

Uygar BOSTANCI

MESS Müşavir Avukatı

Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Feshe İlişkin Hükümlerin Feshin Geçerliliğine Etkisi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'

Esas No : 2010/6243**Karar No** : 2010/5349**Tarihi** : 01.03.2010

ÖZET

Dosya içeriğine göre davacının üyesi olduğu sendika ile davalı işveren arasında bağitlanan Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesinde açıkça, "Toplu işçi çıkartmada, önce deneme süresi dolmamış, daha sonra sırası ile emeklilik hakkını kazanmış, verimi az ve sicili bozuk olan ve diğer işçiler için kıdem durumuna göre ilk giren son çıkar usulü uygulanacağı, sendika yöneticileri ile temsilcileri en kıdemli işçi sayılacağı ve işyeri tamamen kapatılmadığı sürece çıkartılmayacağı" kuralına yer verilmiştir. İşverenin işletme gerekleri ile toplu işçi çıkarılması

için fesih sebebi doğmuş olsa dahi, bu kurala aykırı davranması, feshi geçersiz kılar. Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesine uyulmadığı, davalı işverenin genellikle kıdemi olan işçileri çıkardığı tespit edilmiştir. Toplu İş Sözleşmesindeki işten çıkarmada ölçüt getiren kurala uyulmaması, feshi geçersiz kılar. Mahkemenin yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere % 100 uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı yönündeki gerekçesi, feshi geçerli hale getirmez.

DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tara-

findan temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B. Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalı işverenin faaliyet alanı tekstil sektöründe yaşanan darboğaz, Türk Lirasının aşırı değerlenmesi, maliyetlerin artması, üretimde daha fazla devam ettirme olanağı kalmaması, kısa süre önce aynı nedenle başka bir grup şirketinin tamamen kapatılması nedeni ile faaliyetlerin daraltılmasına gidildiğini, istihdam fazlalığının işten çıkarılmasına karar verildiğini, davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17-18 ve 29. maddeleri uyarınca feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece verilen ilk kararın, Dairemizin 14.07.2008 gün ve 18258-20179 sayılı kararı ile "davalı işverenin işletme dışından kaynaklanan tekstil sektöründeki ekonomik olumsuzluklar nedeni ile daralma, üretimi azaltma kararı aldığı ve bu karar doğrultusunda toplu işçi çıkarma kararı aldığı, kurumlara bildirdiği ve bu doğrultuda davacı işçinin iş sözleşmesini feshettiği, alınan bu karar sonrası bazı bölümlerde istihdam fazlalığı meydana geleceği, davalı işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlaması ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan bir kural yok ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmesi, tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalı işvereni işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesine bağlayan bir kural bulunup bulunmadığı yönünden araştırma yapılması"

gerektiği gerekçesi ile araştırmaya yönelik bozma kararı üzerine, bozma üzerine yapılan yargılama sonunda, "işyerinde fesih tarihi itibarıyla kısmen dahi olsa işverenin işini sürdürmesinin ekonomik açıdan imkansız hale geldiği, işçi çıkarma zorunluluğunun ortaya çıktığı, davalı işyerinde 2007 Ocak ile 2007 Temmuz ayları arasında işçi çıkarma işlemleri yapıldığı, toplu işçi çıkışlarının ilk ayı olan Ocak 2007'de en çok emekliliği gelenlerin tercih edildiği, sonraki aylarda da emekliliği gelen işçilerin çıkarılmaya devam edildiği, işverenin toplu çıkış işlemleri gerçekleştirirken bir taraftan iş organizasyonunu bozmamayı diğer taraftan da çıkışa tabi tutulan işçilerin bundan en az zarar görmelerini düşündüğü, emeklilik çıkışları akabinde liyakatlerine göre işçi çıkışlarının yapılmasının olağan çalışma hayatına da uygun olduğu, toplu iş sözleşmesindeki ilk giren son çıkar hükmünün mutlak uygulanmasının söz konusu olamayacağı, aksi halde üretimde aksama, koordinasyonda bozukluk, kalite standartlarında düşüklük vb. sonuçların doğması kaçınılmaz olacağı, bu kadar yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere %100 uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı, davacı ve arkadaşlarının iş sözleşmelerinin geçerli nedenlerle 4857 sayılı yasanın 29. maddesi hükümlerine uygun olarak feshedildiği" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Daha öncede bozma gerekçesinde açıklandığı üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kriter veya sosyal bir seçim şartına yer verilmediği, ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettilmesini ileri sürmüştü ise, işverenin sözleş-

me ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesi ile işvereni işten çıkartacakları belirlemede birtakım kurallara yer verilmiş ise, bu kural şekil bakımından işvereni bağlar. İşverenin bu kurala uymaması yapılacak feshi geçersiz kılar.

