

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞÇİNİN AYNI İŞVERENİN İŞYERLERİNDE ARALIKLI ÇALIŞMASI DURUMUNDA KIDEM TAZMİNATININ HESAPLANMASI

Arş. Gör. Serkan ODAMAN
Dokuz Eylül Üniversitesi İ.İ.B.F.
Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Görevlisi

I - Genel Olarak

Kıdem tazminatı her zaman çalışma hayatının en önemli ve üzerinde en çok tartışılan konularından biri olmuştur. Bu tazminat işçiler tarafından önemli bir işçilik hakkı; işverenler tarafından da maliyetleri yükselten bir ödeme olarak görülmüştür. Her ne kadar adı bir "tazminat" ise de, kıdem tazminatının teknik anlamda bir tazminat olduğunu söylemek güçtür¹. Hukuki niteliği konusunda doktrinde derin tartışmaların² yaşandığı kıdem tazminatı müessesesine, zaman içinde, eksikliği hissedilen bazı işlevlerin de yüklenmesine gayret edilmiştir³.

Kıdem tazminatı ile ilgili uyuşmazlıkların büyük bölümü, kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, hangi durumlarda yerine getirileceği ve miktarı hakkındadır. Şöyle ki; işçinin hizmet görme edimini tek işverene tek hizmet döneminde sunduğu hallerde kıdem tazminatı, hizmet sözleşmesinin İş Kanunu md.14/I'de belirtilen şekilde sona ermesi durumunda ödenecektir. Ancak, işçinin *aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklı çalışması halinde* kıdem tazminatına esas olacak sürenin ve buna bağlı olarak ödenecek miktarın ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu çalışmada konuya sadece bu açıdan yaklaşıp farklı ihtimaller ve Yargıtay kararları dikkate alınarak çözüm önerileri sunulacaktır.

¹ Odaman, S.: İşçinin Haklı Sebep Fesih Hakkı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 1998, sf.109

² Kıdem tazminatının hukuki niteliği üzerindeki tartışmalar için bkz.Narmanlıoğlu, Ü.: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), İstanbul, 1973, sf.324 vd.; Başterzi, S.: İşsizlik Sigortası, Ankara, 1996, sf.203 vd.; Usta, O.: İş Kanunundan Doğan Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara, 1994, sf.21 vd.; Cuhruk, M.: Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara, 1978, sf.3-4; Reisoğlu, Safa: 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara, 1976, sf.20-24; Çenberci, M.: İş Kanunu Şerhi, 5.Bası, Ankara, 1984, sf.282-284; Güven, E./ Aydın, U.: İş Hukuku, Eskişehir, 1998, sf.93-94

³ Odaman, sf.108-109

II - İşçinin Aynı İşverenin İşyerlerinde Aralıklı Çalışması

1475 sayılı İş Kanununun 14/II maddesi uyarınca "işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışmaları süreler gözönüne alınarak hesaplanır..."⁴. Eğer sadece bu hüküm dikkate alınır, işçinin işyerinden kıdem tazminatını almasını gerektirecek bir nedenle ayrılması, ancak daha sonra aynı işverene ait bir işyerine girip oradan da kıdem tazminatını hak ederek ayrılması durumunda, her iki işyerindeki kıdemi bir bütün olarak değerlendirilecek ve kıdem tazminatı tutarı buna göre belirlenecektir. Doğal olarak, hizmet sözleşmesinin ilk sona erdiği anda almış olduğu kıdem tazminatı miktarı, her iki kıdem süresi birleştirilerek bulunacak ikinci kıdem tazminatı tutarından düşülecektir. Nitekim doktrinde bu görüşü savunan azımsanamayacak sayıda yazar bulunmaktadır⁵. Ne var ki, İş Kanununun 14/VIII maddesinde aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenemeyeceği belirtilmektedir. Oysa sözkonusu görüş kabul edilecek olursa ilk çalışma dönemi için kıdem tazminatı ödendiği halde, ikinci sona ermede de kıdem tazminatı hesabında yine ilk dönem dikkate alınacaktır. Bu durumda aynı dönemin iki defa kıdem tazminatına esas alınması gibi bir sonuç doğmaktadır⁶. Her ne kadar bu görüş taraftarları daha önce ödenmiş miktarın düşürüleceğini ifade etseler de hesap yapıldığında yine de bir tazminat fazlalığı ortaya çıkmaktadır. Üstelik, işçi aynı işverenin işyerine, ilk sona ermeden sonra nispeten uzunca bir süre geçince girerse kendisine ödenmiş olan ilk kıdem tazminatı miktarı mevcut enflasyon oranları

