

## İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE GEÇERLİ NEDEN OLARAK "EMEKLİLİK"

*Prof. Dr. Erol AKI\**

Hemen her insanın ihtiyaçlarını karşılayabilmesi ve yaşamını sürdürebilmesi için gelire ve gelir elde edebilmesi için de bir işe ve çalışmaya ihtiyacı vardır. Çalışma gücü olduğu halde iş bulamadığı için çalışmayan ve emeğini değerlendiremeyen kişi, en temel ihtiyaçlarını bile karşılayabilmek için başkasının yardımına muhtaç duruma düşer. Bu nedenle toplumda çalışma gücü ve çalışma isteği olduğu halde iş bulamayan kişilerin miktarındaki artış (işsizlik), çok önemli sosyal ve ekonomik bir risktir<sup>1</sup>.

Devamlı olarak çalışabileceği bir iş bulan genç bir insanın, işsizken çektiği sıkıntıları artık geride kalmıştır. Herhalde bundan sonra gelen isteği, daha iyi bir iş ve daha yüksek ücret elde etmek olacaktır. Ne var ki çalışan bu kişi, çalışma isteğinin ve gücünün ileri yaşlarda azalacağını çoğu zaman aklına getirmemektedir. Oysa ki insanın yalnız bu gününü değil fakat geleceğini de güvence altına alma ihtiyacı vardır. Yaşının ilerlemiş olması elbette tüm çalışanlar üzerinde aynı etkiyi yani çalışma gücü ve isteğinin ortadan kalkması durumunu yaratmayabilir. Eğer bağımsız çalışan bir kimsenin yaşı ilerlediğinde çalışma gücü zayıflıyorsa, bir yandan kazancında azalma olurken, diğer yandan sağlık giderlerinde artış meydana gelmektedir. Eğer kişi başkasına bağımlı çalışıyorsa, yaşının ilerlemesi nedeniyle performans ve bunun sonucu olarak verimi düşeceği için çalıştığı işini kaybetme tehlikesiyle de karşı karşıya kalacaktır.

İnsanın aktif çalışma yaşamının sona erme zamanı kişiden kişiye farklılık göstermekle beraber, yaşlanma doğal bir olgu olup yaşayan her insanın er veya geç karşılaştacağı bir fizyolojik risktir<sup>2</sup>. Hal böyle olunca, yıllarca çalışıp

\* İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Profesörü

<sup>1</sup> A. Can Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 2000, s.7.

<sup>2</sup> Tuncay, s.6.

emeklilik hakkını elde eden kişi, artık çalışmak zorunda kalmaksızın ve başkasına da muhtaç olmadan kamusal (sosyal) sigorta ya da özel bir sigortadan aldığı emekli maaşı (yaşlılık aylığı) ile geçimini sağlayarak böylece bundan sonraki yaşamını kimsenin yardımına muhtaç olmadan sürdürebilmek istemesi, bir insan olarak onun en doğal hakkıdır. Ne var ki ülkemizde başkasına bağımlı olarak çalışanların büyük bir kesimi emekli olduktan sonra da çalışmak istemektedirler.

Ülkemizde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 81 inci maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen iptalinden sonra çıkarılan 23.05.2002 tarihli ve 4759 sayılı yasaya göre hizmet akdi (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 imkanına sahiptir<sup>3</sup>. Ancak ne yazık ki ülkemizde sosyal sigortalar kurumundan alınan emekli maaşları, vasıfsız işçi ve memurlar ile küçük esnafın, kendileri ve ailelerinin geçimini sağlayabilmeleri konusunda yetersiz kalmaktadır. Günümüzde geçim sıkıntısı çeken söz konusu kişiler, eğer çalışma güçleri yerinde ise, emekli maaşı almalarına rağmen, sosyal sigorta kurumlarına destek primi ödemek suretiyle bir işverene bağımlı olarak ya da kendi adına ve hesabına bağımsız olarak herhangi bir işte çalışıp ek gelir elde etme ihtiyacı içindedirler.

Yaş koşulu aranmaksızın emekli olabilme olanağı, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>4</sup>'nin tüm hükümleri ile yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden itibaren ilk def'a sigortalı olanlar açısından (bazı özel durumda olanlar hariç) kaldırılmaktadır (md.28). O halde 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ilk kez sigortalı olanlar, bundan böyle emekli olduktan sonra destek primi ödeyerek çalışma olanağına sahip olamayacaklardır. Eğer çalışırlarsa emekli maaşları kesilecektir. Ümit edelim ki, 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olarak çalıştıktan sonra emekli olacak kişiler, alacakları emekli aylıkları ile başka bir kişi ya da kuruma muhtaç olmadan geçimlerini sağlayabilsinler. Diğer yandan 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce geçerli olan 5434, 506, 1479, 2925 ve 2926

<sup>3</sup> Ali Güzel/Alı Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 9 uncu Bası, s.322, 323; Fatma Baştırzi, Yaşlılık Sigortası, Ankara 2006, s.149.

