

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/1845
Karar No : 2010/1808
Tarihi : 02.01.2010

YARGITAY KARARI

Davacı kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Y. Tekbaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçinin kıdem tazminatı hesabında daha önce memur olarak kamu kurumunda çalışılan sürenin dikkate alınıp

alınamayacağı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu paraya “kıdem tazminatı” denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma nokta-

sında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır, işçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilemeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde fesih bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirim muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da

holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ"dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9. HD. 26.3.1999 gün 1999/18733 E., 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E., 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/5762 E. 2007/30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılama özelliği davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasıllı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kaza-

nacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirilmesi için gerekli bir koşuldur, işçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak, aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin kamu kurumlarında işçilikte geçen hizmetlerinin birleştirilmesi için önceki çalışmaların, fesih şekli itibarıyla kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği 1475 sayılı yasanın 14/5. maddesinde açık biçimde düzenlenmiş olmakla, aynı kuralın memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışılan süre yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Temel amacı işçiyi korumak olan İş Kanununun işçi yönünden öngörmediği bir kuralın memur olarak çalışılan süre için uygulanması düşünülemez. Aksine çözüm tarzı, tüm süreyi işçilikte geçirdiği halde ilk dönem çalışması istifa ile sona eren işçi bakımından bir eşitsizlik ortaya çıkarır.

İşyerinde memur ya da sözleşmeli perso-

nel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğundan da söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da bu doğrultudadır (Yargıtay H.G.K. 15.10.2008 gün 2008/9-586 E., 2008/633 K.; 28.11.2007 gün 2007/9-814 E., 2008/896 K.).

İstifa ile sona ermemiş olan memuriyet dönemi ile sözleşmeli personel olarak çalışılan süreler 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 6. maddesinde sözü edilen özel tavan gözetilmek suretiyle tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davacı 16.06.1977 tarihinde şahsi işlerim nedeniyle ayrılıyorum yazılı istifa dilekçesi ile memuriyetten istifa ederek işçiliğe geçmiştir. İstifa kıdem tazminatına hak kazanılmasına engeldir. Davacı daha iyi şartlarda ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu nedenle istifa ile sona eren memuriyet döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması Hukuk Genel Kurulunun 2009/9/469 E., 2009-570 K. sayılı kararına göre de yerinde değildir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 02.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

İnceleme konusu yapılan karar çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanma ile ilgili bazı durumların tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Ancak esas konu memur olarak kamu kurumunda çalışan bir kimsenin istifa

ederek görevinden ayrılması ve işçiliğe geçmesi ile işçilikten kıdem tazminatını alarak ayrılırken memuriyette geçen sürenin de kıdem tazminatını talep etmesidir. Yargıtay işçinin memuriyette geçen çalışma süresinin istifa ile sonlanmasını gerekçe göstererek kıdem tazminatını talep edemeyeceğini kararlaştırmış-

tır. Ancak kanaatimce kararda esas olarak ele alınıp incelenmesi gereken konu kıdem tazminatı hakkını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddeye müeyyide getiren md. 98/D hükmünün iptaliyle, kıdem tazminatına hak kazanmaya ilişkin şartların mutlak emredici nitelikten, nispi emredici niteliğe dönüşüp dönüşmediğidir.

Bilindiği gibi kıdem tazminatı en önemli işçilik haklarından. 1936 yılında çıkarılıp 1937 yılında yürürlüğe sokulan 3008 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi kıdem tazminatı hakkını tanımış olup şu düzenlemeyi getirmiştir; "Bütün işçiler hakkındaki fesihlerde, beş seneden fazla olan her tam iş senesi için ayrıca on beş günlük ücret tutarında tazminat dahi verilir." Bu düzenlemede görülen kıdem tazminatı yıllar içerisinde geliştirilerek bugün itibarıyla çalışılan her yıl için 30 günlük ücrette (asgari haddi) dönüştürülmüştür.