⁴ Kanımızca; sözkonusu hüküm, kötünietli işverenlerin daha az kıdem tazminatı ödemeye yönelik maksatlarını bertaraf etmek amacıyla getirilmiştir. Ancak, işverenlerin kötünietli olduğunu varsayarak md.14/II hükmünü her halükarda uygulamak, hakkaniyete uygun sonuç doğurmaz. Bu nedenle sadece, işverenin gerçekten işçisine daha az kıdem tazminatı verme amacını taşıdığı anlaşıldığı istisnai durumlarda, kıdem süreleri birleştirilerek hesap yapılmalı ve md.14/II hükmü ancak işverenin kötünietinin anlaşıldığı durumlarda uygulama alanı bulmalıdır (Bkz.aşağıda III)

⁵ Oğuzman, K.: Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, sf.250-251; Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri), İzmir, 1994, sf.405 vd.; Narmanlıoğlu, (Kıdem Tazminatı), sf.264 vd.; Ekonomi, M.: İş Hukuku, İstanbul, 1980, sf.242 vd.; Süzek, S.: "Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri", İstanbul, 1991, sf.73-74; Güven/ Aydın, sf.99-100; Reisoğlu, sf.40 vd.; Güzel, A: Karar İncelemesi, İHU, İş K.14 (No.41)

⁶ Narmanlıoğlu; önceki tazminat alınmış sürenin, kanunda kıdem-hizmet süresi ayrımı yapılmadığı için, tazminatın miktarına esas olacağını, genel çalışma süresine de dahil edileceğini, son ücretine göre hesaplanacak kıdem tazminatı tutarından önceki aldığı miktarın mahsup edilerek kalanın kendisine ödenmesi gerekeceğini belirtmektedir. Yazar, İş Kanununda fasıllı çalışmaları açısından kullanılmakla tükenen ya da tüketilen bir kıdem süresi öngörülmediğini, kıdem tazminatı bakımından işçinin aynı işverenin buyruğundaki tüm çalışma hayatının gözönüne alınacağını ifade ederek, farklı bir sonuca ulaşmaktadır (Bu görüş hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz.Narmanlıoğlu, Ü.: "Aralıklarla Kurulmuş İş Sözleşmeleriyle Çalışan İşçinin Kıdem/Hizmet Süresinin Belirlenmesine İlişkin Kanuni Esaslar ve Yargıtay'ın Tutumu (Aralıklarla Kurulmuş), Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, 1996, sf.329-352).

dikkate alındığında çok düşük kalacak ve son kıdem tazminatından ilk ödeme tutarında yapılacak indirim de fazlaca bir anlam taşımayacaktır⁷.