<sup>4</sup> 08.06.1949 ta.li ve 5434 sayılı; 17.07.1964 ta.li ve 506 sayılı; 02.09.1971 ta.li ve 1479 sayılı; 17.10.1983 ta.li ve 2925 ve 2926 sayılı kanunlar ile sosyal güvenlikle ilgili diğer kanunların yürürlükten kaldırılan hükümleri için bak., 5510 sayılı Kanun md.106.

sayılı Kanunlara göre sigortalı olanların eğer isterlerse 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ya da sonra emekli olsalar da, sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle iş sözleşmesi ile bağımlı veya bir işverene bağımlı olmaksızın çalışmaları mümkündür.

Bu gün özellikle Sosyal Sigortalar Kurumundan ya da Bağ-Kur'dan emekli olanların istedikleri takdirde destek primi ödeyerek çalıştıkları bir gerçektir. T.C.Emekli sandığından emekli maaşı alan kişi de kamu kurumları haricinde herhangi bir işte sosyal güvenlik destek primi ödemek şartı ile bir işveren yanında iş sözleşmesiyle ya da kendi adına bağımsız olarak çalışabilmektedirler. Emekli bir işçiyi çalıştırmak işveren bakımından da bazı yönleri itibariyle tercih sebebi olabilmektedir. Nitekim emekli işçilerin iş deneyimleri ve uzmanlıkları, emekli olmayan genç işçilere kıyasla daha fazladır. Diğer yandan bu işçiler sosyal sigortalar kurumundan emekli maaşı aldıkları için daha makul ücretlerle çalışmaya razı olabilmektedirler.

Öte yandan emekli olma hatta yaş koşulu dışında emekliliğe hak kazanmış olma kural olarak tek başına fesih için geçerli bir neden sayılmasa da; çalışan sayısını azaltma ihtiyacı duyan bir işveren açısından, işine son verilmesi gereken işçilerin belirlenmesinde emeklilik durumu, bazı koşullarla geçerli bir neden sayılabilmektedir.

Aşağıda, emekli olmanın ya da emekli olmaya hak kazanmanın işveren açısından işten çıkarmada hangi durumlarda geçerli bir neden sayılacağını Yargıtay içtihatları çerçevesinde ele alınacaktır. Ancak bu konuyu ele almadan önce feshin geçerli nedene dayandırılması ile ilgili yasal düzenlemeye kısaca bir göz atmak gerekmektedir.

#### **I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE GEÇERLİ NEDENLER**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 inci maddesine göre; "... işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

İşçinin performansının dolayısıyla veriminin düşük olması, "işçinin yetersizliğinden" kaynaklanan nedenlerin başında gelmektedir. Madde gerekçesinde yer aldığı üzere; işçinin ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; uyum yetersizliği; sık sık hastalanması, işini gereği gibi yapmasını devamlı olarak etkileyen bir hasta-

lığının bulunması, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olması gibi durumlar işçinin yetersizliğini göstermektedir.

Anılan maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da işçinin yaşlılığı hatta erken yaşlanma durumu, işinde performans ve veriminin düşmesine neden olabilecektir. Daha önce de değinildiği gibi, yaşlılığın etkisi kişiden kişiye oldukça farklılık göstermektedir. Belirtmek gerekir ki hastalık, yaşlılık, emeklilik gibi durumlar doğrudan geçerli bir fesih sebebi sayılmaz. Ancak bu haller işçinin performans ve verim düşüklüğüne yol açabilir. Bu nedenle fesih nedeni, doğrudan hastalık, yaşlılık ya da emeklilik olmayıp, bu hallerden birisinin varlığı nedeniyle işçinin performansının ve veriminin düşmüş olmasıdır. Bu örnekteki performans düşüklüğü, işçinin kendi istek ve iradesine ya da kusuruna bağlı olmayıp hastalık, yaşlılık gibi doğal bir olayın sonucu olarak ortaya çıkabilmektedir.

Tasarıda, işçinin davranışından doğan nedenlere örnek olarak; işverene zarar vermek, ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işini uyarılara rağmen eksik, kötü ve yetersiz olarak yerine getirmek, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkiye girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak, amirleri ve iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller gösterilmiştir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin işçi ile herhangi bir bağlantısı olmayabilir. Gerçekten işyerinden kaynaklanıp çalışma ortamını ciddi biçimde ve olumsuz etkileyen nedenler de fesih işleme yol açabilecektir. Buna ilişkin olarak tasarı gerekçesinde işyeri içinden ve işyeri dışından olmak üzere ayrı ayrı örnekler yer almıştır. İşyeri içi nedenler; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması olabilir. İşyeri dışından kaynaklanan nedenler ise; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı; ülkede yaşanan ekonomik kriz; piyasada genel durgunluk; dış pazar kaybı; ham madde sıkıntısı gibi nedenler olabilecektir.

