

Selçuk KOCABIYIK

MESS Müşavir Avukatı

Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?

FEDERAL İŞ MAHKEMESİ*

Karar Tarihi : 18.06.2008
Sayısı : 7 AZR 116/07

ÖZET

Toplu iş sözleşmesinde, iş ilişkisinin işçinin 65. yaşını tamamlaması ile son bulacağına dair bir hükme yer verilmesi, esas itibarıyla geçerli bir hüküm oluşturmaktadır. Böyle bir hüküm özellikle Avrupa Birliği'nin yaşlılık nedeniyle ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ilkenin ihlali anlamına gelmemektedir. Burada yaş nedeniyle eşit davranılması belirlenen istihdam politikası hedefleri ile uyusmaktadır. Ayrımcılığın Önlenmesi Yasası'nın kabulünden önce toplu iş sözleşmesi ile çalışma yaşının belirlenebileceğine Federal İş Mahkemesi karar vermiştir.

OLAY

1940 doğumlu davacı, davalının yanında

1975 yılından beri temizlik işçisi olarak çalışmıştır. Davacının çalıştığı işyeri için teşmil edilen temizlik işçileri için geçerli olan genel toplu iş sözleşmesinde iş ilişkisinin 65. yaşın tamamlanması ile son bulacağı hükmüne yer verilmiştir. Davalı işveren, davacıya anılan toplu iş sözleşmesi hükümlerini dayanak göstererek, aralarındaki iş ilişkisinin 30.06.2005 tarihinde son bulacağını bildirmiştir.

Davacı açmış olduğu davası ile iş ilişkisinin sona ermediğinin tespit edilmesini talep etmiş ve toplu sözleşmede belirtilen emeklilik yaş sınırının getirilmiş olmasının yaşlılık nedeniyle ayrımcılık ilkesinin ihlali anlamına geleceğini iddia etmiştir.

Dava geçmiş olduğu tüm yargı aşamalarında kabul görmemiştir.

GEREKÇE

İş ilişkisi toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş olan yaş sınırına ulaşılmış olması ile sona ermiştir. İş sözleşmesinin bu bağlamda

Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrası uyarınca -dava konusu olayda olduğu gibi- işçinin yaşlılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanması söz konusu olacak ise yasaya aykırılık oluşturmamaktadır.

Avrupa Birliği normları da gözetildiğinde dava konusu olay kapsamında 2000/78

EC sayılı Direktif hükümleri uyarınca da bir ayrımcılığın yapıldığından söz edebilmek mümkün değildir. Bu anlamda yasal işgücü ve istihdam politikaları kapsamında yaşlı işçilerin, genç işçilere oranla farklı bir şekilde muamele görmesi 2000/78 EC sayılı Direktifin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade bulmuş olan hedef ile de çelişmemektedir.

1. Karara Konu Olay

Davacı işçi, davalı işverenin yanında 1975 yılından itibaren temizlik işçisi olarak çalışmıştır. Davacının çalıştığı işyerini de kapsayan toplu iş sözleşmesinde iş ilişkisinin 65. yaşın doldurulması ile sona ereceğine dair düzenleme yer almaktadır. Davalı işveren anılan toplu iş sözleşmesi hükmüne istinaden, davacının iş sözleşmesinin 65 yaşını doldurduğu 30.06.2005 tarihinde sona erdirileceğini bildirmiştir. Davacı işçi ise açmış olduğu dava ile, toplu iş sözleşmesinde yer alan ve iş sözleşmesinin emeklilik yaşına gelme ile son bulacağına ilişkin hükmün yaş nedeniyle ayrımcılık ilkesinin ihlali anlamına geldiğini iddia ederek, iş ilişkisinin sona ermediğinin tespitini talep etmiştir.

Federal Mahkeme, iş ilişkisinin toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş olan yaş sınırına ulaşılması ile sona erdirildiğini belirterek, iş sözleşmesinin işçinin yaşlılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanması halinde sona erdirilmesinin yasaya aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Federal Mahkemeye göre, davaya konu olaydaki fesih işlemi, mevzuata ve Avrupa Birliği normlarına aykırılık teşkil etmemektedir.