Bundan başka, sözkonusu görüşe göre; işçinin son kıdem tazminatı hesaplanırken daha önceki dönemler dikkate alınacağından, çalışmasının bir kesiminde kıdem tazminatı alarak işten ayrılmış, daha sonra aynı işverenin buyruğunda -aynı veya değişik işyerinde- çalışmasını sürdürmüş işçinin kıdem tazminatına hak kazandıran son sözleşmesi bir yıldan az süreli de olsa, işçi yeni çalışması için de kıdem tazminatı talep edebilecektir⁸. Bize göre ise, kıdem tazminatı, işçi ile işveren arasında, işçinin gerçekten "kıdemli" olarak nitelenebilmesini sağlayacak uzunlukta bir süreyle karşılıklı sadakat ve iyiniyet çerçevesinde devam etmiş bir hizmet sözleşmesinin mevcudiyeti dolayısıyla verilmelidir⁹. Oysa sözkonusu durumun tekrarlanması halinde her defasında bir yıllık çalışma süresi dolmadan kıdem tazminatının ödenmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Bu ise kıdem tazminatı ödemesine hakim olması gereken "ikramiye" verme maksadıyla bağdaşmamakta, çok kısa süreli ve istikrarsız çalışmalar için dahi bir tediyede bulunulması durumunu beraberinde getirmektedir. Bu nedenlerle kanımızca, hizmet sözleşmesi ikinci defa kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ererse, sadece ikinci kıdem süresi dikkate alınmalı ve kıdem tazminatı miktarı da bu süreye göre belirlenmelidir¹⁰. Yargıtayımız da son dönem kararlarında bu görüşü benimsemektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme bir kararında askere giderken hizmet sözleşmesi feshedilen işçiye kıdem tazminatı ödenmesinin kanun gereği olduğunu, bu sona ermede işverenin daha az kıdem tazminatı ödemeye yönelik bir davranışının sözkonusu olamayacağını¹¹, bu nedenle davalının son ayrılışında kıdem tazminatı hesaplanırken askerlikten önceki sürenin dikkate alınamayacağını ifade etmektedir¹². Nitekim, Yargıtay

⁷ Hatta, önceki kıdem tazminatı son miktardan mahsup edilirken arada geçen süre için yasal faiz uygulanması bile sonuca ciddi oranda etki yapmayacaktır.

⁸ Narmanlıoğlu (Araçlarla Kurulmuş), sf.340

⁹ Odaman, sf.109

¹⁰ Esener, T.: İş Hukuku, Ankara, 1978, sf.251; Tunçomağ, K.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1989, sf.239; Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1994, sf.209; Sümer, H.H.: İş Hukuku, Konya, 1996, sf.106; Dönmez, K.Y.: İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara, 1998, sf.242; Elbir, H.K.: İş Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1984, Sf.123; Cuhruk, sf.23 vd.

¹¹ Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.aşağıda III

¹² Yargıtay 9.HD., 15.02.1991, E.90/11573, K.91/2383, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül-1991, sf.16-17; Yüksek Mahkemenin aynı yöndeki bir kararında da bu sonuca varılmış ve İş Kanunu md.14/VIII'deki aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenmeyeceğine ilişkin hükmün yasanın amir hükmü olduğu, aksine davranışın cezai müeyyideyi gerektirdiği ve toplu iş sözleşmesindeki "ödemenin avans olduğu" şeklindeki hükme de bu bakımdan geçerlik tanınamayacağı ifade edilmiştir (Yargıtay 9.HD., 17.12.1991, E.91/10952, K.91/16202, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran-1992, sf.41-42); A.Güzel'in eleştirisine konu olan bir kararında da Yargıtay, işçinin önceki hizmet sözleşmesi muvazzaf askerlik nedeniyle kıdem tazminatı ödenmek suretiyle sona ermişse bu sürenin son ücret üzerinden yeniden değerlendirilmesinin olanaklı olmadığına hükmetmiştir (Yargıtay 9.HD., 13.10.1983, E.83/5609, K.83/7938, İHU, İş K.14 (No.41) ve A.Güzel'in incelemesi)

daha yeni tarihli kararlarında da aynı görüşünü devam ettirmiş ve her iki döneme ait hizmet sürelerinin birleştirilerek kıdem tazminatı hesabı yapılmasının bozmayı gerektirdiğini belirtmiştir¹³. Esasen, 1475 sayılı Kanununun 14/VIII maddesinin emredici özelliği karşısında da aksi bir sonuca ulaşmak mümkün olmamak gerekir. Nitekim Yargıtayımız da bu hususta verdiği isabetli kararlarında, md.14/VIII hükmüne aykırı olarak kabul edilen ve önceki dönemde alınan kıdem tazminatının geri verilmesi suretiyle, son dönem için kıdem tazminatı miktarı hesaplanırken her iki dönemin de dikkate alınmasını mümkün kılan toplu iş sözleşmesi düzenlemesinin yasal esasını değiştiremeyeceğini ifade etmiştir¹⁴.