Dosya içeriğine göre davacının üyesi, olduğu sendika ile davalı işveren arasında bağitlanan Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesinde açıkça, "Toplu işçi çıkartmada, önce deneme süresi dolmamış, daha sonra sırası ile emeklilik hakkını kazanmış, verimi az ve sicili bozuk olan ve diğer işçiler için kıdem durumuna göre ilk giren son çıkar usulü uygulanacağı, sendika yöneticileri ile temsilcileri en kıdemli işçi sayılacağı ve işyeri tamamen kapatılmadığı sürece çıkartılmayacağı" kuralına yer verilmiştir. İşverenin işletme gerekleri ile toplu işçi çıkarılması için fesih sebebi doğmuş olsa dahi, bu kurala aykırı davranması, feshi geçersiz kılar. Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesine uyulmadığı, davalı işverenin genellikle kıdemli olan işçileri çıkardığı tespit edilmiştir. Toplu İş Sözleşmesindeki işten çıkarmada ölçüt getiren kurala uyulmaması, feshi geçersiz kılar. Mahkemenin yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere % 100 uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı yönündeki gerekçesi, feshi geçerli hale getirmez. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2. Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 28.40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.000,-TL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,

Kesin olarak 01.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

1- GİRİŞ

İnceleme konusu Karar, iki defa Yargıtay denetiminden geçmiş olan ve gerek bireysel iş hukukunun gerekse de toplu iş hukukunun tartışmalı ve önemli birden çok kavramıyla doğrudan ilgilidir. İncelememizde, toplu iş sözleşmesinde yer alan feshe ilişkin hükmün, feshin

geçerliliği noktasındaki etkisi üzerinde durulacaktır. Karara ve konuya ilişkin, toplu işçi çıkarma prosedürü, sosyal seçim kriteri, eşitlik ilkesi gibi diğer hukuki kavram ve kuramların derinlemesine değerlendirmesi yapılmayacak, yeri geldikçe tanımlarına ve uygulamadaki yerlerine değinilmekle yetinilecektir.

II- KARARA KONU OLAY, KARAR VE UYUŞMAZLIK

1- Olay

Kararda bahsi geçen uyuşmazlıkta; işletmesel nedenlerle toplu işçi çıkarma kararı kapsamında iş sözleşmesi feshedilen işçilerden birisi olduğu anlaşılan davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

2- Yerel Mahkeme'nin ve Yargıtay'ın Kararları

Yerel mahkeme; inceleme konusu Yargıtay ilamından gerekçesi tam olarak anlaşılammakla birlikte, ilkin davayı reddetmiş ve feshin geçerli bir fesih olduğunu tespit etmiştir.

Yüksek Mahkeme kararda belirtilen “davalı işverenin işletme dışından kaynaklanan tekstil sektöründeki ekonomik olumsuzluklar nedeni ile daralma, üretimi azaltma kararı aldığı ve bu karar doğrultusunda toplu işçi çıkarma kararı aldığı, kurumlara bildirdiği ve bu doğrultuda davacı işçinin iş sözleşmesini feshettiği, alınan bu karar sonrası bazı bölümlerde istihdam fazlalığı meydana geleceği, davalı işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığı, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlaması ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan bir kural yok ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmesi, tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalı işvereni işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesine bağlayan bir kural bulunup bulunmadığı yönünden araştırma yapılması” gerektiği şeklindeki gerekçelerle, kararı araştırmaya yönelik bozmuştur.