Değerlendirmemizde, Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı Direktifi ile bireysel İş Hukuku mevzuatımızda ayrımcılık yasağına ilişkin yer alan düzenlemelerle, özellikle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde emekliliğe hak kazanmış olma olgusuna ilişkin Yargıtay kararları ele alınmaya çalışılacaktır.

2. Eşit Davranma İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Özel hukukta eşit davranma ilkesi, aslın-

da kamu hukukundan doğmuş ve gelişmiştir. Devletin yasa çıkartırken ve bunları uygularken bireyleri eşit olarak ele alması Anayasa Hukukunun, bireylere kamu hizmetleri sunulurken objektif davranılması ve eşit işlem yapılması gerekliliği ise İdare Hukukunun temel ilkelerindedir. Kamu Hukukundaki eşitlik ilkesi bireylerin yükümlülüklerine de eşit oranda katılmalarını öngörür. Fakat ister kamu hukukunda, ister özel hukukun bir kısmında olsun bireylere eşit davranılması gereği, herhangi bir toplulukta belirli bir güce tabi olan zayıf durumdaki kişilere eşit işlem yapılması yolundaki gereksinmedir. Bu gereksinmenin ise adalet duygusundan çıktığında kuşku yoktur¹.

Anayasamızın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye aileye ve zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenlemede temel ayrımcılık konuları sayılmış olmakla birlikte metinde yer alan "ve benzeri sebepler" ibaresi, eşitlik ilkesinin sayılan haller dışında da uygulama alanı bulabileceğini göstermektedir. Şüphesiz ki düzenlemeyle amaçlanan eşit durumda olan bireylerin eşit muamele görmesini sağlamaktır. Makul ve geçerli nedenlerin varlığı halinde, bireyler veya belli gruplara farklı muamelede bulunulması mümkündür.

Eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında

geçerli genel bir ilke olarak “eşitlik ilkesi”nin İş Hukukundaki ortaya çıkış biçimidir. Bu ilke, her şeyden önce işverene, işyerinde çalışan işçilerine makul ve haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklediği için işverenin davranış özgürlüğünü sınırlar. Diğer bir anlamıyla bu ilke, işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını yasaklar. Bu özelliği ile eşit davranma ilkesi bir yandan işverene eşit davranma borcu yükleyen, öte yandan da keyfi davranışlarını yasaklayan bir nitelik taşır. Eşit davranma ilkesi, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini değil, gerçekten eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçlar. O halde bu ilke, herkesin aynı şeyi değil, ancak hakkını almasını öngördüğünden nispi adaletin gerçekleşmesini sağlar. Çünkü birbirinden farklı durumda olan kimselere eşit davranılınca dahi eşitlik bozulmuş ve böylece eşit davranma ilkesine aykırı hareket edilmiş olur².

3. İş Kanunumuzda Eşit Davranma İlkesi

İşverenin, işçilerine eşit davranması ve eşit değerinde işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulaması, çağdaş İş Hukukunca tanınmış, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borçtur. Eşit davranma ilkesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde, Avrupa Birliği müktesebatına uyum da gözetilerek, somut bir biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sonucu olarak işverenin genel anlamdaki eşit davranma borcu devam ederken, ayrımcılığın önlenmesine ilişkin bazı hususlara ayrıca yer verilmiştir. Buna göre iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Kanunda sayılan ayrımcılık yasaklarının ardından “ve benzerleri” ifadesiyle, bu hallerin kapsamının daha da genişleyebileceği düzenlenmiştir.

Eşit davranma ilkesi, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini değil, gerçekten eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçlar.

Ayrımcılık yasağı yapısı itibariyle negatif, dar kapsamlı ve fakat hayata geçirilmesi daha kolay bir ilkedir. Ayrımcılık yasağı normları kişileri bazı özellikleri (ırk, renk, cinsiyet vb.) nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaktan yahut birtakım menfaatlerden mahrum bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Bu tip normlarda kimler arasında, hangi menfaatler veya yükler açısından, hangi sebeplere dayalı olarak ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bir kişi ile diğeri arasında ayırım yapılmamalıdır denildiğinde, hangi nedenlere dayalı olarak farklı tutum ve davranışın kabul edilemeyeceği de belirtilmiş olmaktadır. Belirtmek gerekir ki varılmak istenen nihai amaç toplumun daha zayıf kesimlerinin eşit fırsatlara kavuşması ise ayrımcılık yasağı içeren normlarla her zaman bu amaca ulaşılabilmesi kolay değildir. Eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağının ötesinde pozitif bazı yükümlülükleri de gerektirebilir³.