III - İşçinin Aynı İşverenin İşyerlerinde Feshe Karşın Çalışması

İşçinin aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde aralıklı olarak çalışması durumunda, ikinci hizmet dönemi sonunda şartları yerine gelmişse kıdem tazminatı hesabı yapılırken yukarıda belirtildiği üzere ilk dönem çalışması -eğer o dönem için de kıdem tazminatı ödenmişse- dikkate alınmayacaktır. Ne var ki, işverenin bu imkandan yararlanarak çıkış-giriş yaptırıp kıdem tazminatı ödeyerek işçiyi hemen tekrar işe alması yani aralıksız çalıştırması ihtimal dahilindedir. Bu şekilde, işçinin kıdemi hiçbir zaman artmayacağından çok yüksek miktarda kıdem tazminatı ödemekten kurtulması mümkündür. Ancak, hukukun bu tip bir davranışı koruması mümkün değildir. Bu nedenle, sözkonusu hallerde ilk dönem için kıdem tazminatı ödenmiş olsa da, yukarıdakinden farklı bir sonuca ulaşılmalı ve kıdem tazminatı tüm hizmet süreleri birleştirilerek hesaplanmalıdır. Şüphesiz burada da ilk verilen tazminat tutarı mahsup edilerek kalana hükmedilecektir. İlk fesihle, işe yeniden giriş arasında geçen zamanın işverenin kötünüyetli olup olmadığını göstermesi bakımından ne kadar olması gerektiği konusunda kesin bir ölçüt bulmak mümkün değildir. Burada her olayın özelliğine göre bir sonuca varmak gerekir; örneğin, işverenin kıdem tazminatı ödeyerek hizmet sözleşmesini feshetmesi

¹³ Yargıtay 9.HD., 25.10.1995, E.95/12837, K.95/32900, İşveren Dergisi, Ocak-1996, sf.17; Yargıtay 9.HD., 17.01.1996, E.95/26770, K.96/152, İşveren Dergisi, Mart-1996, sf.16; Yargıtay 9.HD., 08.07.1996, E.96/3169, K.96/15470, Çimento İşveren Dergisi, Eylül-1996, sf.35

¹⁴ "Sonradan işe girilirken, önceki kıdem ödencesinin geri verilmesi suretiyle yeniden aynı dönem için son ücretten kıdem ödencesi istemi "aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenemez" yolundaki buyurucu hükme aykırıdır" (Yargıtay 9.HD., 10.12.1981, E.81/12525, K.81/14662, YKD. Haziran-1982, sf.808).

Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında da ilk alınan kıdem tazminatı miktarının iade edilmesiyle, her iki hizmetin birleştirilmesini ve bütün hizmet süresi için son ücret üzerinden kıdem tazminatı talep edilmesini mümkün kılan toplu iş sözleşmesi hükmünün, 14.maddenin 8.fıkrasındaki sınırlama esasına aykırı düşeceğini ve kıdem tazminatında ikinci bir değerlendirmeye yol açacağını belirtmektedir (Yargıtay 9.HD., 07.05.1984, E.84/4321, K.84/5095, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs-1985, sf.15; Yargıtay HGK., 26.09.1986, E.86/9-290, K.86/799, YKD. Şubat-1988, sf.159-161).

