

Prof. Dr. Nuri ÇELİK

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu

## I. Giriş

İşyerinde çalışan işçilere işverenin eşit davranması ve aynı durumdaki işçilere eşit çalışma koşullarını uygulaması çağdaş iş hukukunun tanıdığı, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan<sup>1</sup> bir borçtur. Bu borcun hukuki kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi (m.10) ile 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki eşit davranma ilkesi (m.5) oluşturmaktadır.<sup>2</sup>

Anayasanın 10. maddesini temel alan İş Kanunu'nda, Kanuna ilişkin madde gerekçesinde açıklandığı üzere, çalışma hayatındaki hukuki çerçeveyi belirlemek, Türkiye tarafından onaylanan Birleşmiş Milletlerin "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacıyla, işçilere eşit davranma ilkesi esaslarına yer verilmiştir (m.5). Bu maddede, iş ilişkisi ile ilgili olarak, Anayasanın 10. maddesindeki, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımı engelleyen hüküm tekrarlandıktan (f.I) sonra, işverenin, tam ve kısmi süreli, belirsiz ve belirli süreli olarak çalışan işçiler arasında, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulan-

masında ve sona erdirilmesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapamayacağı hükme bağlanmıştır (f.II ve III). Bunun gibi, bu maddede ki diğer düzenlemelere göre, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz ve bu nedenle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz (f. IV ve V).

Hemen belirtelim ki, eşit davranma borcunun uygulanması bakımından, yapılan işin niteliğine ve objektif ölçütlere göre işçiler arasında ayırım yapılması gerekebilir. Bunun sonucu olarak bu borcun mutlak olarak uygulanamayacağı ya da uygulanabileceği durumlar vardır.<sup>3</sup>

Eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı konular olarak, ücretlerin belirlenmesi ve iş sözleşmelerinin işverenlerce feshi halleri gösterilebilir. Bu incelememiz iş sözleşmelerinin işverenlerce feshi ile ilgilidir. Ancak, iş sözleşmelerinin feshinde eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için birden çok işçinin katıldığı haklı nedenle işten çıkarmayı gerektirecek nitelikte bir olayın ya da işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri sebebiyle (İş. K.m.18) birden çok işçinin işten çıkarılmasının, başka bir deyişle, kolektif nitelikli bir feshin, söz

konusu olması gerekir.<sup>4</sup> Makalemizin başlığında da belirtildiği gibi, bu incelemede sadece ikinci duruma giren işten çıkarmalar ve bununla ilgili Yargıtay kararları ele alınacaktır.<sup>5</sup> Konuyu açıklığa kavuşturabilmek için önce her iki durumun temelini oluşturan genel esaslara yer vereceğiz.

## II. Konu ile İlgili Genel Esaslar

Yukarıda değinildiği gibi, iş sözleşmelerinin işverenlerce bir tek işçi ile ilgili olarak feshi hallerinde eşit davranma borcu söz konusu olamaz. İşveren, bireysel ilişki çerçevesinde, haklı veya geçerli bir nedenle bir işçinin işten çıkarılmasında bu borcu göz önüne almak durumunda değildir.<sup>6</sup> İş güvencesi hükümleri kapsamı dışındaki bir işçinin iş sözleşmesi, fesih hakkının kötüye kullanılması durumu bir yana bırakılırsa, işverence İş Kanunu'nun 17. maddesine göre herhangi bir neden gösterilmeksizin ya da ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halinde 25. maddeye göre haklı bir nedenle feshedilebilir. İş güvencesi hükümleri kapsamındaki bir işçi de, İş Kanunu'nun 18. maddesinde gösterilen geçerli sebeplerden birinin varlığında 17. maddeye göre ya da 25. maddede belirtilen haklı bir nedenle işverence işten çıkarılabilir.

Birden çok işçinin işten çıkarılmasında eşit davranma borcunun uygulanması ise, bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Alman hukukunda, eşit davranma borcunun göz önüne alınabilmesi için, işyerinde bir bölümün kapatılmasında olduğu gibi, tüm işçilerin aynı zamanda işten çıkarılması durumları dışında, özellikle işyeri gereği sebebiyle işten çıkarılan işçiler arasında "karşılaştırma yapılabilecek", homojenlik gösteren bir durumun varlığının bulunması gerektiği öne sürülmüştür.<sup>7</sup> Alman hukukunda öteden beri savunulan bu görüş Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda yapılan bir düzenleme (§1/3, cümle 2) ile somut hale getirilmiştir.<sup>8</sup> Bu yasal esasın açıklığı karşısında, aşağıda (1.) belirtildiği üzere, işten çıkarılan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler arasındaki subjektif niteliklerin farklılığı durumunda, işçilerin işyeri gerekleri sebebiyle işten çıkarılmasında işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir. Esasen, bu düzenlemenin kanuna getirilmesinden önce de, bu temel düşünce karşısında, subjektif niteliklerin aynı olması durumuna pek rastlanamayacağından, eşit davranma ilkesini uygulama alanının sınırlı ol-