Maddenin ikinci fıkrasında sözleşme türleri açısından ayrımcılık yasakları düzenlenmiş ve işverenin “esaslı sebepler olmadıkça” tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi karşısında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye farklı işlem yapamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra cinsiyet ayırımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. İş ilişkisinde veya sona ermesinde madde hükümlerine aykırı davranan işveren, işçiye dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olabileceği gibi, işçi ayrıca yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, hukuki yaptırım olarak öngörülen, işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminat için esas alınacak ücret asıl ücret olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir.

Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur.

Maddenin son fıkrasına göre, Kanun'un 20. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydı ile, işverenin eşit davranma borcunu yerine getirmediğini ispat etmekle işçi yükümlüdür. Bununla birlikte, işçi, eşit davranma borcunun ihlalini gösteren bir durumu güçlü bir biçimde ortaya koyduğu takdirde, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Bu hüküm de ilgili AB Direktiflerinde yer alan esaslara uygun şekilde düzenlenmiştir.

Düzenleme genel olarak ele alındığında, temel kural işçiler arasında, esaslı nedenler olmadıkça, ayırım yapılmamasıdır. Bununla birlikte eşit davranma ilkesi, mutlak olarak her çalışana eşit kılma anlamına gelmemektedir. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz ise de, farklı yeteneklere sahip olan işçiler arasında işçilerin nitelikleri göz önünde tutularak farklı uygulamalar yapılabilir. Örneğin öğrenim derecesi, kıdem, yaş gibi objektif olguların her çalışanda eşit olarak var olduğu kabul edilemeyeceğinden, işçilerin ücretleri niteliklerine göre farklılık gösterebilir.

Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur. Gerçekten de ayırım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcu nispi bir nitelik taşır; eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisel özelliklerini ortadan kaldırmadığından farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında işveren nispi bir eşit davranma borcu altındadır, yani; ayırım yapma kastı bulunmaksızın, haklı nedenlerle farklı davranabilir. Bununla birlikte eşit davranma borcu, kimi sınırlı hallerde mutlak bir nitelik taşır. İşveren işçileri arasında bazı nedenlere bağlı olarak hiçbir şekilde ayırım yapamaz; kişi hak ve özgürlüklerinin mutlak olarak riyeti gerektirdiği alanlarda eşit davranma borcu mutlak bir uygulama alanı bulur. Ayrıca işverenin işyeri düzenine ilişkin işlemlerinde

ve sosyal yardımlarda işçiler arasında eşit davranma borcu kat'i, mutlak olarak uygulanabilir; ancak objektif nedenler bu yükümlülükten işvereni kurtarabilir⁴.

4. AB'nin 2000/78 Sayılı Konsey Direktifi ve Yaşaya Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Birliği'nin "İstihdam ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78 EC Sayılı Konsey Direktifi", üye devletlerde eşit davranma ilkesini yürürlüğe koyarak istihdam alanında din veya inanç, özürlü olma, yaş veya cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve belirlenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Eşit davranma ilkesi, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir.

Direktifin 2. maddesinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre doğrudan ayrımcılık; din, inanç, özürlülük, yaşlılık veya cinsiyet nedenleriyle, bir kişiye diğerine nazaran farklı muamele yapılması halidir. Dolaylı ayrımcılık; tarafsız bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın belirli bir din veya inanç, özürlülük, yaş veya cinsiyete dayalı olarak bir kişiyi diğer kişilere nazaran dezavantajlı bir durumda yer almasına neden olmasıdır. Ancak söz konusu hükmün, ölçütün ya da uygulamanın meşru bir amaçla objektif olarak gerekçelendirilmiş olması ve bu amacın gerçekleştirilme yollarının uygun ve gerekli olması halinde ayrımcılık yasağına aykırılıktan söz edilemez.