On sekizinci maddenin gerekçesinde ve kanun tasarısında örnek olarak gösterilen bu durumlar, dikkat edilecek olursa **işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir**. Sonuç olarak iş ilişkisinin sürdürül-

mesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği bu ve buna benzer durumlarda, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir<sup>5</sup>.

## II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE GEÇERLİ NEDEN OLARAK EMEKLİLİK

Yukarıda kısaca ele aldığımız genel açıklamalardan sonra şimdi de emeklilik olgusunun uygulamada iş sözleşmesinin feshedilmesinde geçerli bir neden sayılıp sayılmadığı ya da hangi koşullarda geçerli bir sosyal seçim kriteri sayılabileceğini Yargıtay kararları eşliğinde inceleyelim.

Uygulamada fesih nedeni yapılan emeklilik olgusu değişik görünümde ortaya çıkmaktadır. İlk akla gelen, bir kişinin yaş ve diğer aranan koşulları eksiksiz yerine getirerek sigorta kurumuna başvurması ve emekliye ayrılarak kendisine yaşlılık aylığı (emekli maaşı) bağlanmasıdır. Diğer bir örnek, kişinin emekli olabilmek için tüm koşulları yerine getirmiş olmasına rağmen emekli olup yaşlılık aylığı almak için sigorta kurumuna henüz başvurmayarak işyerinde çalışmaya devam etmesi; nihayet kişinin yaş koşulu hariç emeklilik için aranan diğer koşulları yerine getirmiş olmasına rağmen henüz emekli olamaması ve işinde çalışarak ya da herhangi bir işte çalışmaksızın kanunun aradığı yaş seviyesine ulaşacağı zamanı beklemesi durumudur.

İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde geçerli fesih halleri arasında emeklilik olgusuna yer verilmemiştir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da bu husus açıkça yer almaktadır<sup>6</sup>. Yaşlanmanın, işçinin çalışma gücünü olumsuz yönde etkilemesi ve dolayısıyla geçerli bir fesih nedeninin ortaya çıkmasına yol açması söz konusu olabilir. Ancak emeklilik nedeniyle bir işçinin performan-

<sup>5</sup> Geçerli fesih nedenleri konusunda daha geniş bilgi için bak., Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s.217 v.d.; Sarper **Süzek**, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, s.505 v.d.

<sup>6</sup> Y9.HD.nin 27.10.2003 Ta., 18257/ 17985 sayılı kararında "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının fesih tarihinde emekliliğe hak kazandığı sabit olup, uyumsuzluk dışıdır. Belirtmek gerekir ki bu salt emeklilik fesih için geçerli bir neden olamaz. Emekliliğin fesih için geçerli bir neden teşkil edeceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir." denilmektedir. Bak., **Akı/Altıntaş/Bahçivancılar**, Uygulamada İş Güvencesi, s.44 (13); Y9.HD.nin 19.01.2004 Ta., 2003/22196 E., 2004/261 K. sayılı kararında "Zorunlu emeklilik istemi SSK.da öngörülmediğinden emekliliğe hak kazanma fesih yetkisi vermez. 4857 sayılı İş Kanununda ve gerekçesinde salt emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir". Aynı eser s.58 (21).

sının düştüğü, artık işinde verimli olamadığı ve dolayısıyla işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz yönde etkilediği, dikkatinin önemli ölçüde azaldığı için iş kazasına uğrama riskinin bulunduğu v.b gerekçeler emeklilik olgusu ile birlikte ortaya konulmadıkça emeklilik, tek başına fesih için geçerli bir neden kabul edilmemektedir.

Salt emekliliğin fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağını belirten Yargıtay, başka bir kararında: "... Emekliliğin gelmesi tek başına geçerli fesih nedeni değildir. Somut olayda davacı davalıya ait işyerinde işe başlamadan önce bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşundan emekli olmuş bir kişidir. Akdin feshi başvurulacak son çaredir. Davacının, işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise fesih yoluna başvurulması doğru değildir.

Mahkemece yapılacak iş davacı ile aynı görevi yapan merkez şube müdürlüklerinin kapanması nedeniyle işverenin diğer bir işyerinde görevlendirilen 34 eski merkez müdürünün durumu ile karşılaştırılarak tek davacı hakkında akdin feshi yoluna gidilmesinin haklı nedeni bulunup bulunmadığı araştırılmalı tüm dosya birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir" demektedir<sup>7</sup>.

