İzmir 2007, s. 4, 5.

II. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Günümüzde sosyal devlet anlayışı ve bunun doğal sonucu olarak işçilerin korunması ihtiyacının hissedilmesi işverenlerin serbestisini sınırlayan bazı düzenlemelerin yapılması sonucunu doğurmuştur. İş ilişkisinin sona ermesi üzerine ücret gelirinden yoksun kalmakla birlikte işsizlik riski ile karşı karşıya gelen işçinin feshe karşı korunması, dolayısıyla işvereni ile arasındaki iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması İş Hukukunun en önemli konusu ve sorunu olmuştur¹⁹⁸.

Çalışma hakkı, Anayasamızda temel haklar arasında yer almış olup, 49.maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm, ülkemizde Anayasal düzeyde iş güvencesinin kaynağını oluşturmaktadır¹⁹⁹.

Uluslar arası Çalışma Konferansının 2-23 Haziran 1982 tarihinde yaptığı toplantıda kabul edilerek yürürlüğe konulan 158 sayılı ILO sözleşmesi ile işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli ve haklı neden olmadan yapılan fesihlere karşı korunması amaçlanmıştır. Sözleşmenin kabul edildiği bu toplantıda ayrıca sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak için bazı açıklama ve önerileri kapsayan 166 sayılı Tavsiye Kararı alınmıştır.

ILO Genel Konferansı tarafından kabul edilen Sözleşme ve Tavsiye kararları, Uluslar arası İş Hukukunun başlıca kaynağını oluştururlar. Tavsiye kararlarının hiçbir hukuki bağlayıcılıkları olmadığı halde, sözleşmeler onay işlemi ile birlikte üye devletleri uluslar arası yükümlülük altına sokarlar. Sözleşmeler onaylanmadıkları sürece üye devletler için bağlayıcı etki doğurmazlar. Onaylanan bir sözleşmenin iç hukukta bağlayıcı etki yaratması için mutlaka uyum yasasının çıkarılması zorunluluğu vardır²⁰⁰.

Türkiye, 158 Sayılı ILO Sözleşmesini 1994 yılında 3999 Sayılı Kanunla onaylamak suretiyle sözleşmedeki esaslara uygun olarak yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğü altına girmiş ve bu amaçla önce 1475 Sayılı İş Kanunun 13.maddesini değiştiren ve maddeye bazı fıkralar ekleyen 4773 Sayılı Kanun ihdas olunmuştur. 9.8.2002 tarihinde kabul edilen ve 15.8.2003 gün ve 24847 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan bu Kanunun 15.3.2003 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği 13.maddesinde öngörülmüştür. Böylece Türk İş Hukukunda iş güvencesi hükümleri 15.3.2003 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlanmıştır. 1475 Sayılı İş Kanunun 14.maddesi dışında yürürlükten kaldıran ve 10.6.2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanununda da bazı değişikliklerle birlikte iş güvencesi hükümlerine yer verilmiştir.

4773 ve 4857 sayılı Kanunlarla iş hukuku mevzuatımıza giren iş güvencesi hükümleri esas itibarıyla keyfi fesihlere karşı işçiyi korumayı amaçlamaktadır. Keyfi fesihlere karşı işçinin korunması ise feshin geçerli bir nedene dayandırılması ile mümkün olabilir.

¹⁹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 2005, s.560

¹⁹⁹ Anayasamızın Çalışma Hakkı ve Ödevi başlığını taşıyan 49.maddesinde : "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. (Değişik fıkra: 03.10.2001 4709/19. m.)Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır" hükmü yer almaktadır.

²⁰⁰ GÜZEL, Ali: İLO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, İLO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, s.48-49

4857 sayılı İş Kanunu, iş güvencesi konusunu 158 sayılı ILO sözleşmesini esas olarak düzenlenmiştir. Ancak, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2.maddesinde sözleşme hükümlerinin tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve iş sözleşmesi ile çalıştırılan tüm işçilere uygulanacağı öngörüldüğü halde, 4857 sayılı İş Kanununda iş güvencesi hükümlerinin sadece bu Kanun kapsamına olan işçilere uygulanması ve kanunun 116.maddesi ile iş güvencesi hükümlerinin kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamına girenlere de uygulanması esası kabul edilmiştir. Deniz İş Kanunu ile Borçlar Kanununa tabi olarak çalışanların iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmış olması 158 sayılı Sözleşme ile tamamen uyumlu bir düzenleme yapılmadığını göstermektedir²⁰¹.

Türk İş Hukukunda, 4857 sayılı İş Kanunu, bireysel ve toplu işçi çıkarma halinde, işverenin fesih hakkını sınırlayan iş güvencesi hükümlerine (m.18, 19, 20, 21, 22 ve 29) yer vermiş, ayrıca 116.maddesi ile Basın İş Kanunun 6.maddesine bir fıkra ekleyerek, iş güvencesi hükümlerinin kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamına giren gazeteciler hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir. Öte yandan, 4774 sayılı Kanunu'nun 10.maddesi ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 30 ve 31.maddelerini değiştirerek bireysel sendika özgürlüğü ile işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencelerinde yeni düzenlemeler yapılmıştır.

B. İş Güvencesi Kavramı

İş güvencesi kavramı esas olarak, geçimini emeği ile sağlayan bağımlı çalışanları, haklı ve meşru bir neden olmaksızın, işveren tarafından iş sözleşmesi ilişkisine son verilmesi durumunda, işverenin fesih işlemini sınırlayan, iş sözleşmesi ilişkisini hukuksal zemine çeken, böylece iş sözleşmesinin işçi açısından dayanıksız niteliğini bertaraf eden ve iş ilişkisine süreklilik kazandıran, koruyucu yönü ağır basan normatif düzenlemeleri gerektirmektedir²⁰². Öğretide, işçinin feshe karşı korunmasının dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak tanımlandığı görülmektedir.

Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işini kaybetmesini güçleştiren veya işini kaybetmesinden dolayı uğradığı zararı, riski hafifletmeye, telafi etmeye yönelik tüm önlemlerdir. İş sözleşmesinin önel verilerek bildirimde sona erdirilmesi ile kıdem tazminatı, işsizlik ödeneği gibi ödemeler geniş anlamda iş güvencesi kapsamına girmektedirler²⁰³. Geniş anlamda iş güvencesi, işverenin fesih hakkı konusunda yasa ve sözleşme ile getirilen bütün sınırlamaları ve feshin sonuçlarını hafifleten önlemleri kapsar.

Dar anlamda iş güvencesi ise, kısaca işçinin feshe karşı korunmasıdır. İşverenin fesih hakkını kullanırken geçerli nedene dayanması, geçerli nedeni ispat külfetinin işverene ait olması, feshin geçersizliğine bağlı olarak işçinin işe iadesi veya mahkeme ya da özel hakemce uygun görülecek bir tazminatın ödenmesini kapsayan bir güvencedir²⁰⁴. Dar anlamda iş güvencesinin amacı, işverenin iş sözleşmesini meşru

²⁰¹ ÇELİK, İş Güvencesi, Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s.14, Güzel,

²⁰² EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s. 160; KAR, Bektaş: İş Güvencesi Kavramı, Legal İş Hukuku Dergisi 2005, Sayı 6, s.560-561

²⁰³ KUTAL, Metin: İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı İşçinin Feshe Karşı Korunması 18-19 Mayıs 2001, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.16.