duğu ve daha çok teorik bir değer taşıdığı kabul edilmiş bulunmaktaydı.<sup>9</sup> Bu esasların hukukumuz için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Birden çok işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde olduğu gibi, işletmenin, işyerinin veya işin gereği sebebiyle feshinde de, işçilerin kişisel durumlarının, yeteneklerinin ve beceri, çalışkanlık gibi diğer subjektif niteliklerinin genellikle farklı olması karşısında bizde de aynı sonuca varılmalıdır.<sup>10</sup> İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesi ile ilgili hükümlerinde (m.5 ve m.18/III) öngörülen ayırım yasaklarının buna bir engel oluşturduğu düşünülemez. Eşit davranma ilkesine ilişkin 5. maddedeki, iş ilişkisinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı yolundaki genel hükümden sonra, iş ilişkisinin sona ermesi konusunda, cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yapılamayacağına (m. 5/III) ve buna aykırılığın yaptırımına (m. 5/VI) ilişkin özel düzenlemede, sadece bu hallerle ilgili olarak ayırım yasağına yer verilmektedir. Bu düzenleme, bunlarla işverenin aynı durumdaki işçiler arasında seçim yapmaya dayalı fesih hakkını keyfiliğe ve kötüye kullanmaya yol açan durumlar dışında, kısıtlayıcı nitelikte değildir. Aynı maddede saklı olduğu belirtilen ve 18. maddede sözü edilen, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki, çalışma koşullarında ve iş sözleşmesinin feshinde, sendika üyesi olan ve olmayan işçiler arasında, ayırım yapılamayacağına ilişkin hüküm için de aynı değerlendirme yapılmalıdır.<sup>11</sup>

## III. Konu ile İlgili İşten Çıkarmalarda "Sosyal Seçim" Ölçütü ve Buna İlişkin Yargıtay Kararları

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden dolayı işten çıkarma, işin doğası gereği bazen toplu işçi çıkarmaya kadar giden çok sayıda işçiyi ilgilendirdiğinden, aynı işi yapan işçilerin bir bölümünün işten çıkarılmasında, çıkarılacak işçilerin seçiminin takdiri bakımından işverence uyulması gereken hususların var olup olmadığı konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bazı ülkelerde, örneğin, Almanya'da Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda işçilerin sosyal durumlarına ilişkin bazı ölçütlerin göz önünde bulundurulacağına ilişkin bir düzenleme

(§1/3, cümle 1) olduğu halde bizde iş güvencesine ilişkin düzenlemede bu nokta ile ilgili bir hükme yer verilmiş değildir. Şu halde, Türkiye’de, fesih hakkının kötüye kullanıldığı, feshin keyfi olarak yapıldığı durumlar dışında, işveren yönetim hakkına dayanarak işten çıkarılacak işçilerin seçimini serbestçe yapabilir.<sup>12</sup>

Yargıtay, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle İş Kanunu’nun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin işverence feshine ilişkin olarak 2005 ve 2006 yıllarında verdiği kararlarda Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndaki düzenlemeye kısmen benzer şekilde, “sosyal seçim kriterleri” adı altında bazı esaslara yer vermiştir. Görüşümüze uygun düşmeyen ve duraksamalara da neden olan bu konudaki kararları aşağıdaki şekilde değerlendiriyoruz:

### 1. İşten Çıkarmalarda Sosyal Seçim Ölçütlerinin Göz Önünde Bulundurulması

Yargıtay’ın konumuzla ilgili bir kararına göre, “işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken, işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, 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.”<sup>14</sup>

Yargıtay’ın başka iki kararında da aynı esaslar tekrarlanmış ve bu ölçütlere göre oluşturulacak sıranın göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiş bulunmaktadır.<sup>15</sup> Her iki kararda yer verilen, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma yolundaki ölçütler Alman Feshe Karşı Koruma Kanun’undaki işyeri gereğine dayanan işten çıkarmalar ile ilgili olarak işçilerin sosyal seçim ölçütlerinin göz önünde bulundurulacağı hükmüne (§1/3) benzerlik göstermektedir. Bu hükme göre, işten çıkarmada işçilerin kıdem, yaş, bakmakla yükümlü oldukları kişilere ve özürlüğüne ilişkin durumları üzerinde durulmalıdır. Ancak, Almanya’da yasal düzenleme ile kabul edilen bu esaslar bizde kanuna alınmamış olduğu halde Yargıtay kararları ile benimsenerek ortaya konulmuştur.