ve işçiyi hemen ertesi gün tekrar işe alması durumunda iyiniyetli bir davranıştan bahsedilemeyeceği açıktır¹⁵. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin bir kararı eleştiriye açıktır: Kararda; davacı işçinin 27.09.1992 tarihindeSanayi A.Ş.'ye ait işyerinden ayrılırken ihbar ve kıdem tazminatının kendisine ödendiği, daha sonra 28.09.1992 tarihinde ...Ltd.Şti.'nde yeni bir hizmet sözleşmesiyle çalışmaya başladığı ve bu çalışmasının 25.07.1996 tarihinde sona erdiği, bu son dönemi için de kıdem ve ihbar tazminatı ödendiği ifade edilmiştir. Davacı işçi her iki işyerinde geçen çalışmalarının birleştirilmesi gerektiğini, zira şirketlerin aynı işverene ait olduğunu, önceki çalışma dönemi sonunda aldığı ücretin son dönem çalışması başlarken düşürüldüğünü belirterek fark alacak isteklerinde bulunmuştur. Yargıtay bu durum karşısında iki ayrı işverende geçen hizmet dönemlerinin birleştirilerek, davacının ilk işe girdiği ...Sanayi A.Ş.'deki çalışmasını sürdürdüğünün kabul edilemeyeceğini, davacının önceki ve sonraki dönemlerde nezdinde çalıştığı işverenlerin aynı olmayıp, farklı sermaye şirketleri olduğunu ve bu maddi ve hukuki olguların gözönünde tutularak farklı isteklerin reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Yargıtay sözkonusu kararında A.Ş. ve Ltd.Şti.'in farklı sermaye şirketleri olduğunu belirterek iki ayrı işverenin mevcut olduğu sonucuna varmıştır ki bu sonuç somut olay bakımından kanaatimizce isabetli değildir. İşçinin hizmet sözleşmesine son verme tarihiyle yeniden işe giriş tarihi birbirini izleyen günlerdir; dolayısıyla maksadın, işçiyi farklı bir sermaye şirketine ait işyerine geçirmek suretiyle sürelerin birleştirilmesini engellemek ve daha az kıdem tazminatı ödemek olduğu son derece açıktır. Hukukun bu tip bir hakkın kötüye kullanılmasını koruması da mümkün değildir. İşverenlerin şirketlerin tüzel kişiliklerinin farklı olmasını kullanarak birtakım yükümlülüklerinden kurtulmaları, hakkın kötüye kullanılmasından başka bir şey değildir. Sözkonusu hakkaniyete aykırı durum son dönemlerde beliren yeni bir düşünce ile de giderilmeye çalışılmaktadır. Bu düşünce "perdeyi kaldırmak", bir başka deyişle, hakkaniyet ve hükümlerin gaye ve ruhunun gerektirdiği zaman, tüzel kişilik perdesi arkasına sığınmış kişilere kadar giderek onların bu perdeden haksız yere faydalanmalarını önlemektir¹⁶. Bu nedenlerle eğer gerçekten bu iki şirketin ortakları aynı ise, ayrı tüzel kişilikler

¹⁵ Oysa Yargıtay çok yeni tarihli bir kararında sözkonusu durumda herhangi bir "kötüniyet" unsurunu tespit etmemiştir (Yargıtay 9.HD., 14.04.1998, E.98/6757, K.98/6571, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül-1998, sf.18-19)

¹⁶ Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 1995, sf.77-78; "Perdeyi Kaldırma Teorisi" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Tekinalp, G./ Tekinalp, Ü.: "Perdeyi Kaldırma Teorisi", Prof.Dr.Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995

de olsa işçinin aynı işverenin değişik işyerlerinde çalıştığı kabul edilmeli ve buna göre sonuca ulaşılmalıdır.

Kararda da ifade edildiği üzere işçinin ...Sanayi A.Ş.'den kıdem ve ihbar tazminatı alarak ayrılmasıyla ...Ltd.Şti'ne girmesi birbirini izleyen günlerde olmuştur, bu nedenle burada işverenin daha az kıdem tazminatı ödemeye yönelik bir davranışı olduğu açıktır ve 25.07.1996 tarihindeki ikinci hizmet döneminin sona ermesinde kıdem tazminatı hesaplanırken her iki dönem birleştirilerek dikkate alınmalı ancak ilk ödenen miktar mahsup edilerek kalana hükmedilmelidir¹⁷.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi işverenin hakkını kötüye kullanması hususunda kesin bir kıstas kabul etmek mümkün değildir. Ancak, işçi kendi isteğiyle, işverenin hizmet sözleşmesini md.13'e göre feshederek kendisine kıdem tazminatı ödenmesini istediği ve işveren de bu talebi kabul ettiği takdirde işverenin daha az kıdem tazminatı ödemek amacıyla hareket ettiği söylenemez. Bu nedenle böyle bir durumda, işçi işyerinden ayrıldıktan sonra tekrar aynı işverene ait bir işyerine girip oradan da kıdem tazminatı almasını gerektirecek bir durum neticesinde ayrılırsa hizmet süreleri birleştirilmeyecektir¹⁸.