²⁰⁴ KUTAL, s.16.

ve makul görülebilecek bir neden olmaksızın keyfi olarak sone erdirmesinin engellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanması ayrıca tarafların feshin mağdur edici sonuçlarından daha az etkilenmesinin sağlanmasıdır.

C. İş Güvencesi Hükümleri

1. Güvencenin Kapsamı ve Fesih Usulü

4857 sayılı İş Kanunun 18.maddesinde iş güvencesi hükümlerinin kapsamı düzenlenmiştir. Maddenin 1.fıkrasında; “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır...”- hükmüne yer verilmiş, son fıkrasında ise; “ İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”denilmek suretiyle işveren vekili ve yardımcılarının iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

Buna göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işveren vekili veya yardımcısı olmayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmalıdır. İş Kanunu geçerli neden gösterilmesiz zorunluluğundan başka bazı şekil koşullarını da öngörmek suretiyle iş güvencesinin kapsamını genişletmiştir. Buna göre fesih bildirimi yazılı olmalı, fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmiş olmalı, işçinin davranışlarına veya yetersizliğine dayanılacaksa fesihden önce savunmasının istenmesi gerekir(m.19).

4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesinde işverenin bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu öngörülmüştür. Bir görüşe göre maddede öngörülen yazılı şekil koşulu geçerlilik şartıdır. Fesih bildirimi yazılı yapılmamış veya fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse geçersiz sayılmalıdır²⁰⁵.

4857 sayılı Kanun’a göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapsa da her hangi bir sebebe dayandırmadığı fesih işlemi, salt bu nedenle geçersiz sayılacaktır. “Görülen lüzum üzerine” gibi genel ve soyut ifadeler kullanılarak yapılan fesihler de geçerli sayılamaz. Fesih nedeni somut olarak açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir. Fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde belirtilmemiş olması bildirimde fesih nedenin gösterilmediği sonucunu doğurur. İş güvencesi uygulanacak işyerlerinde gerekli şartlara sahip işçiler işveren tarafından geçerli bir neden bulunmadıkça ihbar öneli tanınmak suretiyle de olsa işten çıkarılamaz²⁰⁶.

Fesih bildiriminde fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi zorunluluğu işverenin bildirdiği nedene bağlı olmasından dolayı işçi yönünden bir güvencedir. İşveren bildirimde belirtmek zorunda olduğu fesih nedenine bağlı kalacak ve fe-

²⁰⁵ SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 16.Baskı, Konya 2011, s. 99.

²⁰⁶ GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara-2004,s.125

sih nedenini değiştiremeyecektir²⁰⁷. Bu zorunluluk sadece iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından geçerlidir. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçinin iş sözleşmesinin fesih bildiriminde fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi zorunlu değildir. Ancak, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler yönünden, işveren fesih bildiriminde bir sebep belirtmiş ise bildirdiği fesih nedenine bağlı olacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini fesih konusunda işçinin davranışı ve verimi ile ilgili nedenler bulunduğu işveren işçinin bu iddialara karşı savunmasını almak zorundadır (İş K. m.19/II). İşçiye savunmasını vermesi için uygun bir süre verilmelidir. Kendisine tanınan süre içinde savunmasını vermeyen işçinin savunma hakkından vazgeçtiği kabul edilmelidir²⁰⁸. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartları gerçekleşmiş, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecek ise, işçiden savunma alması 19/2 ve 25/son uyarınca zorunlu değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin davranışlarına dayanan fesihlerde fesih hakkının ne zaman kullanılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Fesih nedeni mevcudiyetini devam ettirmekte ise süre bakımından bir sorun yoktur. Yargıtay işçinin davranışlarına dayanan fesih hakkının makul bir süre içinde kullanılması gerektiğini kabul etmektedir²⁰⁹.

2. Geçerli Nedenler

4857 sayılı İş Kanunun 18.maddesinde "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır..." şeklindeki kural ile fesih bildiriminde gösterilmesi zorunlu geçerli nedenler ana başlıkları itibariyle gösterilmiş bulunmaktadır²¹⁰. Buna göre geçerli neden kavramı; İş K.m.25 anlamında olmayan, iş sözleşmesinin fesih bildirimini geçerli kılan nedenlerdir²¹¹. Madde gerekçesinde başlıkları itibariyle belirtilen geçerli nedenlerin öğretinin katkıları ve yargı kararları ile zaman içinde belirginleşeceği belirtilmiştir.

Geçerli sebepler İş Kanununun 25. maddesinde belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine imkân vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuç olarak iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek durumlarda, feshin

²⁰⁷ SÜMER, s. 100.

²⁰⁸ SÜMER, s. 100.

²⁰⁹ Yarg. 9.HD. 12.09.2005, 24429-29361 sayılı kararı: "... 4857 Sayılı Kanun'un 26. maddesinde düzenlenen 6 iş günlük hak düşürücü süre aynı yasanın 25. maddesinde ki koşulların bulunması halinde uygulanacak olup, Yasanın 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen geçerli fesih hallerinde uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. "Geçerli fesih nedeni" bulunması halinde işverenin eylemi öğrendikten sonra makul süre içinde fesih hakkını kullanmış olması yeterlidir..."; Aynı yönde Yarg. 9.HD. 03.06.2007, 2006/35058 - 2007/5956.

²¹⁰ Maddede "işçinin yeterliliği" şeklinde geçen ibarenin "işçinin yetersizliği" anlamında kullanılması gerekir(EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s. 167).

²¹¹ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 3.Bası, Kasım 2003, İstanbul, s. 195.

geçerli sebeplere dayandığının kabulü gerekecektir²¹². Öğretide, geçerli neden; iş sözleşmesine hemen son vermeyi gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte işçinin iş görme borcu üzerinde ciddi bir olumsuz etki doğurarak gerektiği şekilde ifasına olanak vermeyen neden olarak tanımlandığı²¹³ gibi, işletmeye, işyerine zarar vermeksizin iş ilişkisinin devamını olanaklı kılmayacak ağırlıkta bir neden²¹⁴ olarak da tanımlanmıştır.

İş Kanunun 18.maddesinin gerekçesinde işverenin feshe son çare olarak bakması gerektiği ifade edilmiştir. Şayet feshe son çare olarak bakılmamışsa fesih geçerli nedene dayanmış sayılmayacaktır. İş güvencesi hükümlerine göre işverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken öncelikle fesihle elde edilmek istenen sonuca daha hafif önlemlerle ulaşması mümkün ise sözleşmeyi feshedememesi ilke olarak kabul edilmektedir²¹⁵. Bu nedenle Geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken işveren sürekli olarak fesihden kaçınma imkânını olup olmadığı araştırılmalıdır²¹⁶.