Yargıtay’ın görüşünü değerlendirmeden önce sosyal seçim kavramının yasal olarak düzenlendiği Alman hukukunda konuya ilişkin olarak varılan sonuçlara kısaca değinmeliyiz. İşverence yapılan işten çıkarmalarda, kural olarak eşit davranma ilkesinin söz konusu olamayacağı ve işçilerin seçiminde işverenin geniş bir serbestliğe sahip olduğunun kabulü gerektiğine yukarıda değinmiştik. Almanya’da işten çıkarmaya ilişkin olarak ortaya konulan esasların işyeri gerekleri sebebiyle işten çıkarmalarda da göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir. Ancak, bu noktada aşağıda açıklandığı üzere, Almanya’daki yasal düzenlemede somut ifadesini bulan ve işçilerin durumları arasında genellikle var olan farklılıkların, işyeri gerekleri sebebiyle işten çıkarmalarda sosyal seçim ölçütlerinin uygulanmasını olumsuz yönde etkilediği ve bunların çok sınırlı ve teorik bir değer taşıdığı kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Bu konuda sosyal seçim kavramına ilişkin Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndaki düzenlemenin temeline yöneltilen eleştirilerin de bulunduğunu belirtmeliyiz. Bir görüşe göre, yasa koyucu tarafından konulan sosyal seçim esası, uygulamada işten çıkarılan işçilerle işveren arasında bir menfaat uyumsuzluğunu değil, gerçekte bu işçilerle işten çıkarılmayan işçiler arasındaki bir menfaat uyumsuzluğunu gündeme getirmiş olmakta ve hakimi çözümlü güç sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır.<sup>16</sup>

Sosyal seçim ölçütlerinin uygulanması konusunda Alman hukukunda varılan bu sonuçlara karşılık, Yargıtay’ın yukarıda açıklanan kararlarında, işten çıkarılan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler arasındaki karşılaştırmada söz konusu olan işçilerin sübjektif nitelikleri ile birlikte, sosyal seçim ölçütlerinin, herhangi bir koşula, ayrıma ve kısıtlayıcı ifadelerle yer verilmeden, sıralanmış olması, Yargıtay’ca bunların mutlak bir biçimde uygulanması zorunluluğunun kabul edilmiş olduğu izlenimini vermektedir. Yargıtay’ın kararları böyle bir düşünceye dayalı ise, o takdirde, bunun yukarıda açıklanan esaslara ve ayrıca işverenin yönetim hakkına ters düşeceği kuşkusuzdur.<sup>17</sup> Gerçekten, Yargıtay’ın belirtilen kararlarında üzerinde durulması gereken önemli konu, sosyal seçim ölçütlerine başka ölçütlerin eklenmesinde kendisini göstermektedir. Söz konusu kararlarda, işyeri gereği sebebiyle yapılan işten çıkarmalarda uygulanmak üzere, “sosyal seçim kriterleri” olarak yapılan sıralamada sadece Alman Feshe Karşı Koruma Kanu-

nu'ndaki sosyal seçim ölçütleri değil, bunların başında, sosyal seçim kavramı ile ilgisi olmayan ve bu kavram kapsamına giren gerçek anlamdaki sosyal seçim ölçütlerini çoğu zaman uygulanamaz hale getiren ve aynı kanunda bu ölçütlerle bağlantı kurularak ve ayrı olarak düzenlenenlere benzer esaslar sosyal seçim ölçütleri olarak yer almıştır. Bunlar, verimlilik, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme durumlarıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, işçilerin kişisel durumlarının, yeteneklerinin, beceri ve çalışkanlık gibi diğer subjektif niteliklerinin farklı olup olmadığını da saptamaya yarayan ve genellikle işçiler arasında karşılaştırma yapma olanağını ortadan kaldıran, Yargıtayca da yukarıda örnekleri verilen bu nitelikler, kararlarda belirtilenlerin aksine sosyal seçim ölçütleri değildir. Bunlar sosyal seçim ölçütlerinden önce incelenmesi gereken ve sosyal seçim ölçütlerinin uygulanıp uygulanamayacağını gösteren nitelikler olarak ortaya konulabilir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki düzenleme bu sonucun gerçekleştirilmesine yöneliktir. Yargıtay'ın konu ile ilgili kararlarında ise sosyal seçim ölçütlerini uygulama yöntemine ve koşullarına ilişkin bir açıklama yoktur. Bu kararlarda, ilk grupta yer verilen subjektif niteliklere göre çıkarılan ve çalışmasını sürdüren işçiler arasında farklılığın bulunması halinde artık daha sonraki grupta sıralanan sosyal seçim ölçütlerinin uygulanamayacağını belirtilmesi gerekirdi.<sup>18</sup> Nitekim, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda, işyeri gerekleri sebebiyle yapılan işten çıkarmalarla ilgili olarak, işyerinin haklı çıkarları nedeniyle, işçilerin özellikle bilgi düzeyleri, yetenekleri ve verimlilikleri açısından ya da işyerinin dengeli personel yapısına uygunluğun sağlanması bakımından, çıkarılan ve çalışmasını sürdüren işçiler arasında farklılığın bulunduğu durumlarda, işten çıkarılacakların seçimi için öngörülen sosyal seçim ölçütleri uygulamasına gidilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır (§1/3, cümle 2).