Yargıtay, emekliliğe hak kazanmış olan bir işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce yapılmış olan işyeri Personel yönetmeliğindeki bir hükme dayanılarak işten çıkarılması ile ilgili bir uyuşmazlıkta yerel Mahkeme kararını bozarken gerekçesinde; "4857 sayılı İş Kanununda ve gerekçesinde salt emekliliğe hak kazanma fesih için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren fesih için işletmenin işyerinin veya işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden de belirtilmemiştir" demiştir<sup>8</sup>. Öğretide bizim de katıldığımız karşı görüşü savunan yazarlara göre; İş Kanunu'nun 18/1 maddesinde yer alan fesih

<sup>7</sup> Y9.HD.nin 11.12.2003 tarih ve 20222/20604 sayılı kararı için bak., **Akı/Altıntaş/Bahçivancılar**, s.57 (20).

<sup>8</sup> Y9.HD.nin 19.01.2004 tarih ve 22196/261 sayılı kararı için bak., **Akı/Altıntaş/Bahçivancılar**, s.110 (56). Yargıtayın bu görüşü öğretilerek, personel yönetmeliğine bu yolda hüküm konulabileceği, bunun bir işletmesel karar olduğu ve yargı denetimine tabi tutulmaması gerektiği belirtilmiştir. Bak., M. Polat **Soyer**, Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, s.50, Münir **Ekonomi**, Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Karar İncelemesi, YKİ, 2, 2006, 136-138 (**Süzek**, İş Hukuku 4. Bası, s.511'den naklen).

nedenleri emredici nitelikte olup, geçerli fesih nedenlerinin işçi aleyhine işyeri iç yönetmelikleri hatta toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilmesi söz konusu olamaz<sup>9</sup>.

Gerçekten işyeri Personel veya İç Yönetmelikleri yanında bazı Toplu İş Sözleşmelerinde de, Emekliliğe hak kazanan ve belirli bir yaşa gelmiş işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Yargıtay diğer bir kararında toplu iş sözleşmesinin bu nitelikteki hükmünü bazı koşullarla geçerli kabul etmiştir. Nitekim bir Toplu İş Sözleşmesinde yer alan "İşyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği" şeklindeki hükme dayanılarak işten çıkarılan işçi ile ilgili uyuşmazlıkta Yargıtay, "Davalı işverenin bu hükme dayanarak iş sözleşmesini sonlandırması, geçerli neden teşkil eder. Ancak, davalı işverenin bu hükmü istisnasız olarak 55 yaşını dolduran işçilere uygulayıp uygulamadığı önem kazanmaktadır...davalı işverenin bu uygulamayı istisnasız olarak 55 yaşını dolduran işçilere uyguladığı anlaşıldığı takdirde, iş sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilmeli" demiştir<sup>10</sup>.

Yargıtay bir işçinin iş sözleşmesinin salt 67 yaşında olması nedeniyle feshedilmesini geçerli saymamıştır. Nitekim işe iade davası konusu olan olayda yerel Mahkeme, emekliliğe hak kazanan ve bu gerekçe ile sözleşmesi feshedilen davacının fesih tarihinde 67 yaşını doldurmuş olduğu ve hukukumuzda bu yaşın çalışmak için son sınır olduğu gerekçe gösterilerek açılan davayı red etmiştir. Yargıtay ise, "İş Kanununda iş sözleşmesi ile çalışan bir kişi için bir çalışma yaşı üst sınırı belirlenmiş değildir" diyerek, "davacının verimsizliği de ileri sürülmediğine göre anılan gerekçe ile istemin reddi hatalıdır" demiştir<sup>11</sup>.

Görüldüğü üzere gerek yaşlılık gerekse emeklilik, bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde tek başına geçerli sebep sayılmamaktadır. Şu kadar ki, bir işçinin yaşlı ya da emekli olması, onun iş veriminin önemli ölçüde

<sup>9</sup> Bak., Şükran **Ertürk**, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s.184; **Süzek**, "...bu tür kayıtların geçerli kabul edilmesi kolaylıkla emredici iş güvencesi hükümlerinin dolandırılması sonucunu yaratabilir" demektedir. İş Hukuku 4. Bası, s.511.

<sup>10</sup> Y9.HD., nin 15.05.2006 tarih ve 12635/14038 sayılı kararını inceleyen, Fevzi **Demir**, Sicil 8, s. 110.

<sup>11</sup> Y9.HD.nin 10.11.2003 tarih ve 18926/18920 sayılı kararı için bak., **Akı/Altıntaş/Bahçivancılar**, s.116 (60); Y9.HD.nin benzer nitelikteki diğer bir kararı 27.03.2006 tarih ve 5584/7867 sayılıdır. Çalışma ve Toplum D. 2006 S.10, s.220.

azalmasına sebep oluyorsa, bu takdirde geçerli bir fesih sebebinin varlığından söz edilebilecektir. Bu konuda hem bir kısmına yukarıda deyindiğimiz yargı içtihatları hem de iş hukuku öğretisi<sup>12</sup> aynı görüşü paylaşmaktadırlar.