Kanunda geçersiz nedenler örneklendirilmiştir. Buna göre özellikle geçerli sebep oluşturmayacak hususlar şunlardır;

- Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,
- İşyeri sendika temsilciliği yapmak,
- Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idarî veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak,
- Irk, renk, cinsiyet, medenî hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler,
- 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,
- Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

Bunlar örnek olarak gösterilmiş olup benzer nedenler de iş güvencesi yönünden geçerli bir fesih nedenini oluşturmayabilecektir.

Geçerli nedenlerden olan işçinin yeterliliği veya davranışları, işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kay-

²¹² Yarg.9.HD. 09.12.2004 gün ve 10604-27177 sayılı kararı: "... Davacının iş sözleşmesi verilen görevi yapmaması nedeniyle işverence 4857 Sayılı İş Kanununun 25/2-h maddesi uyarınca feshedilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunun 25/2-h maddesinde işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi koşulu olayda gerçekleşmemiştir. Bu durumda mahkemenin kabulünde olduğu gibi verilen görevi bir defa yapmamak çalışma düzenini bozan işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle mahkemenin işe iadeye ilişkin kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve 4857 Sayılı Kanunun 20/3 maddesi uyarınca davanın reddine karar vermek gerekmektedir".

²¹³ ULUCAN, s.25, ÇELİK, İş Hukuku, s.201

²¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.574

²¹⁵ ÇELİK, İş Güvencesi, s.28

²¹⁶ Yarg.9.HD. 29.12.2003, 2003/23204-22988 sayılı kararı: "...Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, fesih işletmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmuş aksine işçi istihdamından kaynaklanmayan gider artırıcı uygulamalara neden olmuştur..."

naklanan sebepler ise işyeri ile ilgilidir.

Sık sık hastalanma, uzun süreli rapor kullanma, işyerinde gelişen teknolojiye paralel olarak işçilere verilen eğitim ve yeni yöntemler konusundaki bilgilendirmelere katıldığı halde öğrenme ve yetiştirmede yetersiz kalma, çalışma ortamına ve mesleğe uyumsuzluk geçerli fesih nedenleridir²¹⁷.

Belirli bir yaş sınırına gelmiş olma ve/veya yaşlılık aylığına hak kazanmış bulunma tek başına geçerli fesih nedeni değildir. İşçinin belirli bir yaşa gelmiş olması iş görme borcunu gerektiği biçimde ifa edememesi ve özellikle aynı ve daha ileri yaştakilere nazaran iş görmede yetersiz kalması, yoğun çalışamaması, gücünde azalma meydana gelmesi halinde fesih için geçerli neden teşkil edebilecektir²¹⁸.

İşçinin bilinen niteliklerinden beklenenden daha düşük performans göstermesi de geçerli fesih nedenidir. Ancak, performans değerlendirmesinin hangi ölçütlere göre yapıldığı önem arz etmektedir. Her şeyden önce objektif kriterlerin dikkate alınması ve değerlendirmenin “açıklık-şeffaflık” ilkesi doğrultusunda işçiye performansının düşük olduğu bildirilerek ve görüşü alınarak ve ancak bir düzelme olmadığında performans düşüklüğüne dayanılmak suretiyle geçerli nedenle fesih yoluna başvurulabilmelidir²¹⁹.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih nedenleri işletme içi ve dışı nedenler olarak ikiye ayrılmaktadır. İşletme içi nedenler; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler işletme ve işyeri içi sebeplere örnek olarak gösterilebilir²²⁰.

İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmeye ilişkin kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmeye yönelik kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır”(ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür²²¹.

²¹⁷ EKONOMİ, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi Ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, C.17, S. 2, Özel Ek. s.9

²¹⁸ EKONOMİ, s.9

²¹⁹ EKONOMİ, s.8

²²⁰ 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18.madde Gerekçesi

²²¹ Yarg. 9.HD. 20.12.2004, 14475-/28303 sayılı kararı: “...4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür...”

3. Fesih Bildirimine İtiraz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. Maddesine göre iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşırırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülebilir.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdım tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelele ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş-günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

III. YAŞLILIK AYLIĞINA HAK KAZANMANIN İŞ GÜVEN-CESİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİLERİ

A.Geçerli Neden Bakımından

1.Yaşlılık Aylığına Hak Kazananların İşten Çıkarılmasına Yönelik İşletme Politikasının Oluşturulması

Yaşlılık aylığı almaya hak etmiş işçiler sabit ve sürekli bir gelire sahip olduklarından, diğer işçilere nazaran daha az korunma ihtiyacı gösterirler. Yaşlılık aylığı tam olarak yeterli olmasa bile işçinin ve ailesinin geçimi için önemli bir kaynaktır²²².

166 Sayılı Tavsiye Kararında da ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzeri nedenlerle işten çıkarılan işçilerin son vermeden önce eğitim, yeni bir işe yerleştirme veya işyerinde başka bir işe yerleştirme olanaklarının araştırılması, çalışma süre-

²²² GÜZEL, Ali: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, S. 16, s. 1299.

lerinin kısaltılması yolu ile iş imkânlarının ortaya çıkarılması, istek üzerine erken emeklilik gibi yolların araştırılması, çıkarılan işçinin öncelikle işe alınması gibi kurallar benimsenmiştir (166 s.Tavsiye K. m. 21, 22, 23, 24). Buna göre salt emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli neden değildir²²³. Ancak yine Tavsiye Kararına göre bu genel kuralın istisnası, bir ülkenin iç mevzuatının veya ülke uygulamasının emekliliğe hak kazanmayı fesih nedeni olarak öngörebilmesidir.

166 sayılı Tavsiye Kararına göre fesihden önce istek üzerine erken emeklilik gibi bir yolun araştırılması da başvurulacak yollar arasında sayılmakla, emekliliğe hak kazanma feshin son çare olması ilkesi kapsamında başvurulacak bir yol kabul olarak edilmiştir.

Diğer yandan, iş ve meslek ilişkilerinde eşit davranılmasına ilişkin 2000/78 sayılı AB Yönergesi yaş nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamıştır.

İşveren, girişim özgürlüğü kapsamında emekliliğe hak kazanan işçilerin çalıştırılmayacağına, bu özellikleri taşıyan işçilerin işten çıkarılacağına dair kararlar alabilir. Gerçekten, işveren kendi işletmesiyle ilgili tüm kararlarının amaç ve kapsamını özgürce belirleyebilmelidir. İşverenin emekliliğe hak kazanan işçilerin çalıştırılmayacağına, iş sözleşmelerinin feshedileceğine dair kararını işletme politikası biçiminde personel yönetmeliği ile ortaya koyması mümkündür. Bu tür hükümleri içeren yönetmeliğin yürürlüğü sırasında işe giren bir işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle işveren tarafından feshi, kural olarak, geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir. Çünkü iş güvencesinin amacı işçinin her ne pahasına olursa olsun feshe karşı korunması değil, sadece keyfi fesihlere karşı korunmasıdır²²⁴. Ancak, işverenin kararı kanunlara, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmelerine ve işyerinde görülen işin niteliklerine uygun olmalı, ayrıca karar genel ve objektif olarak uygulanmalıdır. Ayrıca bu halde işyerinde bir işgücü fazlalığının olması şart değildir. Bir görüşe göre personel yönetmeliği veya toplu iş sözleşmesinde yer alsa bile emekliliğe hak kazanmanın tek başına geçerli neden teşkil etmez; öncelikle işçi sayısının azaltılmasını gerektirecek bir nedenin bulunması gerekir. Bu görüşe göre emekliliğin personel yönetmeliğinde yer alması işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bir kriter oluşturması bakımından önem arz eder²²⁵.