Yargıtay'ca özellikle gerçek sosyal seçim ölçütleri bakımından yapılan sıralamanın isabetli olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Yargıtay'ca yapılan ve mutlak bir ifade taşıyan sıralamanın uygulanması uyuşmazlık konusu olan olayın özelliğine uymayabilir. Yasal düzenlemede yer almadığı halde, son derecede somut ölçütlere dayalı bir sıralama yeri-

ne, bunlardan söz etmeden ve bunlara bağlı kalmadan, yukarıdaki (III.) görüşümüz doğrultusunda, işten çıkarılan ve işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler arasında yapılacak karşılaştırmada, işçilerin subjektif niteliklerinin eşitliğine karşın, işverenin, çıkarılan işçilerin seçiminde keyfi bir şekilde, eşitlik ilkesine aykırı hareket ederek işçi çıkarılması halinde, dava konusu olayın özelliğine uygun çözüm getirmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.<sup>19</sup> Sıralama ile ilgili olarak önemle belirtmeliyiz ki, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda sosyal seçim ölçütleri olarak gösterilen ve işçilerin, kıdem, yaş, bakmakla yükümlü oldukları kişilere ve özürli olmaya ilişkin durumlarının işten çıkarmada göz önünde bulundurulacağı esasının uygulanmasında bu ölçütlerden herhangi birinin diğerine göre bir önceliğinin bulunmadığı, bunların sıra açısından aynı durumda olduğu ve bunun sonucu olarak bu veriler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>20</sup>

## 2. Emekliliği Hak Etmiş Olmanın Sosyal Seçim Ölçütünü Oluşturması

Yargıtay'ın 2006 yılında verdiği bir kararda, işyerinde personel fazlası bulunması durumu ile ilgili olarak, emekliliğe hak kazanmış olanların, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde "sosyal seçim kriteri" olarak göz önünde bulundurulabileceğinden söz edilmektedir.<sup>21</sup> Gerçi, dava konusu olayda, davalı tarafından belirlenen norm kadrolara göre personel fazlalığının bulunmadığı gerekçesiyle, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde emeklilik ölçütünün uygulanmasına gerek kalmaksızın davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir sebebe dayanmadığı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte, kararda bundan soyutlanarak ve ilke olarak ortaya konulan emeklilik ölçütüne ilişkin görüşün yukarıdaki diğer kararları ile bağdaştırılıp bağdaştırılmaması bakımından, değerlendirilmesinde yarar vardır.

Yargıtay'ın bu kararında, bir işyerinde personel fazlalığının bulunması durumunda işten çıkarılacak işçilerin saptanmasında, sosyal seçim ölçütü olarak sadece emekliliğe hak kazanma üzerinde durulmakta ve yukarıda açıklanan kararlarda sıralanan diğer ölçütlerden söz edilmemektedir. Her ne ka-

dar dava konusu olayla ilgili olarak, davalının savunmasında bu noktaya ağırlık vermesi nedeniyle, kararda sadece bu ölçüt ile yetinildiği düşülebilirse de, Yargıtay'ın olayla ilgili olmadığı belli olan ve genel nitelikteki görüşünü yansıtan açıklamasında diğer sosyal seçim ölçütlerinden ve bunların uygulanabilirliğinden söz etmemesi, diğer kararlarında kabul ettiği esaslar ve kendi görüşü açısından bir eksiklik olarak görülmelidir.