Kıdem tazminatı iş sözleşmesinin ancak belirli fesih halleri (ya da iş sözleşmesinin bazı sona erme halleri) ile son bulmasında ödenen bir tazminattır. Bu halleri eski 1475 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun'da 120. madde olarak yürürlüğü devam ettiği ifade edilen) 14. maddesinde şu şekilde belirlemiştir;

- İşçinin en az bir yıl çalışmış olması temel şartına ilaveten;
- İş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu md.17, 25/I, III ve IV hükmü gereği feshedilmiş olması,
- İşçi tarafından İş Kanunu md.24 hükmü gereği feshedilmiş olması,
- Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmesinin feshi,
- Kadın işçilerin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini feshetmesi,
- Malullük, yaşlılık aylığı, toptan ödeme alma amacıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi,
- İşçinin ölümü.

Bu belirtilen hallerden birisi ile iş sözleşmesi feshedilir ya da sona erer ise işçinin kıdem tazminatı alma hakkı doğacaktır.

Kıdem tazminatı sadece İş Kanunu hükümlerine göre çalışanlar için değil Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu hükümlerine göre çalışanlar için de söz konusudur. Ancak her

iki Kanun hükmüne göre kıdem tazminatına hak kazanabilmenin şartları farklılık arz etmektedir.

İncelemeye konu olan Yargıtay kararında asıl konu çalışılan sürelerden hangisinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacağıdır. Burada da kamu kurumunda memur olarak çalışılan sürenin kıdem tazminatının hesabına dâhil edilip edilmeyeceği, memuriyetin sona erme hali esas alınarak değerlendirilmektedir. Esas inceleme konumuz bu olmakla birlikte neden kararda yer almış olduğunu anlayamadığımız bazı ifadeler üzerinde de görüşlerimizi açıklamamız gerekecektir.

Kararda kıdem tazminatının ne olduğu konusunda görüşlere yer verilirken "İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dâhilinde verilen toplu paraya "kıdem tazminatı" denilmektedir" ifadesi kullanılmakta ve kısmen de olsa kıdem tazminatının ödenme gerekçesi açıklanmaya çalışılmaktadır. Yıpranma, yeni iş aramada karşılaşılan güçlükler ve işçinin işyerine sağladığı katkıların dışında kıdem tazminatının ödenme gerekçeleri olarak şunlar da sayılmaktadır; işçinin işyerine bağlılığı, sonraya bırakılmış ücret, yaşlılık sigortası, işsizlik sigortası ya da kendine özgü (sui generis) bir ödeme olması. Bütün bunlar kıdem tazminatının hukuki niteliğini açıklayan farklı görüşlerdir. Kararda bunlara da değinilmiş olması yerinde görülebilir. Ayrıca istirahat raporlarının ne kadar süresinin kıdem tazminatını hesabında dikkate alınacağına ilişkin Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarının zikredilmesi de yerindedir. Kararda belirtildiği üzere işçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi Yargıtay'ca yerinde görülmele birlikte, işçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı da kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır. İşçinin iş sözleşmesinin askıda

geçen sürelerinin de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması yerinde olup istikrar kazanmış Yargıtay kararlarındandır. Tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürelerin, grev ve lokavtta geçen sürelerin (işçi grev ve lokavta katılıp isteğiyle çalışmamış ise) ücretsiz izinde geçen sürelerin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması isabetli olarak kararda belirtilmektedir.