4857 sayılı kanunda tek başına emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli neden olarak kabul edilmemiştir. Kanun'un 18.maddesinin gerekçesinde işletme gerekleri ile birlikte emekliliğe hak kazanmanın geçerli fesih nedeni olduğu belirtilmiştir. Buna göre işletme gerekleri emekliliğe hak kazanan işçinin işten çıkarılmasını gerektiriyorsa geçerli nedenin varlığından söz edilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağı yönünde yönetmelik hükmü ile ortaya konulan istihdam politikası işletme gerekleri olarak değerlendirilebilir.

İşçinin işe girdiği sırada yönetmelikte emekliliğe hak kazanmanın fesih nedeni yapılacağına dair hüküm yer almadığı halde sonradan yönetmeliğe bu tür bir hükmün eklenmesi veya yönetmelik hükmünün bu yönde değiştirilmesi halinde çalışma koşullarının işçi aleyhine esaslı tarzda değişikliğinden söz edilebilir. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca işçiden yazılı muvafaka-

²²³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 171.

²²⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 160.

²²⁵ BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 158-159.

tinin alınması gerekir.

Toplu iş sözleşmesine bu yöndeki bir hükmün geçerliliği tartışılabilir. Personel yönetmeliğinde emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağına dair bir düzenleme bulunmadığı halde toplu iş sözleşmesinde bu tür bir hükme yer verilmesi, işçinin “çalışma hakkı” yönünden ele alınması gereken bir konudur. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi kanuna aykırı olamaz. Diğer yandan üyelerinin ekonomik hak ve menfaatlerini koruma amacı ile kurulan sendikaların böyle bir konuda yetkisinin bulunup bulunmadığı da tartışmaya açık bir konudur.

Bir görüşe göre İşK.m.18/1’de yer alan fesih nedenleri emredici nitelikte olduğundan, geçerli fesih nedenlerinin işçi aleyhine işyeri iç yönetmelikleri hatta toplu iş sözleşmeleri değiştirilmesi mümkün değildir²²⁶.

Emekliliğe hak kazanmanın fesih nedeni olduğu kanun tarafından öngörül-müşse bu nedenle yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir²²⁷.

Yargıtay’a göre salt emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli bir neden olmamakla²²⁸ birlikte, emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağına dair personel yönetmeliği veya iç yönetmelik hükmü genel ve objektif uygulanmak kaydıyla geçerlidir²²⁹. Yargıtay bölge müdürü gibi üst düzey yöneticilerin bu uygulamanın

²²⁶ AKI, s. 9.

²²⁷ Yarg. 9.HD. 30.03.2009, 2008/17001-2009/8698 sayılı kararı: “...Davacı işçi iş sözleşmesini imzalar-ken, geçici iş pozisyonunda ve 5620 sayılı yasanın geçici 1. maddesi kapsamında çalışmayı kabul etmiştir. Fesih tarihinde davacı işçi emekliliğe hak kazandığına ve geçici 1. maddenin 3. maddesi işverene bu durumda fesih hakkı verdiğine göre, yasal nedene dayanan feshin geçersizliğine karar verilmemesi gerekir. Zira işveren yasalda düzenlenen bir fesih hakkını kullanmaktadır; Aynı Dairenin 04.03.2008, 2007/26106-2007/3438 sayılı kararı: “...davacının başlangıçta statü hukuku kapsamında ve 5434 sayılı Emekli Sandığı hükümlerine tabi olarak davalı işyerinde çalışmaya başladığı, 2004 yılında iş sözleşmesi imzalandığı, ancak davacının sosyal güvenlik bakımından Emekli Sandığı Kanununa tabi olmaya devam ettiği, teknisyen yardımcısı olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu yasanın 40. maddesi uyarınca 55 yaş haddini doldurması nedeni ile resen emekli edilmek sureti ile feshedildiği, anılan yasanın 40. maddesinde “Posta, telgraf ve telefon hat başbakıcı ve başdağıtıcıları ile hat bakıcıları ve dağıtıcıları” için 55 yaşın yaş haddi sınırı olarak düzenlendiği ve davacının da 02.02.2006 tarihinde 55 yaşını doldurduğu, emekliliğe hak kazandığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, işveren sosyal güvenlik bakımından davacı işçinin tabi olduğu 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesi uyarınca hareket etmiş ve 55 yaşını dolduran, emekliliğe hak kazanan davacı işçinin iş sözleşmesinin anılan hüküm doğrultusunda feshetmiştir. Davalı işveren burada, doğrudan uygulanma kabiliyeti olan kanunun hükmünü uygulamıştır. İşverenin fesih işlemi, doğrudan bir yasa hükmüne dayandığından ve bu yasa hükmü somut uyuşmazlıkta doğru uygulandığından, bu işlemin 4857 sayılı yasa kapsamında geçersizlik denetimine tabi tutulması olanağı bulunmamaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.”

²²⁸ Yarg. 9.HD. 11.04.2005, 9752-12858 sayılı kararı “...salt emeklilik fesih için yeterli değildir...”

²²⁹ Yarg. 9.HD. 24.4.2007, 4494-12285 sayılı kararı: “... Davalı şirket Personel Yönetmeliğinin 68.maddesi- nin birinci fıkrasında “şirket personelinin görevleri ile ilgilirinin kesilmesini gerektiren yaş haddi 60 yaşlarını doldurdukları tarihtir. Ancak, Sosyal Sigortalar Mevzuatına göre emeklilik hakkını kazanmış olanlar 60 yaş kaydına tabi tutulmaksızın kanuni hakları olan tüm paralı haklarının aynen verilmesi suretiyle şirketle ilgileri kesilebilir...” kuralı yer almaktadır. Davacının iş sözleşmesi emekliliğe hak kazandığı için Personel Yönetmeliğinin 68.maddesi uyarınca feshedilmiştir. Dairemiz uygulamasına göre işyerinde usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş personel yönetmeliğinde emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirileceği düzenlenmiş ise ve ayrıca verimsizlik aranacağı konusunda bir kural konulmamışsa böyle bir düzenlemeye istisnasız ve objektif olarak uyan işveren bu hükme dayalı feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmektedir. Dava konusu işyerinde anılan yönetmelik hükmünün genel ve objektif olarak uygulanıp uygulanmadığı araştırılmadan salt emekliliğe hak kazanmış olmanın fesih için geçerli neden olamayacağı gerekçesi ile davacının işe iadesine karar verilmiş olması hatalıdır. İşyeri ve SSK kayıtları üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi yapılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir”; Yarg. 9.HD. 19.01.2004, 2003/22196 - 2004/261 sayılı kararı: “... Dosya içeriğine göre davacının iş

kapsamı dışında tutulması halinde uygulamanın genel ve objektifliğinin etkilenmeyeceğine karar vermiştir²³⁰. Yine Yargıtay bir başka kararında da emekliliğe hak kazanan işyeri sendika temsilcisinin işten çıkarılmamış olmasını genel ve objektif uygulamaya aykırı bulmamıştır²³¹.