### III. BİR SOSYAL SEÇİM KRİTERİ OLARAK EMEKLİLİK

Yargıtay önceki kararlarında, emekliliği bir sosyal seçim kriteri olarak ele almaktaydı. Nitekim 2005 ve 2006 yıllarında verdiği kararlarında; “Zira, 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”<sup>13</sup>, ifadeleri ile emekliliğe hak kazanmış olmayı, örnek olarak verdiği sosyal seçim kriterleri arasında göstermekteydi. Ancak Yargıtay daha sonra verdiği kararlarında, iş sözleşmesinin feshinde sosyal seçim yerine genellik ve objektiflik esaslarının varlığını aramaya başlamıştır<sup>14</sup>.

ALPAGUT’a göre sosyal seçim, işletmesel nedenlerle yapılan iş sözleşmesi fesihlerinde, sosyal açıdan zayıf olan tarafın korunması amacıyla, işten çıkarılacak işçilerin belirli kriterlere göre seçilmesini ifade etmektedir<sup>15</sup>. Ancak hukukumuzda yasal dayanağı bulunmadığı için içtihat yolu ile işverene bir sosyal seçim yükümlülüğü getirilmesinin isabetli olmadığını; bunun yerine İş Kanunu’nun 29 uncu maddesi uyarınca toplu işçi çıkarılması prosedürü içinde, işveren ile işçi sendikasının yapacağı görüşmede, sosyal seçim kriteri oluşturulmasının mümkün olduğunu belirtmektedir<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Bak., **Süzek**, İş Hukuku, 4. Baskı, s.509 v.d., aynı eser dn.75’de belirtilen yazarlar.

<sup>13</sup> Y9.HD.nin 19.09.2005 tarih ve 28125/30446 sayılı kararı, Osman G. **Çankaya/Şahin Çil**, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 60, 61; Y9.HD.nin 03.04.2006 tarih ve 4878/8253 sayılı kararı, Gülsevil **Alpagut**, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, SİCİL 2006/4, s.95-97.

<sup>14</sup> Y9.HD.nin 11.12.2006 tarih ve 25167/32359 sayılı kararında, işten çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığının araştırılması gerektiğinden söz etmektedir. Çalışma ve Toplum D., 2007 S.13, s.189-192; Y9.HD.nin 04.12.2006 tarih ve 30340/31894 sayılı kararında; emekliliğe hak kazanma ölçütü olarak ele alınmış ise, bu hususun objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının araştırılması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Çalışma ve Toplum D., 2007 S.13, s.224, 225.

<sup>15</sup> **Alpagut**, SİCİL 2006/4, s.99

<sup>16</sup> **Alpagut**, SİCİL 2006/4, s.105.



Yargıtay'ın, 4857 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinde belirtilen geçerli nedenler arasında yer almayan sosyal seçim esasını aramakta ısrarlı olmasını isabetli bulan SÜZEK iş hukuku öğretisindeki çoğunluk görüşüne katıldığını belirterek; sosyal seçim ölçütünün yasal dayanağının bulunmaması, içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülük getirmesi, hukuki güven ve açıklık esasları ile bağdaşmaması, kriterler arasında önceliğin belirlenmemesi, işçilerle işveren arasında değil, bu işçilerle işten çıkarılmayan işçiler arasında menfaat uyumsuzluğunu gündeme getirmesi ve ispat yükümlüğü sorunları yaratması v.b gerekçelerle, iş sözleşmelerinin feshinde göz önünde tutulmaması gerektiğini söylemektedir<sup>17</sup>.

#### IV. TOPLU İŞÇİ ÇIKARILMASINDA EMEKLİ İŞÇİLERİN DURUMU

Yargıtay'ın son kararlarına göre; özellikle İş Kanunu'nun 29 uncu maddesi uyarınca bir işletmesel karara dayanılarak kadro fazlası işçilerin topluca işten çıkarılması sırasında emekliliği dolanların işten çıkarılmasının, sözleşmelerin geçerli nedenle feshi için uygun bir kriter olduğu kabul edilmektedir. Ancak emeklilik nedeniyle işten çıkarılması gereken işçilerin belirlenmesi sırasında yapılan işlemin ayrıca genellik ve objektiflik esaslarına uygun olması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>18</sup>.

Yargıtay emekli olmak yanında henüz emekliliğini istememiş fakat emekliliğe hak kazanmış durumda olmanın, hatta yaş hariç diğer emeklilik koşullarını yerine getirmiş olmanın da geçerli bir fesih nedeni olacağını kabul etmektedir<sup>19</sup>. Kanımızca bu noktada emekli olup yaşlılık aylığı almakta

<sup>17</sup> Bu konuda bak, **Süzek**, İş Hukuku, 4. Baskı, s.544, 545; **Çelik**, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, SİCİL 2006/4, s.6, 7.