Yargıtay kararında ağırlıklı olarak bir yıllık kıdem süresine ilişkin çalışma süresi incelenmektedir. Ancak kıdem tazminatına hak kazanabilmek için temel şart olan asgari bir yıl işçi olarak çalışma şartı kararda belirtilmekle birlikte, bu sürenin işçi lehine olarak azaltılabileceği belirtilmekte ve bu sürenin İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmesinin doğru olduğu ifade edilmektedir. Hâlbuki şimdiye kadar kıdem tazminatına hak kazanabilmek için gerekli olan asgari bir yıllık sürenin tarafların rızasıyla daha da kısaltılabileceği (işçi lehine olmak kaydıyla), hiç düşünülmemiş ve tartışılmamıştır. Bütün çalışmalarda da kıdem tazminatına hak kazanabilmek için asgari bir yıl çalışmış olma şartının gerekeceği belirtilmektedir¹. Bu sürenin nispi emredici mahiyette olduğunun üzerinde şimdiye kadar durulmamıştır. Ancak bu hususun Yargıtay kararında geçecek şekilde belirtilmesinin bir alt yapısı vardır. Bunu şu şekilde açıklamak gerekmektedir: Bilindiği gibi 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı ilk zamanlarda kıdem tazminatı tavanı ile ilgili bir sınırlama mevcut değildi. Özellikle de 1980 öncesinde kıdem tazminatlarının tavanına ilişkin uygulamalarda önemli sıkıntılar ortaya çıkmıştı. 1475 sayılı Kanunun ilk kabul edildiği halde kıdem tazminatına tavan olarak herhangi bir sınırlamanın getirilmemiş olmasından dolayı toplu iş sözleşmeleriyle oldukça yüksek kıdem tazminatları tespit edilmekte ve bu durumun işletmeler için altından kalkılamaz yükler ortaya çıkardığı ifade edilmekteydi. Kıdem tazminatı çalışılan her yıl için işçiye 30 günlük ücret tutarında bir ücret ödemesi olacak şekilde kanunla kabul edilmişti. 1975 yılında 1927 sayılı Kanunla İş Kanunu'nda yapılan değişikliklerle de kıdem

tazminatının tavanı asgari ücretin 7,5 katı ile sınırlanmıştı. Ancak bu hüküm bir uyuşmazlık üzerine Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmiş ve Anayasa Mahkemesi 15 Nisan 1979 tarihli kararıyla söz konusu fıkrayı şekil yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme bir yıl içerisinde yeni bir düzenleme yapılmasını da öngörmüş olmasına rağmen TBMM tarafından yeni bir düzenleme yapılmamış ve kıdem tazminatına ilişkin bir tavan söz konusu olmamıştır. Bu dönemde toplu iş sözleşmeleri ile oldukça yüksek sayılabilecek kıdem tazminatlarının tespit edildiği görülmüştür. 12 Eylül 1980 ihtilali ardından Milli Güvenlik Konseyi'nce yürürlüğe sokulan 23.10.1980 gün ve 2320 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle kıdem tazminatına tavan getiren eski hüküm maddeye yeniden konulmuştur². Daha sonra 1982 yılında 2762 sayılı değişiklik Kanunu ile yapılan ve 1983 yılı başında yürürlüğe girmesi kararlaştırılan değişiklikle kıdem tazminatı tavanı yeni esaslara bağlanmıştır. Buna göre kıdem tazminatı tavanının miktarını asgari ücrete bağlayan hüküm değiştirilmiş ve toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının miktarı Devlet Memurları Kanunu'na tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde ödenecek azami emeklilik ikramiyesini aşamayacağı esası getirilmiştir (2762 sayılı Kanun md.1). Böylelikle kıdem tazminatı tavanı devlet memurları için öngörülen azami emeklilik ikramiyesine endekslenmiş olmaktadır³.

Kıdem tazminatına getirilen bu tavan aynı zamanda cezai hükümlerle de desteklenmiş ve hiçbir işverenin kanunun öngördüğünün dışında miktar ve esaslarla ödeme yapmaması kabul edilmiş, kanunun öngördüğünün dışında miktar ve esaslarla ödeme yapılması halinde hapis ve para cezasına hükmolunacağı düzenlenmişti. Yıllarca bu uygulama devam etmiş 4857 sayılı Kanunun kabulüyle yeni bazı gelişmeler ortaya çıkmıştır. 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç bütün maddelerini yürürlükten kaldırmıştır (120. md).