### 3. Sosyal Seçim Ölçütlerine Uyulmadığının İspatı

İşverence işçilerin çıkarılmasında Yargıtay'ca ifade edilen sosyal seçim ölçütlerine, daha yerinde bir deyişle, keyfi bir davranışla eşit davranma ilkesine uyulmadığının işçi tarafından iddia edilmesi üzerine ispat yükümlülüğünün kime ait olacağı konusu, Yargıtay kararlarındaki belirsizlik nedeniyle, üzerinde önemle durulması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Yargıtay'ın 19.9.2005 tarihli kararında bu konuya değinilmemekte, 13.3.2006 tarihli kararı bu konuda değerlendirmeye yapmaya elverişli gözükmemekte, 3.4.2006 kararında ispat yükümlülüğüne ilişkin olarak yer verilen açıklamalar ise duraksama ve tartışma yaratacak nitelikte bulunmaktadır.

Yargıtay'ın 3.4.2006 tarihli kararında, işverence ekonomik koşullar neden gösterilerek işyerinde kadro daraltılması yoluna gidildiği, İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, işletmenin ve işyerinin gereği olarak davacının sözleşmesinin feshedildiği belirtilmiştir. Kararda, işletmesel kararla varılmak istenen hedefe başka bir yolla ulaşmanın mümkün olduğu haller, Kanunun madde gerekçesindeki örnekler tekrarlanarak gösterilmiş ve feshin son çare olması ilkesinin gözetilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bundan sonra, burada üzerinde durduğumuz konu ile ilgili olarak, kararda, İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu yolundaki hüküm uyarınca işverenin işletmesel kararı uygulamak için aldığı önlemin feshi zorunlu kıldığını kanıtlaya yükümlünde olduğu belirtilerek işverence işten çıkarılacak işçilerin seçiminde göz önüne alınacak sosyal seçim kriterleri sıralanmıştır. Kararın sonraki bölümünde, "sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması çerçevesinde" bir değerlendirmenin yapılma-

sı gereğinden söz edilmiştir. Kararın sonunda, mahkemece eksik inceleme ile sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf eden, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı" gerekçesiyle, istemin reddine karar verilmesinin hatalı olduğu ifade edilmiştir.

Bu karar göz önüne alarak, sosyal seçim ölçütlerine uyulmadığının ispatı konusunu iki başlık altında açıklığa kavuşturabiliriz:

#### a) İşçiye ait talebin kapsamı

Yargıtay kararının özetinde, davacı işçinin "iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiş" olduğu açıklanmıştır. Hemen belirtelim ki, eğer işçinin talebi bundan ibaret olsaydı, o takdirde davanın, sadece İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, işten çıkarmanın işletmenin ve işyerinin gereği olarak yapıp yapılmadığı yönüyle incelenmesi yeterli olurdu. Kararın, mahkeme kararının özetlendiği son bölümünden anlaşıldığı üzere, davacı işçinin talebi işten çıkarmanın geçerli bir sebebe dayanmadığı iddiasından ibaret kalmamış, ayrıca, işverenin işçiyi çıkarırken yaptığı seçimde keyfi davrandığı iddiasına da dayandırılmış bulunmaktadır. Davacı işçinin talebinin reddine mahkemece karar verilmesinin hatalı olduğunu belirten Yargıtay kararındaki, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı"na ilişkin ifade vardığımız sonucu doğrulamaktadır. Bu açıklık karşısında, ayrıca belirtmeliyiz ki, kararda sözü geçen durumun, Yargıtay'ın işyeri gereği sebebiyle işten çıkarmalarla ilgili başka kararlarında sık sık ifade edilen ve ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu sonucuna bağlanan, işletmesel kararların keyfiliğe dayanmaması gerektiği konusu ile herhangi bir ilgisinin olmadığı, buradaki keyfi davranışın işten çıkarılan işçilerin seçimi ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın yukarıda değinilen diğer kararlarında, davacı işçinin konumuzla ilgili bir talebinin varlığını gösteren ifadelere yer verilmemekte ve bu yolda bir iddia olmasa da, sosyal seçim ölçütlerinin

mahkemece re'sen araştırılması gerektiği gibi isabetsiz bir sonuç çıkarmaya neden olabilecek bir görünüm ortaya konulmuş bulunmaktadır.