<sup>18</sup> Y9.HD.nin 04.12.2006 tarih ve 30340/31894 sayılı kararına göre; "... meydana gelen işgücü fazlalığının giderilmesinde iddia edildiği gibi emekliliğe hak kazanma ölçütü olarak ele alınmış ise, bu hususun objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı da araştırılmalı ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir", Çalışma ve Toplum D., 2007 S.13, s.224, 225.

<sup>19</sup> Y9.HD.nin 27.11.2006 tarih ve 22889/31255 sayılı kararına göre, "Mahkemece yapılacak iş ...işçi fazlalığı söz konusu ise emekliliğe hak kazanmanın ölçütü olarak dikkate alınıp alınmadığı, alınmış ise bunun objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermektir", Çalışma ve Toplum D., 2007 S.14, s.285-287; Aynı nitelikte olmak üzere, Y9.HD.nin 19.11.2007 tarih ve 32998/34482 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum D., 2008 S.17, s.314-316 ve Y9.HD.nin 24.03.2008 tarih ve 2007/27596 E., 2008/5990 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum D., 2008, S.18, s.305, 306.

olanları veya istedikleri an emekli olabilmek için gerekli koşullara sahip bulunanları; yaş koşulu hariç olmak üzere diğer emekli olabilme koşullarını tamamlamış bulunan işçilerden ayırmak ve özellikle yaş koşulunu beklemekte olanları diğerleriyle eşit durumda görmemek gerekmektedir.

Nitekim yaşlılık aylığı alma olanağına henüz sahip olamamış bu işçilerin işten çıkarılmaları halinde iş bulmaları da zor olacağından, emekli olacakları yaşa kadar ekonomik sıkıntıya düşmeleri kaçınılmazdır. O halde bunlar yaşlılık aylığı almakta olan veya sosyal güvenlik kurumuna bir dilekçe ile başvurduklarında hemen yaşlılık aylığı bağlanacak durumda olan işçilerle bir tutulmamalıdır.

Örneğin bir işçinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı yasa ile ağırlaştırılmış ve halen yürürlükte bulunan hükümlerine göre (Md.60), emekliliğe hak kazanıp yaşlılık aylığından yararlanabilmek için genel olarak şu koşulların mevcut olması gerekecektir: (a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmak ve en az 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm (MYÖ) sigortaları primi ödemiş olmak; veya (b) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmak, 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün MYÖ. sigortaları primi ödemiş olmak gereklidir<sup>20</sup>.

Bu koşullardan herhangi birisinin eksik olması halinde bu kişinin emekli olup yaşlılık aylığı alma hakkını elde etmesi mümkün değildir. Nitekim 18 yaşında çalışmaya başlayarak 20 yıl aralıksız çalışan ve  $(360 \times 20 = )7200$  gün sigorta primi ödemiş olan bir erkek işçi 38 yaşında olup, 60 yaşının doldurup emekli olabilmesi için çalışarak veya çalışmaksızın daha 22 yıl beklemesi gerekecektir.

Kıdem tazminatı hakkını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun ile eklenen "5" no.lu bende göre; yaşlılık aylığına hak kazanma konusunda kadın ve erkek işçiler için 506 sayılı Kanun'un 60 inci maddesinde aranan belirli yaşı doldurma koşulu hariç olmak üzere, aynı kanunun 60 ve geçici 81 inci maddesinde yer alan prim ödeme gün sayısını ve sigortalılık süresini tamamlayan kişiler de iş sözleşmesini feshederek işverenden kıdem

<sup>20</sup> 4447 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce en az 5000 gün MYÖ. sigortaları primi ödeyenler için, emeklilik yaşı kadın için 50, erkek için 55 olarak kabul edilmekteydi. Hatta kadın ise 20, erkek ise 25 yıldan beri sigortalı bulunan ve en az 5000 gün MYÖ. sigortaları primi ödemiş olanlar için yaş koşulu da aranmıyordu.

tazminatı alabilmektedirler. Bu işçiler emeklilik için kanunun aradığı belirli yaşa henüz gelmedikleri için yaşlılık aylığı almaya hak kazanamamışlardır. Acaba işletmesel nedenle işçi azaltılmasına gidildiğinde bu durumdaki işçiler de emekliliğe hak kazanan diğer işçilerle aynı kategoriye dahil edilecekler midir? Diğer bir ifade ile sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talep edebilecek duruma gelmiş olan işçilerin işten çıkarılması, geçerli nedene dayalı ve aleyhine feshin iptali ve işe iade davası açılması mümkün olmayan bir fesih işlemi olarak kabul edilebilecek midir? Daha basit ifadeyle, iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alabilecek durumdaki bir işçinin iş sözleşmesi, geçerli nedenle feshedilebilecek midir?