“Genel”lik, emekliliğe hak kazananların işten çıkarılacağına ilişkin uygulamanın tüm işçileri kapsamına almasıdır. İşletmede veya işyerinde çalışan işçilerin bir kısmına yapılan uygulamanın “genel”liğinden söz edilemez²³². Ancak, emekliliğe hak kazananların sayısı işten çıkarılması gerekenlerin sayısından fazla ise emekliliğe hak kazananların tamamının işten çıkarılmamış olması genel uygulamanın varlığını bertaraf etmemelidir. Aksi halde işten çıkarılması gerekmeyenler de “genel uygulama” ilkesi uğruna işten çıkarılmış olurlar. Bu noktada önemli olan, işverenin işten çıkarılması gereken işçileri emekliliğe hak kazananlar arasından karşılayıp karşılamadığıdır. Örneğin, işyerinde emekliliğe hak kazananların sayısı 10, işten çıkarılması gerekenlerin sayısı ise 7 kişi olduğunda, işten çıkarılacak işçilerin tamamı emekliliğe hak kazananlardan seçilmelidir. Bu durumda emekliliğe hak kazanan 3 işçinin işten çıkarılmayacak olması uygulamanın genel niteliğini ortadan kaldırmaz. Emekliliğe hak kazananların sayısının fazla olması halinde işten çıkarılacak işçinin seçiminde işvereni bağlayıcı bir sözleşme hükmü yoksa işveren

sözleşmesinin 7200 prim ödeme gününü doldurmuş olması ve emekliliğe hak kazanması nedeniyle Personel Yönetmeliğinin 11.2.e maddesi uyarınca feshedildiği sabittir. Ancak aynı maddede “performans durumları göz önünde tutularak devamında yarar görülenlerin hizmet akitleri devam ettirilir” hükmüne de yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu yönetmelik 4857 Sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce çıkarılmıştır. 4857 Sayılı İş Kanununda ve gerekçesinde salt emekliliği kazanma feshi için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren feshi için işletmenin veya işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden de belirtmemiştir. Feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi yerinde bulunmuştur”.

²³⁰ Yarg. 9.HD. 16.06.2008, 18717-16037 sayılı kararı: “...Dairemiz uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Somut olayda Bölge Müdürleri ve daha üst düzey yöneticilerden emekliliğe hak kazanıp da halen çalışmakta olan personel bulunduğu ileri sürülmüş ise de, Bölge Müdürü ve daha üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulması işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanmalıdır. Başka bir anlatımla üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini bertaraf edemez. Bu nedenle davalı işverenin Personel Yönetmeliği ve Toplu İş Sözleşmesinde yer alan hükmü üst düzey yöneticiler dışında kalan tüm personel için objektif ve genel uygulayıp uygulamadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının kabulü gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”

²³¹ Yarg. 9. HD. 11.09.2008, 25324-23401 sayılı kararı: “...Davalı işveren ekonomik nedenlerle küçülme kararı almış ve istihdam fazlalığı işçilerin iş sözleşmesini feshetmiştir. İstihdam fazlalığı kanıtlanmıştır. İstihdam fazlalığında emekliliğe hak kazananların seçilmesi objektif bir kriterdir. Emekliliğe hak kazanan, ancak işyeri sendika temsilcisi olarak çalışan iki işçinin çıkarılmaması, bu kriteri ortadan kaldırmaz. Yeni işçi alımı bulunmamaktadır. Davalı işveren işletme kararını tutarlı şekilde uygulamıştır. Davalı işverenin bu kararda keyfi davrandığı iddia edilmemiştir. Bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının iş sözleşmesinin işyerinin ve işin gereklerine dayanan nedenlerle feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”

²³² Yarg. 9. HD. 28.04.2008, 14183-10673 sayılı kararı: “...işçi fazlalığının giderilmesinde emekliliğe hak kazananların seçilmesi objektif ve genel bir uygulama halinde geçerli sebep olarak kabul edilebilir. Başka bir anlatımla emekliliğe hak kazanmış işçilerin işten çıkarılmasına ilişkin objektif ve genel uygulama işletme bazında gerçekleştirilmelidir. Üst düzey yöneticileri haricinde tüm personeli kapsayacak şekilde istisnasız bir uygulama yapılması gerekir...”

mutlak ayırım yasağı dışında serbesttir.

Burada sözü edilen emekliliğe hak kazanma ile yazılı başvuru ve işten ayrılma hariç, emekli olmak için kanunun aradığı tüm şartlara sahip işçi kastedilmektedir. Yaşlılık aylığı almakta iken sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışmaya devam edenlerin aynı kategoride düşünülmesi gerektiği söz götürmez. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesinin birinci fıkrasına 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun ile eklenen 5.bende göre 506 sayılı Kanun'un 60.maddesinde öngörülen yaş koşulu hariç, 60 ve geçici 81.maddelerinde belirtilen prim ödeme gün sayısını ve sigortalılık süresini tamamlamış işçiler bu kapsamda değerlendirilmemelidir²³³.

Konuya ülkemizin koşulları nedeniyle farklı bir açıdan bakılmasında yarar vardır. Genç bir nüfusa sahip olma, 40'li yaşlarda emekliliğe hak kazanabilme ve yaşlılık sigortasının sağladığı yardımların eksikliği (yaşlılık aylığının düşük olması v.b.) gibi koşulların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle işletme gereklerine de dayansa salt emekliliğe hak kazanma geçerli fesih nedeni kabul edilmemeli; emekliliğe hak kazanma ile birlikte erkekler için en az 55, kadınlar için en az 50 yaş sınırı aranmalıdır. Böylece genç yaşta emekliliğe hak kazananlardan dolayı Kurumun aktüer dengesi bozulmayacak; bu nedenle iş sözleşmesi feshedilenler yeniden iş arayışına girişmeyecek, işsiz gençlere yeni iş alanlarının açılmasını sağlanacaktır. Kuşkusuz bu görüş 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayanlar yönünden geçerlidir. Öğretide de ülkemizde geçici dönem için farklı emeklilik yaşı olduğu dikkate alınarak, bunlara göre ve aylık kazanabilme şartına uyum sağlayacak bir yaş, örneğin 57, 58 ve 60 civarı bir yaştan esas alınabileceği ileri sürülmüştür²³⁴.