#### b) İspat yükümlülüğüne ilişkin değerlendirme

İşçinin yukarıda belirtilen iddiaları üzerine, inceleme esas aldığımız kararında, Yargıtay'ca öncelikle İş Kanunu'nun 18. maddesine göre sözleşmenin geçerli bir sebeple feshedilip edilmediğinin araştırılması ve feshe son çare olarak başvurulması gerektiği üzerinde durulmuş ve İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu belirtilmiştir. Kararda, işten çıkarılacaklar seçilirken yapılan seçimin hangi ölçütlere dayandığının da saptanması gereğinden söz edilmiş, ancak bununla ilgili olan feshin keyfiligi iddiası konusundaki ispat yükümlülüğüne açık olarak yer verilmemiştir. Bununla birlikte, bu yükümlülüğün işçide olduğu yolunda mahkeme kararında ortaya konulan esasın, "sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf ettiği" gerekçesiyle Yargıtay tarafından hatalı bulunması, bizi, Yargıtay'ın, geçerli sebebe dayanan işten çıkarmalarla ilgili bulunan ispat yükümlülüğü kuralını (m.20/II, cümle 1) sosyal seçim konusunda da uygulanacak kural olarak kabul etmiş olduğu sonucuna götürmektedir. Oysa, bu kural, maddede açıkça belirtildiği gibi, 18. madde ile ilgili olarak, feshin geçerli olduğunun ispatı ile ilgilidir. Buna karşılık, işverence dürüstlük kurallarına ve eşitlik ilkesine aykırı olarak keyfi bir biçimde sözleşmenin feshedilmiş olduğunun işçinin iddia etmesi hali yine 18. maddede, işverence yapılacak feshe ilişkin geçerli sebepler belirtildikten sonra, fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar olarak gösterilen ve 5. maddedeki eşit davranma ilkesi ile bağlantılı olan, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlere dayalı ayırım yapılamaması esası (m.18/III, d) ile ilgilidir. Bunlara ilişkin yaptırım kanunda açıkça belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, bu durumun bir duraksamaya yol açmaması ve geçersiz sebeple yapılan feshe ilişkin yaptırımın (m.21) bunlar için de söz konusu olduğunun kabulü gerekir. Zira, geçerli sebepler yanında, geçerli sebep sayılamayacak hususlara aynı maddede yer verilmesi, 158 sayılı ILO Sözleşme-

si'nin gereği ve yasal sistem açısından başka bir sonuca varılamayacağına doğrulanması anlamını taşımaktadır. O halde, bu hususlara ve bu arada eşitlik esasına aykırı olarak yapılan işten çıkarma hallerinde de, İş Kanunu ve Sendikalar Kanunu'nda geçersiz sebeple yapılan fesihler için öngörülen hukuki sonuçların ve işe iade hükmünün uygulanacağı kuşkusuzdur.<sup>22</sup> Ancak, burada, sözleşmenin eşit davranma borcuna aykırı olarak işverence keyfi bir biçimde feshedildiğini işçinin iddia etmesi durumu söz konusudur. Bu noktada, fesih, işverence gösterilen geçerli sebep dışında, işçi tarafından başka bir sebebe de dayandırıldığından, yine 20. maddede ve ayrıca 5. maddede yer verilen hükümler uyarınca, bu iddia ile ilgili ispat yükümlülüğü işçiye ait olacaktır (m.20/II, cümle 2; m.5/son)<sup>23</sup>. Nitekim, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda da, feshin geçerli olduğunu ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu belirtilmiş (§ 1/2, son), buna karşılık, sosyal seçim ölçütlerine ilişkin düzenlemenin sonunda, bu ölçütlere aykırılığı işçinin ispat etmekle yükümlü olacağı esasına açıkça yer verilmiş (§ 1/3, son) bulunmaktadır. İşten çıkarılan ve işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını iddia eden işçi, bunu ispat ederken, hangi işçi karşısında kendisine eşit davranılmadığını da ismen belirtmek zorundadır.<sup>24</sup>

Yukarıdaki açıklamalarımıza uygun olarak, sosyal seçim esaslarının uygulanması konusunda, ispat yükümlülüğünün işverende olduğu sonucuna vardığı izlenimini veren Yargıtay kararındaki görüşü de isabetsiz buluyoruz.

#### IV. Sonuç

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri sebebiyle bir işyerinde birden çok işçinin işten çıkarılmasında, çıkarılacakların seçimi bakımından İş Kanunu'nda herhangi bir hükme yer verilmiş değildir. Şu halde, fesih hakkının keyfi ve eşit davranma borcuna aykırı olarak uygulandığı durumlar dışında, bu konuda işverenin yönetim hakkına dayanarak serbestçe karar verebileceği kabul edilmelidir. Yargıtay'ın, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde sosyal seçim ölçütlerinin ve bunlara ilişkin sıralamanın göz önünde bulundurulması gerektiği yolundaki görüşü sadece içeriği açısından değil, sosyal seçim esaslarına uyulmadığının ispatı yönüyle de eleştiriye açıktır. Yargıtay kararlarında, sosyal seçim ölç-

Yargıtay'ın, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde sosyal seçim ölçütlerinin ve bunlara ilişkin sıralamanın göz önünde bulundurulması gerektiği yolundaki görüşü sadece içeriği açısından değil, sosyal seçim esaslarına uyulmadığının ispatı yönüyle de eleştiriye açıktır.