Direktifin 6. maddesine göre üye devletler; yaş nedeniyle farklı muamelenin, eğer ulusal hukuk bağlamında meşru istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedefleri de dahil olmak üzere, meşru bir amaçla objektif ve makul şekilde haklı gösteriliyorsa ve eğer bu amaca ulaşmada kullanılan yollar uygun ve gerekli ise, ayrımcılık teşkil etmeyeceğini öngörebilirler. Yine aynı maddenin (2) no'lu fıkrasına göre, üye devletler çalışma hayatıyla ilgili sosyal güvenlik planları için, bu planlar kapsamında çalışanlar ya da çalışan grupları veya kategorileri için farklı yaşların tespit edilmesi

de dahil olmak üzere, işe kabul veya emekliliğe ya da iş göremezlik ödemelerine hak kazanmak için yaş tespit edilmesinin ve bu planlar bağlamında yaş ölçütünün sigorta hesaplamalarında kullanılmasının, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sonuçlanmaması kaydıyla, yaşa dayalı ayrımcılık teşkil etmediğini öngörebilirler. Bu hükümlerle üye devletlerin belli bazı hallerde yapacakları hukuki düzenlemelerin yaşa dayalı ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.

Değerlendirmemize konu Federal Mahkeme kararında da, yasal işgücü ve istihdam politikaları kapsamında yaşlı işçilerin, genç işçilere oranla farklı bir şekilde muamele görmesinin, Direktifin 6. maddesinin 1. fıkrasında yere alan hedef ile çelişmediği vurgulanmıştır.

5. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü

4857 sayılı İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesinin birinci fıkrasında, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." hükmüne yer verilerek, ayrımcılık yapılamayacak haller tahdidi olmayan bir biçimde sayılmıştır. Fıkra da yer alan iş ilişkisi kavramı, iş sözleşmesinin kurulmasından başlayarak, sözleşmenin devamı sürecini ve sona ermesini de kapsar. Her ne kadar yaşlılığa bağlı ayrımcılık açık bir biçimde madde metninde yer almıyor ise de, kanaatimizce işverenin eşit davranma borcu yaşa dayalı ayrımcılığı da kapsamına almaktadır. Nitekim Yargıtay tarafından onanan bir yerel mahkeme kararında da işverenin çalışanlarına uyguladığı ücret artışından emekli olması planlanan işçilerin yararlandırılmaması eşitlik ve adalete aykırı bulunmuştur⁵.

İş sözleşmesinin işveren tarafından sona er-

dirilmesinde "işçinin belirli bir yaşa gelmesi" veya "emeklilik" olgularına özellikle işe iade davalarına ilişkin Yargıtay kararlarında rastlanmaktadır. Bilindiği üzere mevzuatımızda çalışma üst yaşına ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay'ın toplu iş sözleşmesi, personel yönetmeliği gibi düzenlemelerle emeklilik yaşına gelen işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesini belli bazı şartların varlığı halinde geçerli fesih nedeni olarak kabul ettiği görülmektedir. Keza işletmeden kaynaklanan nedenlerle yapılan feshlerde emeklilik yaşına gelmiş olan işçilerin sözleşmesinin sona erdirilmesi de sosyal seçim kriteri kapsamında geçerli kabul edilebilmektedir.

Yargıtay, 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında, "Dosyada mevcut ve feshe dayanak oluşturan İşyeri Personel Yönetmeliğinin Tasfiye başlığını taşıyan 104. maddesi "İş Kanunu'nun kabul ettiği bildirimsiz fesih sebepleri bulunmasa dahi çalıştırılmasında yarar görülmeyen personel ile SSK mevzuatına göre yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış olan personelin iş akdi atamadaki usule uyularak ve İş Kanunu'na göre yasal hakları ödenmek suretiyle her zaman feshedilebilir." şeklinde düzenlenmiştir. Davalı işverenin anılan yönetmelik maddesi uyarınca işyerinde öteden beri objektif kriterlere uygun olarak uygulama yapıp yapmadığı, yaşlılık aylığı almaya hak kazanan personelin tasfiyesine dair genel bir uygulamasının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, tarafların bu konuda gösterecekleri deliller ile işyeri kayıtları üzerinde bir inceleme yapıp değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmesi gerekir."⁶ gerekçesiyle, davacı işçinin işe iade talebini kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay bir başka kararında da, "Fesih bildirimini yapıldığı tarih itibari ile işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 13/A-1. maddesinde "İşçilerden erkeklerin 55 ve kadınların 50 yaşını doldurmaları halinde işbu sözleşme hükümlerine göre ihbar önellerine uymak şartıyla taraflardan herhangi birisi hizmet akdini tek taraflı olarak feshedebilir. Ancak, hizmet akdinin işveren tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi halinde hizmet akdi feshedilmek istenen işçi fesih tarihi itibariyle emekliliğe hak kazanmadığına dair