İşletmesel nedenle işçi azaltılmasına giden ve henüz emekli olma hakkını elde edememiş olmakla birlikte, 1475 sayılı Kanunun 14/1-5 maddesine göre iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talep edebilecek durumda olan işçileri; emekli maaşı alıp sosyal güvenlik DESTEK PRİMİ ödeyerek çalışan veya emekli olabilmek için kanunun aradığı tüm koşullara sahip olmasına rağmen henüz emekliliğini istememiş olan işçilerle aynı kategoride kabul edip iş sözleşmelerinin geçerli nedenle fetheden bir işverenle ilgili olarak verilmiş bir Yargıtay kararına henüz rastlayamadım. Bu nedenle Yargıtay'ımızın bu konuda ne düşündüğünü bilemiyorum.

Bize göre, emekli aylığı alan ya da her an emekli olabilecek durumda olan işçilerle, diğer koşullara sahip olmakla birlikte henüz kanunun aradığı yaşa gelmediği için emekli olamayan işçileri aynı kategoriye tabi tutmak mümkün değildir. Çünkü işten çıkarıldıklarında, Sosyal Güvenlik Kurumundan emekli maaşı alamayacak durumda olan bu işçiler, geçim sıkıntısı içine düşeceklerdir. Bize göre bu durumda olan işçilerin geçerli nedenle işten çıkarılabilmeleri için, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde yer alan geçerli fesih koşulların aranması isabetli olacaktır<sup>21</sup>.

#### **V. FESİH İŞLEMİNİN GENELLİK VE OBJEKTİFLİK NİTELİĞİ**

Yargıtay, işletmesel nedenlerle toplu işçi çıkarılmasında emekli olan ve emekliliği gelen işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshedilebilmesi için bazı kriterler aramaktadır. Bunlardan birisi fesih işleminin işyerindeki

<sup>21</sup> **Süzek**, "yaşlılık nedeniyle iş veriminde belirli bir azalma olan işyerine yıllarını vermiş kıdemli bir işçinin iş akdine son verilmesi geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmelidir. En azından bu işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması beklenmelidir" demektedir. İş Hukuku 4. Bası, s.509.

tüm emeklileri kapsamı (genellik esası), diğeri de emekliliğe hak kazanmış işçiler arasında yapılan seçimin objektif nitelik taşımasıdır. Böylece Yargıtay emekliliği, artık bir sosyal seçim kriterleri olarak görmemekte, emeklilik nedeniyle işten çıkarma işlemini, genellik ve objektiflik<sup>22</sup> açısından denetime tabi tutmaktadır.

Yargıtay, fesih uygulamasında genellikten ne anlaşılması gerektiğini, aşağıdaki içtihadıyla açıkça ortaya koymuştur. Nitekim, işyerinde atıl (eylemsiz) personelin azaltılması ve çalışan sayısının norm kadroya çekilmesi amacıyla emeklilik hakkını kazanan işçinin iş sözleşmesinin feshiyle ilgili bir uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararında; “İşyerinde fesih tarihinde çalışan işçi sayısı ve norm kadro sayısı mahkemece araştırılmış değildir. Yine işyerinde emeklilik hakkını kazanan işçiler yönünden genel bir uygulama olup olmadığı belirlenmemiştir. Ayrıca işverence yeni işçi alımı olup olmadığı da tespit edilmiş değildir. Mahkemece bütün bu hususlar üzerinde durulmalı, gerekirse keşif icra olunarak gerçek durumun tespitine çalışılmalıdır. İşyerinde norm kadro üzerinde çalışma olması, işverence emeklilik hakkını kazanan tüm işçiler yönünden bu uygulamanın varlığı ve yeni işçi alımının olmadığı belirlenmesi halinde şimdiki gibi davanın reddine karar verilmeli, aksi halde kabulü cihetine gidilmelidir” demiştir<sup>23</sup>.

Diğeri yandan işletmesel nitelikli bir karar sonucu emeklilik nedenine dayanılarak yapılan toplu işçi çıkarmada genel bir uygulama yoksa, yani işveren tüm emeklileri işten çıkarmayıp bazılarının sözleşmelerini feshetmiş ise; emekli olup sözleşmeleri feshedilen işçilerle yine emekli oldukları halde işyerinde bırakılan işçiler arasında yapılan ayırımın objektif esaslara dayandırılıp dayandırılmadığı araştırılmalıdır<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> **Süzek**, “... Yargıtay tarafından benimsenen, ancak içeriği açıklanmayan “objektif kriter” kavramını, işverence işten çıkarılacak işçilerin seçiminde hakkaniyet gereği objektif ve haklı olmayı gerekli kılan, “eşitlik ilkesine” uygun davranmak olarak anlamak gerekir” demektedir. İş Hukuku 4. Bası, s. 546.

<sup>23</sup> Y9.HD., 21.11.2006 tarih ve 22624/30737 sayılı kararı için bak., LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (İHSGHD), İstanbul 2007/14, s.742, 743.