çütlerini çoğu zaman uygulanamaz hale getiren, işçilerin sübjektif niteliklerini gösteren ve aslında ayrı bir grup oluşturan esaslara sosyal seçim ölçütleri sıralamasında yer verilmiştir. Kararlarda bu iki grup arasında bunları uygulama yöntemine ilişkin bir açıklamanın yapılmaması, Yargıtayca ortaya konulan görüşün anlaşılmasını ve uygulanmasını zorlaştırmış bulunmaktadır. Yargıtay görüşünün esin kaynağını oluşturduğunu sandığımız Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda ise, işten çıkarılan ve çalışmasını sürdüren işçiler arasında, sübjektif niteliklere dayanan farklılığın bulunduğu durumlarda artık sosyal seçim ölçütleri uygulanmasına gidilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, Türkiye'de, konumuza ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, işten çıkarılacakların seçimi konusunda somut ölçütler koymanın ve hele Almanya'daki esaslara uygun olmayan bir biçimde, bunların sıra gözetilerek uygulanacağından söz etmenin, dava konusu olayların özelliğine uygun karar verme esnekliğini engellemesi açısından da, isabetli olmadığı görüşünderiz. Söz konusu ölçütler yerine, işçi çıkarmada yukarıda belirtilen genel hukuk kurallarına aykırılık durumlarında olayın özelliğine uygun çözüm getirmenin yerinde olacağı kanısındayız.

Yargıtay kararları ile öne çıkan önemli bir sorun, çıkarılacak işçilerin seçiminde hukuka aykırı davranıldığı iddiasının varlığı halinde bunu ispat yükümlülüğünün kime ait olacağı noktasındaki belirsizlikte kendisini göstermektedir. Bu konunun ele alındığı Yargıtay kararında, geçerli sebebe dayandırılan işten çıkarmalarla ilgili olarak ispat yükümlülüğünün işverende olduğunu belirten yasal esasın, çıkarılan işçiler için yapılan seçimin keyfili-

ğine ilişkin olarak işçi tarafından öne sürülen iddia üzerine de uygulanacağı görüşü benimsenmiş gibi gözükmektedir. Böyle bir görüşü paylaşmıyoruz. Bize göre, İş Kanunu'nun 20. maddesinde ve 5. maddesinde açıkça hükme bağlandığı gibi, eşitlik ilkesine aykırı olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini işçinin iddia etmesi durumunda, ispat yükümlülüğü işçiye ait olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Söllner/Waltermann, Grundriss des Arbeitsrechts, 13. Auflage, München 2003, Rn. 772; Zöllner-Loritz, Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998, 216; değişik görüşler için Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Auflage, München 2000, 1137; Tuncay, Can: İş Hukukunda Esit Davranma İlkesi, İstanbul 1982 32 vd.
- 2 Çelik, Nuri: İş Hukuku II, Kolektif İş Hukuku I, Sendikalar, 2. Bası, İstanbul 1979, 255-256; Taşkent, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, 83 vd.; Tuncay, age, 108 vd.; Ulucan, Devrim: Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 191 vd.; aynı yazar, Eyrenci Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 133 vd.; Keser, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu İş, Cilt:7, 2004, Sayı: 3, 59-63; Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, 432-433; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 361-362; Doğan Yenisey, Kubra: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7, 974-975; (Eşit Davranma İlkesi).
- 3 Bilgi için bkz. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2006, 171 vd.
- 4 Preis, Ulrich: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987, 376; Stahlhacke Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Auflage, München 2005, Rn.319; Berkowsky/MünchArbR, §130, RdNr. 97; Doğan Yenisey, Kubra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 62 (Eşit Davranma Borcu).
- 5 Her iki durumla ilgili Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi konusunda bkz. Doğan Yenisey, agm, 60-65.
- 6 Preis, 375-376; Doğan Yenisey, agm, 62 ve orada gösterilen yazarlar.
- 7 Preis, 387; Löwisch, Manfred: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Düsseldorf 2004, 1363; karşılaştırma konusundaki yargı kararları için bkz. Stahlhacke-Preis/Vossen, Rn. 1047 vd.
- 8 Stahlhacke Preis/Vossen, Rn. 320.
- 9 Hueck Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M., 428-429; Zöllner-Loritz, 219-220; Söllner-Walterman, 287-288; Berkowsky/MünchArbR, §130, RdNr.100.
- 10 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 173-174; genel olarak aynı doğrultuda