Kıdem tazminatının hak kazanılma usul ve esaslarını, miktarını vs. düzenleyen 14. maddede halen yürürlükte olmasına rağmen 1475 sayılı Kanunla getirilen cezai hükümler ortadan kalkmıştır. Cezai hükümlerin ortadan kalkmasıyla kıdem tazminatına tavan getiren, hangi hallerde kıdem tazminatının hak edileceğini düzenleyen esasları belirleyen hükümlerin de artık eskisi gibi mutlak emredici hükümler olmayacağı bazıları tarafından düşünülmektedir. Kıdem tazminatına hak kazanmanın şartlarını belirleyen ve aynı zamanda bunları cezai müeyyideye bağlayan şartların varlığı sebebiyle kıdem tazminatının emredici karakterli bir düzenleme ürünü olduğu, ancak bu emrediciliğin artık eskisi gibi mutlak nitelikte değil nispi nitelikte olduğu görüşü ifade edilmektedir. Fakat kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin cezai müeyyidelerinin kalkması sebebiyle tamamının nispi emredici mahiyette hükümler haline geldiği düşünülmemelidir. Bazı hükümlerin kamu düzenini ilgilendirdiği düşünülerek mutlak emredici karakterde hükümler olduğu kabul edilmelidir. Kıdem tazminatına hak kazanmak için gerekli olan asgari bir yıllık çalışma şartının ise mutlak emredici nitelikte olduğu, kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmelidir. Bunun yanında farklı kamu kuruluşu işverenleri yanında geçen sürelerin birleştirilmesi ve kıdem tazminatına üst sınır getiren hükümlerin kamu düzeni ile ilgili olduğu ve mutlak emredici karakter taşıdıkları düşünülmelidir⁴. Bazı görüş taraftarları ise 1475 sayılı Kanunun cezai hükmünün ortadan kalkması dolayısıyla kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin artık mutlak emredici nitelikte değil nispi emredici nitelikte bir hüküm haline geldiğini kabul etmektedirler. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu benzer bir cezai hükme yer vermediğinden kıdem tazminatı düzenlemesi artık kamu düzenini ilgilendirmemektedir ve dolayısıyla bu düzenlemenin mutlak emredici olduğu görüşünün kanuni dayanağı kalmamıştır⁵.

Yargıtay da geçmişteki kararlarında 1475 sayılı Kanunun md. 98/D hükmündeki düzenlemenin tersine sözleşmelerin yapılamama-

yacağını kabul etmiştir. Yargıtay'ın geçmişte bu hükmün kamu düzeniyle ilgili olduğunu belirttiği kararları olduğu da bilinmektedir⁶. Ancak inceleme konusu yaptığımız kararında Yargıtay asgari bir yıllık çalışma şartını nispi emredici karakterde bir hüküm olarak görmek ve bunun işçinin lehine olarak toplu iş sözleşmeleri ya da hizmet akitleriyle değiştirilebileceğini belirtmekte ve görüş farklılığına gitmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu eski Kanunu topyekûn kaldırırken bir maddeyi muhafaza edip (14. md.), yerine yenisini yapmayı ve bir fon oluşturulmasını tavsiye ederken -maddeye hiç dokunmamasına rağmen- maddenin mutlak emredici karakterinden vazgeçip, nispi emredici hale dönüşmesini amaçlamamış olmalıdır.

Kanunların çeşitli yorum türleri vardır. Bunlar tarihi yorum, gai yorum, lafzi yorum vb. vasıflandırılabilir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç geri kalan bütün maddeleri kaldırılırken sadece 14. maddenin yeni Kanun ile muhafaza edilmesi, madde üzerinde hiçbir düzenleme ve değişiklik yapılmaması, sadece maddenin müeyyide kısmının (md. 98/D) 1475 sayılı Kanunun diğer maddeleri ile birlikte topyekûn kaldırılmasının gai ve tarihi yorumu yapıldığında, kıdem tazminatı ahkâmının mutlak emredici karakterden nispi emredici karaktere dönüştüğünü kabul etmek kanaatimce mümkün değildir. Çünkü amaç, kıdem tazminatı ile ilgili hükmü nispileştirmek değil, aynen muhafaza etmektir. Aynen muhafaza edilen, eski Kanundaki gibi bir fona bağlanması istenen, buna ilişkin olarak geçici madde getiren (md. 6) Kanunun amacının kıdem tazminatı esaslarını nispileştirmek olduğu düşünülmemelidir. Bu görüşler çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanmayı düzenleyen 14. maddedeki bir yıl asgari çalışmış olma şartının nispi emredici nitelikte bir hüküm değil, mutlak emredici nitelikte bir hüküm olduğu kabul edilmelidir.

İnceleme konusu yaptığımız kararın esas noktası kamu kurumunda görevli memur iken memuriyetten istifa ederek işçiliğe geçen kişinin işçilikten ayrılırken -her halde- kıdem tazminatının hesabı yapılırken memuriyette

geçen sürenin de kıdem tazminatı süresinin hesabına dâhil edilip edilmemesidir.