Bundan başka, kadın işçinin evlenmesi dolayısıyla hizmet sözleşmesini feshetmesi ve kıdem tazminatı alması durumunda da, kadın işçi aynı işverenin bir işyerine tekrar girerse ikinci hizmet dönemi sonunda şartları oluşmuşsa kıdem tazminatı hesaplanırken hizmet sürelerinin birleştirilmesi yoluna gidilemeyecektir. Zira, kıdem tazminatı ödenen sürenin sonraki süreyle birleştirilip tümü üzerinden son ücrete göre kıdem tazminatı ödeneceği hususu, ara vermeksizin çalışmalarda işverenin daha az kıdem tazminatı ödemek amacıyla hareket etmesi halinde sözkonusudur. Oysa, işçinin evlenme dolayısıyla işinden ayrılıp kıdem tazminatı almasında böyle bir durum yoktur¹⁹.

¹⁷ Nitekim, Yargıtay'ın kanımızca isabetsiz olan kararı oyçokluğuyla alınmıştır. Üye E.Serim, görüşümüz doğrultusunda verilen yerel mahkeme kararının isabetli olduğunu belirtip çoğunluğun bozma kararına katılmamıştır.

¹⁸ Davacı 1968 yılından 15.10.1988 tarihine kadar davalının işyerinde hukuk müşaviri olarak çalıştıktan sonra işverene verdiği dilekçe ile ev aldığını, borçlandığını, paraya ihtiyacı olduğunu belirterek hizmet sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmesini istediğini bildirmiş, bu istek davalı A.Ş. Yönetim Kurulunca kabul edilerek hizmet sözleşmesinin feshine ve kıdem tazminatının ödenmesine karar verilmiştir. Böylece, anılan süreye ait hizmet sözleşmesi, tarafların serbest iradeleri ile sona erdirilmiştir. Bu durumda davalı işverenin kıdem tazminatını davacıya az ödemek amacıyla hareket ettiğini söylemek mümkün değildir. Böyle olunca sözkonusu hizmet süresi davacının aynı işyerinde sonraki çalışması ile birleştirilemez (Yargıtay HGK., 01.02.1989, E.89/9-6, K.89/46, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos-1990, sf.19); Yüksek Mahkemenin aynı yöndeki daha yeni tarihli bir kararı için bkz.Yargıtay HGK., 29.06.1994, E.94/9-423, K.94/466, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran-1995.

¹⁹ Yargıtay 9.HD., 02.06.1992, E.92/391, K.92/5898, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak-Şubat-1993, sf.45

Ayrıca, yine md.14/I hükmüne dayanarak yaşlılık ya da emeklilik aylığı almak amacıyla işçinin hizmet sözleşmesini feshetmesi ve kıdem tazminatını da alarak işten ayrılması durumunda işverenin herhangi bir kötüniyeti sözkonusu olmadığından, işçinin işyerinden ikinci ayrılışında kıdem tazminatı ödenen önceki çalışma süresi kıdem tazminatı hesabına katılarak yeniden hesap yapılamaz²⁰.

Nihayet, hizmet sözleşmesinin İş Kanunu md.16 uyarınca haklı sebeple işçi tarafından feshedilmesi durumunda da, işverenin, işçiyi hizmet sözleşmesini feshetmesine yöneltecek bir davranışı mevcut olsa da, daha az kıdem tazminatı ödemeye yönelik bir niyeti dolayısıyla bu hareketi yaptığı söylenemeyecektir. Zira, işverenin bu hareketine rağmen, işçi sözleşmeyi feshedip feshetmemekte serbesttir, hizmet sözleşmesini sona erdirecek haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde sözleşme "kendiliğinden" sona ermeyecektir, bunun için sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın bu iradesini karşı tarafa yöneltmesi gerekir²¹. Bu nedenle, md.16'ya göre yapılan bir fesih sonrasında işçi aynı işverene ait bir işyerinde aralıksız olarak çalışmaya devam ediyorsa, ikinci dönem sonunda şartların yerine gelmesi halinde kıdem tazminatı ödenirken, ilk hizmet süresinin dikkate alınması sözkonusu olmayacaktır²².