Yönetmelikte emekliliğe hak kazanmanın yanında ayrıca belli bir yaş sınırı öngörülmüş ise, işçinin sadece emekliliğe hak kazanmış olması geçerli fesih nedeni olmaz, ayrıca öngörülen yaş koşulunun da gerçekleşmesi gerekecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında personel yönetmeliğinde yer alan hükümde emekliliğe hak kazanmanın yanında yaş şartının da öngörüldüğünü, davacının fesih tarihi itibarıyla emekliliğe hak kazanmakla birlikte öngörülen yaş koşulunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle işçinin işe iadesine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir²³⁵.

Emekliliğe hak kazanma ile birlikte öngörülen yaş sınırı üst düzey çalışanlar bakımından farklı şekilde düzenlenebileceği gibi, haklı nedenlerin bulunması halinde (deneyim ve bilgi birikiminden yararlanılacak işçi bakımından) feshin belli bir süre geciktirilebileceğine dair hükümlere de yer verilebilir²³⁶.

2. Yaşlılık Aylığına Hak Kazanmanın Yetersizlikten Kaynaklanan Geçerli Neden Olarak İleri Sürülmesi

Yaşlanma, işçinin çalışma gücünü olumsuz yönde etkileyerek performansını

²³³ AKİ, s. 13.

²³⁴ EKONOMİ, Münir: "Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi", LEGAL YKİ, 2006/2, s. 138.

²³⁵ Yarg. 9.HD. 11.04.2005, 9752-12858 sayılı kararı: "... Keza salt emeklilik fesih için yeterli değildir. 4857 sayılı İş Kanunundan önce imzalanan TİS'in 55 yaşında olan ve emekliliği gelenlerin iş sözleşmesinin feshedileceği kuralının, davacının fesih tarihinde 52 yaşında olması nedeni ile uygulanması olanağı yoktur...".

²³⁶ EKONOMİ, Emekliliğe Hak Kazanma, s. 138

düşürebilir. Belirtmek gerekir ki, salt emekliliğe hak kazanmış olmak performansın düşüklüğünü göstermez. Gerçekten, mevcut sosyal güvenlik mevzuatımıza göre örneğin, 45 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanmak mümkün olduğundan, salt emekliliğe hak kazanmak performans düşüklüğü anlamına gelmemelidir. İşçinin emekliliğe hak kazanacak yaşa gelmiş olması aynı zamanda verim düşüklüğüne yol açmışsa, iş sözleşmesi emekliliğe hak kazanmaktan dolayı değil “yetersizlik” nedeniyle feshedilebilecektir²³⁷.

Bu nedenle işçinin emekliliğe hak kazandığının ortaya konulması yetmez, ayrıca emekliliğe hak kazanmanın performansını olumsuz etkilediğinin kanıtlanması gerekecektir²³⁸.

Öğretide işletmede yeniden yapılanmanın çok boyutlu, teknolojik değişikliğe giden ve eğitim düzeyi yüksek olan personele ihtiyaç duyulması ve böylece personel profilinin değiştirilmek istenmesi durumunda, bunlara nitelikleri uymayan ve alınacak tedbirlerle dahi noksanlıkların giderilemeyeceğinin anlaşılması halinde onların iş ilişkilerine devam edilmesinin işverenden beklenemeyeceği ileri sürülmüştür²³⁹. Bir görüşe göre teknolojik değişiklik nedeniyle kadro gençleştirilmesi her zaman gerekmez; özellikle feshin son çare olması kapsamında belli bir yaşa gelmiş işçilerin verilecek kısa süreli ve fazla masraf gerektirmeyen bir mesleki eğitim sonucunda yeni teknolojiyi kullanabilecek niteliği kazanıp kazanamayacağı tartışılmalıdır²⁴⁰.

3. Seçim Kriteri Olarak Emekliliğe Hak Kazanma

4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra özellikle iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında, işverenin işten çıkaracağı işçinin seçiminde uyum zorunda olduğu bir kriter olup olmadığı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmıştır. İşverenin mutlak ayırmacılık yasalarına uyma yükümlülüğü konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte sosyal seçim kriterlerinin dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalara yol açmıştır.

Sosyal seçim, iş sözleşmesinin işletmesel nedenlerle feshi halinde, sosyal açıdan zayıf olan tarafın korunması amacıyla, işten çıkarılacak işçilerin belirli kriterlere göre seçilmesidir²⁴¹. İş Hukuku mevzuatımızda işverenin toplu işçi çıkarırken göz önünde bulundurmak zorunda olduğu sosyal seçim kriterleri öngörülmemiş değildir. Bu nedenle işverenin sosyal seçim ölçütlerini göz önünde bulundurma yükümlülüğünden söz edilemez²⁴². Bununla birlikte işveren, bir kısmının işçinin işten çıkarıl-

²³⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.171.

²³⁸ AKI, s. 9,10.

²³⁹ EKONOMİ, Emekliliğe Hak Kazanma, s. 139; ALP, Mustafa: “Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep midir?”, LEGAL YKİ, 2006/2, s. 157.

²⁴⁰ BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 157-158.

²⁴¹ ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü mevcut Mudur?, MESS Sicil, 2006/4, s.95-97.

²⁴² Yarg. 9.HD. 30.10.2007, 19014-32041 sayılı kararı: “...somut olayda personel fazlalığını gidermeye yönelik olarak işçi çıkarmada işvereni bağlayan her hangi bir sosyal seçim ilkesi öngörülmediği gibi, davalı işverenin diğer işyerlerinde de iş gücü fazlalığı personeli çıkarma yoluna gittiği, bu nedenle diğer işyerlerinde çalışma olanağı bulunmadığı kabul edilmelidir. Dava konusu olayda işçi çıkarılmasını gerektiren ekonomik neden ve işletmesel bir karar mevcut olduğuna göre üzerinde

ması gereken hallerde işten çıkarılacak işçiyi belirlerken hukuken kabul edilebilir ölçütlerden bir veya birkaçını dikkate alabilir. Bu durumda yargısal denetim işverence göz önüne alındığı belirtilen ölçütlerin genel ve objektif olarak uygulanıp uygulanmadığı yönünde olmalıdır.

Yargıtay, daha önce verdiği kararlarında "...işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla, sosyal seçimin hangi ölçülere dayandığı saptanmalıdır" şeklinde sosyal seçim kriterlerinin göz önünde bulundurulması zorunluluğuna işaret etmekteydi²⁴³. Yargıtay'ın bu kararları öğretide bir kısım yazarlarca isabetli bulunurken²⁴⁴, diğer bir kısım yazarlarca sosyal seçim kriterlerinin göz önünde bulundurulması zorunluluğunu öngören kanuni düzenleme bulunmadığı, hukuki güven ve açıklık esasları ile bağdaşmadığı, kriterler arasında önceliğin belirlenemediği gibi gerekçelerle eleştirilmiştir²⁴⁵. Yargıtay daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş; işten çıkarılacak işçinin seçiminde objektif kriterlerin esas alınması gerektiğine karar vermiş²⁴⁶ ise de, son yıllardaki kararlarında işten çıkarılacak işçinin seçiminde mutlak ayırmacılık yasakları haricinde işverenin serbest olduğunu, bu yönde sözleşme hükmü veya işverenin tek taraflı bir kararının varlığı halinde öncelikle göz önünde bulundurulduğu ileri sürülen kriterin hukuken kabul edilebilir olup olmadığına bakılacağını, daha sonra bu kriterin genel ve objektif

durulması gereken husus; fesihten önce ve sonra işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunup bulunmadığıdır...".