Mevzuatımızda çalışma üst yaşına ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır.

SSK'dan yazılı bir belge getirirse bu fesih işlemi işçinin emekliliğine hak kazanacağı tarihe kadar ertelenebilir.” kuralına yer verilmiştir. Buna göre emekliliğe hak kazanan işçinin iş sözleşmesi işverence ihbar önellerine uyulmak şartı ile feshedebilecektir. Ancak, Dairemiz uygulamasına göre bu tür düzenlemelerin objektif ve genel olarak uygulanması halinde geçerli fesih nedeni olabileceği kabul edilmektedir. Dava konusu işyerinde söz konusu düzenlemenin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı, ayrıca davacının emekliliğe hak kazanıp kazanmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Belirtilen husus araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı sonucuna varılmalıdır.”⁷ görüşüne yer vermiştir.

Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında dikkat çeken husus, bu tarz uygulamaların objektif ve genel olarak aynı durumdaki çalışanlara uygulanması gerektiği yönündedir. Toplu iş sözleşmesinden veya personel yönetmeliğinden kaynaklanan bu tarz uygulamaların objektif ve genel olarak tüm çalışanlara uygulanması gerektiği belirtilmiş ise de, Yüksek Mahkeme tarafından uygulamanın objektif ve genel olması olgusuna bir istisna getirildiği de görülmektedir. Yargıtay'a göre, üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini bertaraf edemez⁸. Bu husus Yargıtay'ın bir başka kararında şu şekilde ifade edilmiştir, “Dairemiz uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Sonuçta olayda Bölge Müdürleri ve daha üst düzey yöneticilerden emekliliğe hak kazanıp da halen çalışmakta olan personel bulunduğu ileri sürülmüş ise de, Bölge Müdürü gibi üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulması işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanmalıdır. Başka bir anlatımla üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması

uygulamanın “objektif ve genel” olma özelliğini bertaraf edemez.”⁹ Yargıtay'ın anılan kararında da görüldüğü üzere, bu tarz düzenlemelerin işyerinde eşit konumdakiler arasında uygulanmasının yeterli olduğu, farklı konumdaki çalışanlara yapılan farklı işlemlerin, uygulamanın objektif ve genel olması olgusunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir.

Bu yöndeki işyeri uygulamasının personel yönetmeliğine dayalı olarak yapılması halinde de, işçinin bahsi geçen düzenlemeyi kabul etmesi gerektiği, işçinin işyerinde çalışmaya başladıktan sonra personel yönetmeliğinde değişiklik yapılarak yürürlüğe konulan bu tarz düzenlemenin işçinin çalışma koşullarında esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına geldiği, bu nedenle İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan prosedürün işletilmesi gerektiği, işçi tarafından kabul edilmeyen yönetmelik hükmünün o işçi yönünden bağlayıcı olmayacağı bir başka Yargıtay kararında da ifade edilmiştir¹⁰. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde yer alan ve tensikata ilişkin esasları içeren düzenlemelere de işveren tarafından uyulup uyulmadığını incelemekte ve toplu iş sözleşmesinde taraflarca öngörülen tensikat kurallarına uyulmamasının feshi geçersiz hale getireceğini kabul etmektedir¹¹. Bunun yanı sıra Yargıtay'ın işveren ile işyerinde yetkili sendika arasında yapılan ve tensikata ilişkin kriterlerin belirlendiği protokol hükümlerine de değer verdiği görülmektedir¹².