Bilindiği gibi kıdem tazminatının hesabına dâhil edilecek çalışmalar iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İlke olarak kıdem tazminatı hakkı işçilik hakkıdır. İş sözleşmesi ile ilişkilendirilmiştir. Ancak kamu kurumlarında kamu görevlisi-memur olarak çalışırken işçi statüsüne geçenlerin ya da geçirilenlerin önceki çalışma sürelerine ilişkin kıdem haklarının kaybolmaması amacıyla kanun bir düzenleme yapmıştır. Buna göre; "T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir"(14/V). Buradan da görüleceği üzere değişik kamu kuruluşlarındaki çalışmaları toplamı üzerinden son kamu kuruluşu kıdem tazminatı ödeyecektir. Ancak bu birleştirmenin yapılabilmesi için memuriyette geçen çalışmanın sona ermesinin -işçiler için kıdem tazminatına hak kazanacak sona ermeye uygun bir biçimde- istifa ile olması gerekir. İstifa yoluyla iş sözleşmesinin sona ermesi yukarıda sayılan haller dışında kıdem tazminatına hak kazanılamayacak bir haldir. İşçi için kıdem tazminatına hak kazanılmayan bir hal olarak kabul edilen istifa hali memuriyetten istifa eden kişi için de kıyasen kıdem tazminatının kazanılmasında tazminat alınamayacak bir hal olarak düşünülmektedir. Bu görüş çerçevesinde Hukuk Genel Kurulu da, istifa ile sona eren memuriyet sonrası iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdem tazminatı hakkının hesabında istifa ederek ayrılan dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağını belirtmektedir⁷.

Sonuç olarak; incelemeye esas olan Yargıtay kararı aslında yeni bir içtihat oluşturmak amaçlı olarak hazırlanmış bir karar gibi gözükmektedir. Burada da asıl olarak ele alınmak istenen kanaatimce 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükten kaldırıldıktan sonra yerine getirilen 4857 sayılı Kanun'da kıdem tazminatı miktarı, esasları vb. hususlara ilişkin müeyyideleri ihtiva eden bir düzenlemenin yapılmış olmamasından dolayı, miktar ve esaslara ilişkin şartların mutlak emredici karakterinden, nispi emredici bir karaktere dönüşmüş olduğu düşüncesidir. Ancak yukarıda etraflıca açıklamaya çalıştığımız gibi farklı yorumlar yapılsa da kıdem tazminatına hak kazanabilmenin esasları hakkında madde üzerinde bir düzenleme-değişiklik yapılmamış olmasına rağmen sırf müeyyide maddesi kaldırıldı diye kıdem tazminatına hak kazanmanın şartlarının mutlak emredici mahiyetten, nispi emredici mahiyete dönüşüğünü kabul etmek kanaatimce yerinde olmayacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Taşkent, Savaş, Açıklamalı - İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler, İstanbul, 2005, s.103 vd., Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.194, Tuncel, Ferhan, Kıdem Tazminatı, Türk-İş Yayını, Ankara, 2007, s.16 vd. Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005, s.285, Anadolu, Kerim, İş Güvencesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2002, s.137, Güven, Ercan- Aydın Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, 2007, s.196, Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, Ankara, 2005, s.253, Aktay, Nizamettin-Arıcı, Kadir- Senyen/Kaplan, Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009, s.230.
- 2 Bu hüküm şu şekilde idi; "Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleri ile belirtilen sürelerle hesap edilen kıdem tazminatının yıllık miktarı, 1475 sayılı İş Kanununa göre tespiti dilmış bulunan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının 7,5 katından fazla olamaz." Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 210.
- 3 Çelik, s. 210.
- 4 Aynı görüşte Demir, s. 305.
- 5 Bkz. Güven-Aydın, s. 206.
- 6 Bkz. Anadolu, s. 138, dn.24'teki Yargıtay kararları.
- 7 HGK 2009/9-469 E., 2009-570 K. (İncelenen Yargıtay kararı içinde belirtilen HGK kararı).