²⁴³ Yarg. 9.HD. 15.05.2006, 10807-13509 sayılı kararı: "...çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır...".

²⁴⁴ GÜZEL, Ali: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, S. 16, s. 1278.

²⁴⁵ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 4.Baskı, s. 544-545; ÇELİK, Nuri: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, MESS SİCİL, 2006/4, s.6-7; ALPAGUT, s. 105.

²⁴⁶ Yarg. 9. HD. 11.12.2006, 24963-32630 sayılı kararı: "...İşgücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate alınmış ise, ölçütün hukuken korunabilir olması, objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir. Bu durumda, işverence başka kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmesi doğru olmaz..."; Yarg. 9.HD. 22.01.2007, 2006/37504-2007/86 sayılı kararı: "...işyerinden kaynaklanan sipariş azalmasının işçi çıkarılmasını zorunlu kıldığı anlaşıldığı takdirde, çıkarılan işçilerin seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir..." ve aynı Dairenin 19.03.2007, 2006/37022-2007/7447 sayılı kararı: "...istihdam fazlalığı nedeniyle işten çıkarılanların ve dolayısıyla davacının objektif kriterlere göre çıkarılıp çıkarılmadığı dosyadan anlaşılamamaktadır. Bu nedenle, gerekirse işyerinde keşif yapılarak, fesih tarihi itibarıyla istihdam fazlalığı doğuran bir ekonomik neden bulunup bulunmadığı, bir mali müşavir, bir hukukçu ve bir işletme uzmanı olmak üzere üç kişiden oluşan bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır. Şayet ekonomik nedenlere bağlı olarak işgücü ihtiyacında azalma meydana gelmiş ise; iş sözleşmesi feshedilen davacının seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı, davalı işverene ait başka işyerinde yada aynı işyerinin diğer bölümlerinde değerlendirme olanağı olup olmadığı, bu kapsamda feshin son çare olması ilkesinin uygulanıp uygulanmadığı belirlenerek, sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır...".

olarak uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁴⁷.

Yargıtay emekliliğe hak kazanmanın sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebileceğine, ancak geçerli bir fesih nedenini oluşturması bakımından söz konusu kriterin genel ve objektif olarak uygulanması gerektiğine karar vermiştir²⁴⁸. Emekliliğe hak kazananların sayısı işten çıkarılması gerekenlerin sayısından fazla ise emekliliğe hak kazananların arasından işten çıkarılacak işçinin seçiminde mutlak ayrımcılık yasakları dışında işverenin serbest olması gerektiği söylenebilir.

Emekliliğe hak kazanmanın seçim kriteri olarak göz önünde bulundurulduğu durumlarda öncelikle iş gücü fazlalığının oluşup oluşmadığı belirlenmeli, iş gücü fazlalığı oluşmuşsa seçim kriteri ile ilgili inceleme yapılmalıdır²⁴⁹.

İşçinin belli bir yaşa gelmesi nedeniyle performans düşüklüğü göstermesi durumunda iş sözleşmesinin feshi mümkün ise de, işçinin emekliliğe hak kazanmasına kısa bir süre kalmışsa fesih hakkının bu halde kullanması gözetme borcuna ve dürlük kurallarına aykırı düşebilir²⁵⁰.

²⁴⁷ Yarg. 9.HD. 12.03.2007, 2006/35803-2007/6301 sayılı kararı: "...Personel fazlalığını gidermede "emekliliğe hak kazanma" olgusu objektif bir kriter olup, genel bir uygulamaya tabi tutulduğunda fesih için geçerli neden olarak kabul edilmelidir..."

²⁴⁸ Yarg. 9.HD. 18.12.2006, 26214-33181 sayılı kararı: "...Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği, "iş gücü fazlalığının giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de, uygulamanın genel ve objektif bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir. Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki emeklilik ile ilgili düzenlemenin genel olarak uygulanıp uygulanmadığı anlaşılamamaktadır. Davalı işverenin yaş ile ilgili düzenlemeyi genel olarak işyerinde objektif bir şekilde tüm işçilere uyguladığı takdirde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Aksi halde ise, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmelidir..."

²⁴⁹ Yarg. 9.HD. 29.01.2007, 2006/29977-2007/1218 sayılı kararı: "... Özelleştirme kapsamında bulunan davalı şirketin işyerlerinin önemli bir kısmı özelleştirilmiş, bir kısmının da faaliyetine son verilmiştir. Özelleştirilen ve faaliyetine son verilen işyerlerindeki personel şirketin kalan işyerlerine dağıtılmış olup, bunun ek bir kulfet ve personel fazlalığı doğuracağı açıktır. Davalı işveren, emekliliğe hak kazananları işten çıkarmak suretiyle personel fazlalığını gidermeye çalışmıştır. Personel fazlalığını gidermede "emekliliğe hak kazanma" olgusu objektif bir kriter olup, genel bir uygulamaya tabi tutulduğunda fesih için geçerli neden olarak kabul edilmelidir. İşten çıkarılan personelin yerine yeni işçi alındığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Mevcut olgulara göre fesih geçerli nedene dayandığından davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekir..." (UYAP: Aynı Dairenin 20.10.2008, 31827-27727 sayılı kararı: "...Dairemizce işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve uygulamanın objektif ve genel olarak yapılması fesih için geçerli neden kabul edilmektedir. Somut olayda Özelleştirme Yüksek Kurulunun 20.3.2006 ve 21 sayılı kararı ile dava konusu şirkete bağlı 42 ilin Pazarlama ve Dağıtım Baş Müdürlükleri ile 42 Yaprak Tütün İşletme Müdürlükleri, atölyeleri ve alım noktalarının kapatıldığı, birçok işyerinin kapatılması nedeni ile ortaya çıkan personel fazlalığının giderilmesinde "emekliliğe hak kazanma" ölçütünün dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan bilirkişi kurulu raporunda işyerinin son yıllarda kâr ettiği ve işçi sayısının artış gösterildiğinden söz edilerek feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak, şirketin ekonomik durumunun "işletme" düzeyinde ele alınması ve fesih için geçerli neden bulunup bulunmadığının buna göre belirlenmesi gerekir. Davalı şirkette yukarıda belirtildiği gibi kapatılan işyerleri nedeni ile istihdam fazlalığı doğduğu açıktır. Öte yandan dava konusu işyerinde işçi sayısında meydana gelen artış yeni işçi alınmasından değil, kapatılan işyerlerinden nakledilen işçilerden kaynaklanmıştır. Dosya içeriğine göre emekliliğe hak kazanan işçilerin ve bu arada davacı işçinin iş sözleşmesinin objektif ve genel bir uygulama sonucu feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile isteğin kabulü hatalı olmuştur..."

²⁵⁰ SÜZEK, Sarper: "İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih", A.Can Tuncay'a Armağan, LEGAL, İstanbul 2005, s. 573.