IV - İlk Sözleşmenin Kıdem Tazminatı Ödenmesini Gerektireyecek Şekilde Sona Ermesi

Yukarıda belirtilen haller, işçinin ilk hizmet dönemi sonunda sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanacak biçimde sona ermesi durumunda son dönem kıdem tazminatı miktarının hangi süre dikkate alınarak hesaplanacağı ile ilgilidir. Ancak bir diğer temel problem ilk dönem çalışmasının kıdem tazminatı almadan sona ermesi halinde kıdem tazminatının hesabıyla alakalıdır. Bu hususta kesin bir kanaate varmanın güçlüğü gerek doktrinin gerekse Yargıtay'ın konu hakkındaki görüşlerinden anlaşılmaktadır. Nitekim doktrinde bir görüş; önceki hizmet sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir şekilde sona ererse kıdem tazminatı hesabında ilk dönemin dikkate alınmaması yönündedir²³. Diğer görüşe göre ise, sözkonusu durumda işçinin ilk hizmet dönemine

²⁰ Yargıtay 9.HD., 09.10.1984, E.84/5659, K.84/8712, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs-1985, sf.16; Yargıtay HGK., 01.02.1989, E.89/9-7, K.89/47, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim-1990, sf.13; Yargıtay 9.HD., 18.02.1991, E.90/11218, K.91/2414, YKD.Ekim-1991, sf.1501-1502

²¹ Odaman, S.: "Haklı Sebep Fesih Kavramı ve Haksız Fesih İle Sonuçları", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık-1998, sf.83-93

²² Yargıtay 9.HD., 12.10.1993, E93/14033, K.93/14417, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz-Ağustos-1994

²³ Saymen, F.H.: Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, sf.598; Tunçomağ, sf.238; Oğuzman, sf.250, dn.98; Cuhruk, sf.31

ilişkin çalışması kıdem tazminatı hesaplanırken gözönünde bulundurulmalıdır²⁴. Yargıtay'ın bu konudaki kararları da istikrarlı değildir. Yüksek Mahkeme önceleri ikinci görüş doğrultusunda kararlar verirken²⁵, daha sonraları görüş değiştirmiş ve kıdem tazminatı alınmayan ilk dönemin, son dönem sonundaki kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması gerektiğine hükmetmiştir. Örneğin Yargıtay bir kararında;şayet davalı *haklı bir nedenle* hizmet sözleşmesini feshetmişse önceki dönemin, kıdem tazminatı hesabında gözönünde tutulmaması gerektiğini ifade etmiştir²⁶. Ancak, kanımızca işçinin davranışının İş Kanunu md.17/II çerçevesinde değerlendirildiği durumlarda, haklı sebeple hizmet sözleşmesini fesheden ve elbette kıdem tazminatı ödemeyen işveren, bir süre sonra aynı işiye tekrar işe aldığına, yerel mahkeme kararında da isabetli olarak belirtildiği gibi davacıyı affetmiş sayılmalıdır. Bu durumda, işçilerin hizmet süreleri bir bütün olarak değerlendirilmeli ve işverenin işçisini affetme olgusu dikkate alınarak ilk hizmet dönemindeki çalışması, ikinci dönem sonunda kıdem tazminatı ödenirken gözönünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, İş Kanunu md.17/II'ye göre yapılan ve kıdem tazminatı ödenmeyen durumlarda Yüksek Mahkemenin vermekte olduğu son kararlara katılamıyoruz.

²⁴ Çelik, sf.212-213; Narmanlıoğlu (Kıdem Tazminatı), sf.132; Ekonomi, md.14/II hükmünün mutlak bir anlam taşıdığını, bu nedenle işçinin hizmet sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyen bir şekilde sona ermiş bulunsa da, yine belirtilen sözleşmelerin devam ettiği sürelerin sonraki çalışmalarına göre kıdemi hesaplanırken gözönünde tutulması gerektiğini ve bu görüşünün İş Kanunu md.14/V hükmü ile tamamen açıklık kazandığını, md.14/IV'de değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin de birleştirileceğinin öngörüldüğünü ancak 5.fıkra "yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz" denerek bir sınırlama getirildiğini ifade etmektedir. Yazara göre; getirilen sınırlama sadece 4.fıkra yer alan kamu kuruluşlarındaki hizmet sürelerinin birleştirilmesiyle ilişkilidir ve eğer 2.fıkra genellikle hizmet sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi halinde geçen hizmet sürelerinin işçinin kıdeminde dikkate alınmayacağı yolunda bir anlam taşısaydı, 5.fıkra hükmünün getirilmesine gerek yoktu (Ekonomi, sf.222-224)