İş sözleşmesinin feshinde emeklilik yaşına gelmiş olmanın tek başına geçerli sebep teşkil etmeyeceği Yargıtay'ın çeşitli kararlarında açık bir biçimde ifade edilmiştir¹³. Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında emekliliğe hak kazanmış olmanın hangi hallerde geçerli sebep oluşturabileceği belirtilmiştir. Yüksek Mahkemenin 2004 yılında vermiş olduğu bir kararında, “4857 sayılı İş Kanunu gerekçesinde salt emekliliği kazanma, fesih için geçerli bir neden olarak düzenlenmemiştir. Davalı işveren fesih için işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayanmadığı gibi işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir neden de belirtmemiştir.”¹⁴ Yüksek Mahkeme bir başka kararında da bu görüşünü, “Davalı işveren fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanmış, iş-

yerinden kaynaklanan başka nedenler ileri sürmemiştir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, salt emeklilik fesih için yeterli neden olamaz. Yasanın gerekçesinde de açıklandığı gibi, emeklilik, diğer işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edilebilecektir.”¹⁵ şeklinde belirtmiştir. İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesinde de, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında sayılmıştır.

İşçinin emeklilik yaşına gelmiş olması, Yargıtay tarafından, işyerinde veya işletmede ortaya çıkan istihdam fazlalığına bağlı fesihlerde bir sosyal seçim kriteri¹⁶ olarak kabul edilmektedir. Yargıtay’a göre, işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve

söz konusu ise emekliliğe hak kazanmanın ölçüt olarak dikkate alınıp alınmadığı, alınmış ise bunun objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermektir.”¹⁸

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’na göre on işçiden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde bir işveren, zorunlu işyeri gereklerinden kaynaklanan bir nedenle bütün işçilerini değil, fakat işçilerden bir bölümünün sözleşmesini feshetme zorunda ise o takdirde bir seçim yapmak durumundadır. Bu durumu hiç veya yeteri kadar dikkate almazsa fesih işlemi sosyal açıdan yetersiz kalır. Bir diğer kurala göre de, işverenin böyle bir seçim yapma olanağı durumlarda bilgileri, yetenekleri ve iş görme kapasiteleri bakımından işi sürdürmelerinde işyerinde dengeli bir personel yapısının korunması bakımından vazgeçemeyeceği işçilerini diğerlerinden ayırma olanağı tanımakta ve onların sosyal seçim dışında tutulmalarını sağlamaktadır¹⁹.

İşçinin emeklilik yaşına gelmiş olması, Yargıtay tarafından, işyerinde veya işletmede ortaya çıkan istihdam fazlalığına bağlı fesihlerde bir sosyal seçim kriteri olarak kabul edilmektedir.

bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir¹⁷. Yargıtay’ın işyerinden veya işletmeden kaynaklanan fesihlerde işveren tarafından uygulanan sosyal seçim kriterinin uygulanmasında, işverenin fesih işlemlerinde “genel ve objektif” hareket edip etmediği hususu üzerinde durduğu, feshin en son çare olup olmadığını ve işyerinden kaynaklanan sebebin varlığını dikkate aldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu görüşünü bir kararında şu şekilde ortaya koymaktadır; “Mahkemece yapılacak iş; işletme, muhasebe ve hukuk konularında uzman olan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak işyerinde işgücü fazlalığının oluşmasına neden olan ekonomik, teknolojik veya yeniden yapılanma gibi olgular bulunup bulunmadığını saptamak, fesih tarihi itibarıyla işçi fazlalığı bulunup bulunmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı, işçi fazlalığı