B. İş Güvencesi Tazminatına Etkisi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesine göre işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı dava sonunda mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdikten sonra, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılmak için işverene başvuran işçiye işveren, bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin davacıyı bir ay içinde işe başlatmaması halinde işçiye 4 ila 8 aylık ücret tutarında bir tazminatın ödenmesine de karar verilir.

Emekliliğe hak kazananların isterlerse emekliye ayrıldıklarında - yaşlılık aylığının yeterli olup olmadığı konusu bir yana - yaşlılık aylığı alabilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, bu durumda olanlarla emekliliğe hak kazanmamış olanlar arasında iş güvencesi tazminatı miktarının belirlenmesi noktasında ayırım yapılmasını gerektiren haklı bir neden bulunmaktadır. Yargıtay da iş sözleşmesi feshedilen işçinin emekliliğe hak kazanmış olduğunu dikkate alarak iş güvencesi tazminatının alt sınırdan belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir²⁵¹.

İşçinin işten çıkarıldıktan sonra emekliye ayrılmış olması, iş güvencesi tazminatını talep etmesine engel değildir.

C. Fesih Bildiriminden Sonra Yaşlılık Aylığı Almanın İş Güvencesi Hükümlerine Etkisi

1. İşe İade Davasına Etkisi

İş sözleşmesi feshedilen işçinin işe iade davasını açmadan önce veya dava devam ederken emekliye ayrılması mümkündür. İşçinin yaşlılık aylığını alması işverence yapılan iş sözleşmesinin feshini ortadan kaldırmaz. Yargıtay daha önce işverence ihbar öneli verilerek yapılan fesihlerde işçinin önel içinde ayrılması halinde sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olacağını kabul etmekte iken, daha sonra bu görüşten ayrılarak önel içinde emekliye ayrılmanın işverenin feshini ortadan kaldırmayacağı yönünde kararlar vermiştir.

Hukukumuzda emekliye ayrılan işçinin çalışmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. İlk defa 5510 sayılı Kanun döneminde çalışmaya başlamış olsa bile işçinin yaşlılık aylığı kesilmek suretiyle çalışması mümkündür. Bu nedenle işe iade davası açan işçinin emekliye ayrıldığı göz önünde bulundurulmadan işverenin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı incelenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

2. Boşta Geçen Süre Ücretine Etkisi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesine göre işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bu-

²⁵¹ Yarg. 9.HD. 05.02.2007, 2006/30102-2007/2006 sayılı kararı: "...Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir. Ancak, işyerinde 30 yılını dolduran ve emekliliğe hak kazananların iş sözleşmesinin feshedilmesi nedenine göre, işe başlatmama tazminatının alt sınır olan 4 aylık ücret yerine, üst sınır olan 8 aylık ücret olarak belirlenmesi hatalı bulunmuştur..." ; Aynı Dairenin 14.07.2008, 2007/42695- 2008/20141 sayılı kararı: "...davacı işçinin emekliliğe hak kazanması karşısında mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın fesih sebebine davacının 4 aylık ücreti oranında belirlenmesinin dosya içeriğine uygun düşecektir..."

lunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. İşçinin süresi içinde yaptığı başvurudan sonra işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır.

Maddenin 3. fıkrasına göre işverence kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçinin çalıştırılmadığı ücrete tabi en çok dört aylık süre içinde yaşlılık aylığı alması halinde ücret ve diğer hakları işverenden talep edip edemeyeceği ya da bu süre için işçiye ücret ve diğer hakları ödenmiş ise Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yaşlılık aylığının iadesinin istenip istenemeyeceği cevaplanması gereken sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, davacının emekliye ayrılmış olması boşta geçen dört aylık ücret ve diğer haklarını talep etmesine engel değildir. Diğer yandan, davacının hukuki anlamda değil de fiili olarak işten ayrılması söz konusu olduğundan SGK'ca yaşlılık aylığının iadesinin istenmesi de doğru olmayacaktır. Bu durumda işçi çalışmaya devam edeceğini belirterek yaşlılık aylığının kesilmesini ya da sosyal güvenlik destek primi ödemeyi tercih edebilecektir.

3. İşverenin İşe Başlatmasına Etkisi

Geçerli neden olmadan iş sözleşmesi feshedilen işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılmak için işverene başvurması üzerine işveren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşçinin bu sırada yaşlılık aylığı almakta olması işverenin işe başlatma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. İşçi de işverenin işe başlama davetine icabet etmeme gerekçesi olarak yaşlılık aylığı almakta olduğunu ileri süremez. İşverenin davetine bu gerekçe ile icabet edilmemesi halinde işçi işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine hak kazanmayacaktır.

SONUÇ

Yaşlılık aylığı gibi sabit ve sürekli bir gelire hak kazanan işçilerin diğer işçilere göre daha az korunma ihtiyacı gösterdikleri genel olarak kabul gören bir görüştür. Bu nedenle her ne kadar salt emekliliğe hak kazanmak geçerli fesih nedeni değil ise de, personel politikası olarak emekliliğe hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin yapılan düzenlemeler genel ve objektif olarak uygulandığı takdirde geçerli kabul edilmektedir.

İşletme gerekleri nedeni ile işçi çıkarılması gereken durumlarda göz önünde bulundurululan “emekliliğe hak kazanma” ölçütü, hukuken korunabilir objektif bir kriterdir. Ancak bu kriterin de genel ve objektif olarak uygulanması gerekir.

Salt emekliliğe hak kazanmak yetersizlik olarak değerlendirilemez. Emekliliğe hak kazanan işçinin verimsizliğine dayanılarak iş sözleşmesi feshedilecekse, fesih-ten önce savunmasının istenmesi ve ayrıca verimsizliğin kanıtlanması gerekecektir.

Kanımızca konuya ülkemizin koşulları nedeniyle farklı bir açıdan bakılmasında yarar vardır. Genç bir nüfusa sahip olma, 40’li yaşlarda emekliliğe hak kazanabilme ve yaşlılık sigortasının sağladığı yardımların eksikliği (yaşlılık aylığının düşük olması v.b.) gibi koşulların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle işletme gereklerine de dayansa salt emekliliğe hak kazanma geçerli fesih nedeni kabul edilmemeli; emekliliğe hak kazanma ile birlikte erkekler için en az 55, kadınlar için en az 50 yaş sınırı aranmalıdır. Böylece genç yaşta emekliliğe hak kazananlardan dolayı Kurumun aktüer dengesi bozulmayacak; bu nedenle iş sözleşmesi feshedilenler yeniden iş arayışına girmeyecek, gençlere yeni iş alanlarının açılması sağlanacaktır. Kuşkusuz bu görüş 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayanlar açısından geçerli olacaktır.

Emekliliğe hak kazanmanın yanında ayrıca belli bir yaş sınırı öngörülmüş ise, işçinin sadece emekliliğe hak kazanmış olması geçerli fesih nedeni olamaz, ayrıca öngörülen yaş koşulunun da gerçekleşmesi gerekecektir.