- Taşkent, age, 83; Centel, Tankut: İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1996, 168; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 2. Baskı, Konya 2000, 32; Özdemir, Erdem: İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, 1268-1269; Güven Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, 106; Tunçomağ Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, 137-138; Demir, İş Hukuku Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005, 126-127; Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, 997; aynı yazar, Eşit Davranma Borcu, 61; E. Uşan, karar incelemesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/8, 1624-1632; bkz ve karşı, Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekliliği ile Feshi, İstanbul 2003, 112-113; Ekonomi, Münir: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, TÜSİAD Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi-1, İstanbul 2005, 55; Çankaya Günay Göktas, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 70; karşı görüş Tuncay, 209 vd., 213 vd.; Süzek, 365-366; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Ankara 2006, 292.
- 11 Çelik, age, 173.
- 12 Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003, 32; aynı yazar, İş Hukuku Dersleri, 216-217; Ekonomi, 54; Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 61-62.
- 13 Yarg. 9.HD., 19.9.2005, E.2005/28125 K.2005, Çankaya Cil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 60-61.
- 14 Yarg. 9.HD., 13.3.2006, E. 2006/2894, K. 2006/6224, Çalışma ve Toplum, 2006/3, 256-258; Yargıtay 9.HD., 3.4.2006, E. 2006/4878, K. 2006/8253, aynı dergi, 177-181.
- 15 Bkz. Yukarıda dn.9.
- 16 Preis, 193-194; Yazarın görüşü, her ne kadar, Kanuna getirilen sosyal seçim ölçütlerinden önceki dönemde yürürlükte olan sosyal seçime ilişkin genel ifade ile ilgili bulunmaktaysa da, bu görüşün günümüz için de değer taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim, bu konudaki yargı kararlarında ve öğretide ortaya konulan duraksamalar ve tartışmalar, sorunun çözümüne ilişkin zorlukların sosyal seçim ölçütlerine dayalı yasal düzenlemenin kabulünden sonra da sürdüğünü göstermektedir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Stahlhacke/Preis/Vossen, Rn. 1047 vd.).
- 17 Doğan Yenisey, Eşit Davranma Borcu, 64-65.
- 18 Yargıtay kararları, öğretide öne sürülen bir görüşe benzerlik göstermektense de, bu görüş Yargıtay'ca kabul edilenden farklı bir yöntemi ortaya koymakta ve esnek bir nitelik taşımaktadır. Bu görüşe göre, işveren işten çıkarılacak işçilerin seçimini yaparken işyerinde aynı işi üstlenen işçiler arasındaki karşılaştırmada işçilerin verim ve devam durumlarına öncelik vereceği gibi, kıdemli az olanları, evli ve çocuk sahibi olmayanları ya da gençleri bir sıraya koyabilecektir (Ekonomi, 54; Çankaya-Güven Göktas, 70); benzer şekilde Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, 167-168, 172.
- 19 Özellikle yaşlı-geç işçi karşılaştırmasıyla ilgili olarak bkz. ve karşı, Engin, 110-112; Ekonomi, 54-55; D. Ulucan, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na düzenlenen "III. Yılında İş Yasası Semineri" yayını, İstanbul 2005, 253-254.
- 20 Stahlhacke/Preis/Vossen, Rn. 1092-1093.
- 21 Yarg. 9.HD., 10.4.2006, E. 2006/5883 K. 2006/9359, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/11, 989-993. Yargıtay'ın kararında, ayrıca, Daire uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanmasının geçerli neden olarak kabul edilmekte olduğu, ancak somut olayda davacının işe girdiği tarihte uygulanan yönetmelikte böyle bir hükmün bulunmadığı, sonradan yönetmelikte yapılan değişikliğin davacı tarafından kabul edildiğine dair yazılı bir belgenin de sunulmadığı açıklanmaktadır. Bu önemli görüşün, ayrı bir inceleme konusu niteliğinde olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.
- 22 Çelik, İş Güvencesi, 34; Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi'nce düzenlenen "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri" konulu 2004 Yılı Toplantısı, 81; Mollamahmutoğlu, 582-583.
- 23 Engin, 112-113. Yazara göre, bu durumda fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin genel fesih kuralı yanında, İş Kanunu'nun 5. maddesindeki, işverenin ayırım yasaklarına aykırı davrandığını işçinin ispat etmesi gerektiğine ilişkin hüküm de bu sonucu desteklemekte, böylece fesih geçersizliğine uygulanacak yasal hükümler ile birlikte, bu maddede öngörülen dört aylık ücret tutarındaki tazminat esasının da uygulanması söz konusu olmaktadır.
- 24 Berkowsky/MünchArbR, § 130, RdNr. 101.