4857 sayılı İş Kanunu’nda sosyal seçim kriterine yer verilmiş değildir. Bununla birlikte Yargıtay’ın birçok kararında sosyal seçim kriterine ve buna ilişkin ölçütlere yer verilmiştir²⁰. Ancak Yargıtay, işyerindeki yeniden yapılanma kararı ve uygulaması çerçevesinde ortaya çıkan personel fazlalığı dolayısıyla yapılan tensikata ilişkin olarak, son dönemde vermiş olduğu bir kararında “İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülen “mutlak ayırım yasağı” dışında, işvereni bağlayan herhangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin bir takım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere

uyulmadan yapılan fesihlerin - diğer şartlar da gerçekleşmişse - geçersizliğine karar verilir. Öte yandan, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmamasına rağmen, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlıdır.²¹ görüşüne yer vererek, iş sözleşmesinin işyerinden kaynaklanan sebeplerle feshinde, işverenin fesih hakkının sadece İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen mutlak ayırım yasağı ile sınırlandırıldığını; bunun dışında, işvereni bağlayıcı nitelikte herhangi bir düzenlemenin mevzuatımızda yer almadığını belirtmiştir.

6. Sonuç

İşverenin, makul ve geçerli bir neden olmadıkça, aynı durum ve konumdaki çalışanlarına eşit davranma yükümlülüğü çağdaş iş hukukunca kabul edilmiş temel borçlarından birisidir. Çalışanlara eşit işlemde bulunulması ve çalışanlar arasında ayırım yapılmaması, eşit nitelikteki ve konumdaki işçiler bakımından söz konusu olur. İşçiler arasında örneğin kıdem, eğitim gibi objektif veya liyakat, yetenek gibi sübjektif nitelik farklılıkları olabilir. Bu gibi hallerde çalışanlar arasında eşitlik söz konusu olmadığından, bu kişilerin nitelikleri veya konumları nedeniyle işveren tarafından yapılacak farklı muameleler, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez. İş Hukukumuzdaki işverenin eşit davranma borcu, çalışanlara mutlak anlamda eşit davranılması gerektiği sonucunu doğurmaz. İşverenin, çalışanları arasında eşit davranma yükümlülüğünün, iş sözleşmesini fesih hakkını kullanırken de söz konusu olabileceği, mutlak ayırım yasaklarına aykırı olarak yapılan fesihlerin geçersiz olacağı doktrinde de genellikle kabul görmektedir.

İşçinin emekliliğe hak kazanmış olması, iş sözleşmesinin feshinde tek başına geçerli neden teşkil etmez ise de, Yargıtay emekliliğe hak kazanmış olan işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği hükümlerinin genel ve objektif bir biçimde uygulanması halinde geçerli sebep teşkil edeceğini kabul etmektedir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri kapsamında, taraflar toplu iş sözleşmesinde iş sözleş-

mesinin hangi hallerde sona erdirilebileceğine ilişkin düzenlemelere de yer verebilirler. Keza iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliğinde de benzer düzenlemeler bulunabilir. Anılan düzenlemelere istinaden, işyerinde çalışan ve eşit konumda bulunan, emekliliğe hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi, geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Sosyal seçim kriterine mevzuatımızda yer verilmemiş olması nedeniyle, işverenin bu kritere uymakla yükümlü tutulmaması ve eşit davranma borcuna aykırı hareket etmemek kaydıyla, yönetim hakkı çerçevesinde karar verme serbestliğine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir. İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu, işçiler arasındaki ayrımcılık yasağının mutlak olduğu hallerle sınırlıdır²².

Avrupa Birliği'nin 200/78/EC sayılı Konsey Direktifi, cinsiyet, yaş, özürllülük vb. nedenlerle dezavantajlı konumda bulunan çalışanların korunması ve bu kişilerin çalışma hayatında ayrımcılığa maruz kalmaması amacıyla çıkarılmıştır. Üye devletler, Direktifte din veya inanç, özürllü olma, yaş veya cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele konusunda gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlü tutulmuştur. Bununla birlikte Direktifte, üye devletlerin makul ve geçerli sebeplerin varlığına bağlı olarak farklı muameleler yapabilmesine ilişkin istisnai düzenlemeler de yer almaktadır. Federal Mahkeme kararına konu olan yaşa dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak da, doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın yasaklanmış olmasına karşın, üye devletlerin belirli bir grup veya kategori işçiler için değişik yaşlar tespit edilmesi de dahil olmak üzere örneğin emekliliğe hak kazanma konusunda getirilen yaş ölçütü, yaşa dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir. Federal Mahkeme de emeklilik yaşına gelmiş olan bir çalışanın iş sözleşmesinin, toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemeye istinaden sona erdirilmiş olmasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmemiştir.