²⁵ Yargıtay HGK., 02.04.1975, E.73/648, K.496, İHU.1975, İş K.14, No.1 (Bkz.Çelik, sf.212,dn.55)

²⁶ "Davacı, yaşlılık aylığı almak amacıyla hizmet sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğini, kıdem tazminatı ödenirken 13.04.1981 - 13.03.1992 tarihleri arasındaki son hizmetinin dikkate alındığı, önceki hizmetinin değerlendirilmediğini iddia ederek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Yerel mahkemece, önceki hizmet sözleşmesinin feshinden sonra davacının tekrar işe alındığı, böylece önceki feshin haklı dahi olsa sonradan işe alınmakla *davacının affedildiği kabul edilerek* istek doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Davacının, hizmet sözleşmesiyle davalıya ait işyerinde çalışmakta iken, geçici bir görevle bir başka yere 01.02.1980 tarihinde gönderilmek istendiği halde gitmemesi nedeniyle 07.03.1980 tarihinde davalı idare tarafından işine son verildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır..." (Yargıtay 9.HD., 27.05.1993, E.92/14661, K.93/9802, İşveren Dergisi, Ocak-1994, sf.16).

Bununla birlikte, işçinin ilk dönem çalışması sonunda kıdem tazminatına hak kazanmadan işten ayrılmasını gerektiren bir diğer seçenek de bizzat işçinin İş Kanunu md.13 uyarınca hizmet sözleşmesini feshetmesidir. Yargıtay bu durumda önceki çalışma döneminin istifa ile sona ermesi dolayısıyla kıdem tazminatı hesabında dikkate alınarak fark kıdem tazminatının hüküm altına alınmasının isabetsiz olduğuna hükmetmiştir²⁷.Yine Yüksek Mahkemeye göre, davalının tekrar işe alınmış olması önceki hizmet süresinin istifa neticesinde son bulduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz²⁸.

Gerçekten de md.17/II'ye göre işverenin hizmet sözleşmesini haklı sebeple feshetmesiyle, md.13 uyarınca işçinin süreli fesih bildirimiyile sözleşmeyi feshetmesi arasında böyle bir ayırım yapılması zorunludur. Zira, md.13'e göre yapılan fesih sonrasında işveren işçiyi tekrar işe alarak kendisini affetmiş olmamaktadır, oysa md.17/II uyarınca yapılan fesihten sonra işveren işçinin yaptığı ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hareketi affederek kendisine tekrar iş vermektedir. Netice itibariyle, İş Kanunu md.13'e göre işçi sözleşmeyi feshetmişse eski çalışma kıdeme esas kabul edilmemeli, ancak işveren md.17/II uyarınca fesih yoluna giderse eski çalışma kıdem hesabında gözönünde bulundurulmalıdır.

Nihayet, *çalışmaların İş Kanunu md.14/IV'de yer alan kamu kuruluşlarında geçmesi halinde*, önceki hizmet dönemi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek bir şekilde sona ererse yapılacak hesapta geçmiş dönem dikkate alınmayacaktır. Bu husus md.14/V'de "yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz" denerek açıkça ifade edilmiştir²⁹.

²⁷ Yargıtay 9.HD., 27.05.1997, E.97/6843, K.97/10375, YKD.Kasım-1997, sf.1727-1728

²⁸ Yargıtay 9.HD., 17.01.1996, E.95/26770, K.96/152, İşveren Dergisi, Mart-1996, sf.17

²⁹ Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz.Ekonomi, sf.224; Cuhruk, sf.54-55; Narmanlıoğlu (Aralıklarla Kurulmuş), sf.360-362