<sup>24</sup> Y9.HD.nin 24.03.2008 tarih ve 2007/27596 E., 2008/5990 sayılı kararına göre; “...emekliliğe hak kazananların işten çıkarılmasına ilişkin işlemin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı” araştırılmalıdır. (Çalışma ve Toplum D., 2008 S18, s.305, 306).

**SONUÇ : Bir işçinin salt emekli olduğu için işten çıkarılması geçerli olarak kabul edilemez.** Başka bir deyişle fesihte, emeklilik tek başına geçerli bir neden olmadığından, iş sözleşmesinin geçerli nedene bağlı olarak feshedilebilmesi için İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde yer alan koşullar bakımından, emekli bir işçinin işten çıkarılması ile emekli olmayan bir işçinin işten çıkarılması arasında fark bulunmamalıdır.

Yargıtay, İşçilerin işletmesel bir nedenle işyerinde işçi fazlalığının doğması iddiası ile **toplucu işten çıkarılmaları durumunda;** işletmesel kararın tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının denetimi bir yana, işçi fazlalığı söz konusu olup emekliliğe hak kazanma ölçütü olarak dikkate alınmış ise, bunun objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığına bakılmasını istemektedir<sup>25</sup>. Ayrıca genel uygulamaya tabi tutulacak işçilerin, emekli olup yaşlılık aylığı alan ya da emekli olabilmek için kanunun aradığı tüm koşullara sahip olduğu halde henüz yaşlılık aylığı almak için sosyal güvenlik kurumuna başvuruda bulunmamış işçilerden olması; buna karşılık yaş koşulu tamam olmayan yani emekli olabilecek yaşa henüz ulaşmamış olmakla birlikte, kanunun aradığı diğer koşulları yerine getirmiş olan işçilerin diğerlerinden ayrı tutulması gerekmektedir.

İşveren, eşit durumda olan tüm emekli işçileri işten çıkarmamış ise işten çıkarılanların hangi objektif nedene dayalı olarak iş sözleşmelerinin feshedildiğini ispat etmesi gerekir. Örneğin bazı emekli işçiler sırf işverene yakın oldukları için tensikat dışında bırakılmışlar ise işverenin bu tutumu, objektif değil fakat tamamen hukuken geçerli olmayan sübjektif bir davranış olacaktır.

Bu gün bir yandan yaşlılık aylığı alırken diğer yandan çalışan emeklilerin büyük çoğunluğunu, aldığı yaşlılık aylığı kendisinin ve ailesinin geçimine yetmediği için çalışmak zorunda olan kişiler teşkil etmektedir. Elbette çalışan bu emeklilerin, henüz iş bulamamış olan gençlerin önünü tıkadıkları da başka bir gerçektir. Soruna bu açıdan bakıldığında emekliliğin, iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden sayılması akla ve mantığa uygun gelebilmektedir.

Nitekim 5510 sayılı Kanun'un yaşlılık aylığı almakta iken **sigortalı bir işte çalıştıklarında yaşlılık aylıklarının kesileceği** hakkındaki 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, bir yandan sosyal sigortanın korunmasına

<sup>25</sup> Y9.HD.nin 30.10.2007 tarih ve 35668/31775 sayılı kararı (Çalışma ve Toplum D., 2008 S.); aynı dairenin 19.11.2007 tarih ve 32998/34482 sayılı kararı için bak., Çalışma ve Toplum D., 2008 S.17, s.314-316.

diğer yandan da yaşlılık aylığı alanların çalışmaya ihtiyaçları kalmayacağına, eğer yine de çalışacaklarsa yaşlılık aylıklarından vazgeçmeleri gerektiğine yöneliktir. Anılan madde kapsamına girenlerin emekli olduklarında yaşlılık aylığı almakta iken sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışmak ve ek gelir elde etmek olanağı ortadan kalkacaktır.

Elbette bu hüküm, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği (01.10.2008) tarihinden sonra emekli olacaklar için söz konusudur. 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce sigortalı olarak çalışmaya başlamış olanlardan emekli olan veya emekli olacak kişiler, tekrar iş sözleşmesi ile çalıştıkları ya da serbest meslek icra ettikleri takdirde sosyal güvenlik destek primi ödemeleri koşulu ile yaşlılık aylıklarını almaya devam edebileceklerdir.

İş sözleşmesinin feshinde emekliliğin geçerli bir neden olup olmadığı sorunu; 5510 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, özellikle yaşlılık aylığı almak yerine, fiilen bir işte çalışarak yaşlılık aylığından daha yüksek maaş almayı tercih eden beyaz yakalı işçiler bakımından azalarak da olsa yine devam edecektir. Ancak 60, 65 yaşlarında emekli olacak mavi yakalı işçilerin ise, muhtemelen herhangi bir işte çalışacak güçleri kalmayacağından, işten atılmak gibi bir endişeleri de olmayacaktır.