DİPNOTLAR

* Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 19, sf: 465

1 TUNCAY, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, sf: 2.

- 2 TUNCAY, a.g.e., sf: 5.
- 3 YENİSEY, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, LEGAL İHSGHD, Sayı: 7, İstanbul 2005, sf: 977-978.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2008, sf: 538-539.
- 5 Kartal (2.) İş Mah. 19.12.2002 T. 2001/694 E., 2002/708 K., (Y. 9. H.D., 06.10.2003 T., 2003/3501 E, 2003/16308 K.)
- 6 Y. 9. H.D., 02.05.2005 T., 2005/11001 E., 2005/15383 K.
- 7 Y. 9. H.D., 27.11.2006 T., 2006/22981 E., 2006/31277 K.
- 8 Y. 9. H.D. 16.06.2008 T., 2008/18724 E., 2008/16032 K.
- 9 Y. 9. H.D. 05.05.2008 T., 2008/15374 E., 2008/11405 K.
- 10 Y. 9. H.D., 06.11.2006 T., 2006/20021 E., 2006/29320 K.
- 11 Y. 9. H.D., 21.07.2008 T., 2008/22631 E., 2008/20768 K.
- 12 Y. 9. H.D., 19.02.2007 T., 2006/32952 E., 2007/4694 K., "Davalı işveren, ekonomik nedenlerle kadro daraltılmasına gidilmesi zorunluluğu doğduğunu, davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiğini ileri sürmüştür. Dosya içeriğine göre, davalı işveren ile sendika arasında yapılan görüşmede kadro azaltılması sırasında; emekliliği hak etmiş olanlar, gönüllüler, emekliliğine bir yıldan az kalanlar, karı-koca çalışanlardan kadınların çıkarılması gibi kriterlerin dikkate alınmasına karar verildiği, görüşmenin tutanağa bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, öncelikle yapılması gereken iş; kadro daraltılmasına gidilip gidilmediğinin, söz konusu işletmesel kararın tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının, fesihden önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığının, feshin son çare olması ilkesinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve daha sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde dikkate alınan kriterin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının tespitidir. Kadro daraltılması sonucu işçi çıkarılması zorunluluğu doğmuş ve fesihle sözü edilen tutanaktaki ölçütler dikkate alınmış ise feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir."
- 13 Y. 9. H.D. 11.12.2003 T., 2003/20222 E., 2003/20604 K., Y. 9. H.D. 03.03.2005 T., 2005/5095 E., 2005/7238 K.
- 14 Y. 9. H.D. 19.01.2004 T., 2003/22196 E., 2004/261 K.
- 15 Y. 9. H.D. 13.12.2004 T., 2004/28790 E., 2004/27501 K.
- 16 Y. 9. H.D. 23.01.2006 T., 2005/39084 E., 2006/931 K., "İşgücü fazlalığının giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunma iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilirse de, uygulamanın genel ve objektif bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilir."
- 17 Y. 9. H.D. 30.06.2008 T., 2008/1848 E., 2008/18002 K.
- 18 Y. 9. H.D. 05.05.2008 T., 2007/35816 E., 2008/11432 K., Aynı yönde Y. 9. H.D. 21.11.2006 T., 2006/22624 E., 2006/30737 K.
- 19 ULUCAN, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İHSGHD, Sayı: 14, İstanbul 2007, sf: 499.
- 20 Sosyal seçim kriterine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. ÇELİK, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, SİCİL İHD, Sayı: 4, İstanbul 2006, sf: 5-12, ALPAGUT, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, SİCİL İHD, Sayı: 4, İstanbul 2006, sf: 95-105, MOLLAMAHMUTOĞLU a.g.e., sf: 737 vd., ULUCAN a.g.m., GÜZEL-ERTAN, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İHSGHD, Sayı: 16, İstanbul 2007, sf: 1219-1305.
- 21 Y. 9. H.D. 11.09.2008 T., 2008/28373 E., 2008/23213 K. MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e, sf: 742.
- 22 MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., sf: 540.