Bilindiği üzere iş mahkemelerinin verdiği feshin geçersizliğine ilişkin kararların temyizi halinde, İş Kanunu'nun 20. maddesi gereğince Yargıtay'ın verdiği kararlar kesin kararlardır. Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, “temyiz üzerine önüne gelen kararı in-

celeyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götürecekt mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, özel daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozacak ve giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir.”² Yine bir başka Hukuk Genel Kurulu Kararı ise, “Yasa koyucu burada açıkça, ‘Yargıtay’ca kesin olarak karara bağlanır’ demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır.”³ şeklindedir. Buradan hareketle, yerel mahkemenin söz konusu bozma ilamına şeklen uyararak, özde direnme kararı vermesinin ya da bozma ilamında belirtilen eksiklikleri gidermeksizin çok farklı bir gerekçeyle yeni bir hüküm kurmasının mümkün olmaması gerekir. Ancak, eksiklikler giderildikten sonra da yerel mahkeme ilk kararına paralel bir karar verebilecektir. Buna hiçbir engel bulunmamaktadır.

Nitekim yerel mahkemenin de, Yüksek Mahkeme'nin bozma gerekçesine uyararak; bozma ilamında belirtilen değerlendirmeleri yaptığı anlaşılmaktadır. Yine Karar'dan -karar metninde yer almıyor olsa da- yerel mahkemenin, davalı işverenin, tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, söz konusu işletmesel kararı tutarlı şekilde uyguladığı, feshin kaçınılmaz olduğu, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaştığı anlaşılmaktadır.

İlk bozma ilamında Yargıtay, “işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde davalı işvereni bağlayan bir kural bulunup bulunmadığı yönünden de” araştırma yapılması gerektiğini belirttiğinden, yerel mahkeme bu incelemeyi de yapmış ve gerçekten de işvereni bu yönde bağlayan bir kuralla karşılaşmıştır. Ne var ki, yerel mahkeme bozma üzerine verdiği ikinci kararında, yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in -söz konusu- 27/c maddesindeki hükümlere yüzde yüz uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağını belirterek, böyle bir hükmün varlığına rağmen davacı ve arkadaşlarının iş sözleşmelerinin geçerli nedenlerle ve 4857 sayılı Yasa'nın 29. maddesi hükümlerine uygun olarak feshedildiği gerekçesi yine ile davanın reddine karar vermiştir.

İncelemeye konu olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin nihai kararında ise, toplu iş sözleşmesindeki işten çıkarmada ölçüt getiren kurala uyulmamasının, feshi geçersiz kılacağı belirtilerek, yerel mahkemenin yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere yüzde yüz uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı yönündeki gerekçesinin feshi geçerli hale getirmeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını ortadan kaldırarak feshin geçersizliği yönünde yeni ve kesin bir hüküm ortaya koymuştur.

Yargıtay, kararında davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödemesi gereken tazminat miktarını da davacının kıdemini, fesih nedeni dikkate alarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlemiştir. Yargıtay uygulamasında işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken, "yıllık ücretli izinle ilgili İş Kanunu 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır."⁴ Karar metninden davacı işçinin kıdemi anlaşılmamaktadır. Şayet, davacının kıdemi beş yıldan fazla değil ise, TİS'teki kurala uyulmaksızın yapılan feshin, Yargıtay tarafından özel olarak müeyyideye bağlandığı sonucuna ulaşmak da mümkün olabilecektir.

3- Karara İlişkin Kavramlar ve Çözülmesi Gereken Hukuki Sorun

3.1. İnceleme konusu Yargıtay kararında göze çarpan ilk husus, yapılan feshin İş Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiş bulunan toplu işçi çıkarma şeklinde yapıldığı hususudur. Somut olayda, feshin İş Kanunu'nun 29. maddesinde belirtilen prosedüre uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasında bir uyuşmazlık görünmemektedir. Yeri gelmişken belirtelim ki, feshin söz konusu prosedüre uygun şekilde yapılmamış olmasının müeyyidesi idari para cezasından ibaret olup, bu durum

zaten feshin geçersizliğine sebep olmamaktadır.⁵

3.2. Yargıtay'ın bozma ilamında, yerel mahkemeden tutarlılık ve ölçülülük denetimi yapması istenmiştir. Ülkemiz iş güvencesi mevzuatında söz konusu ilkeler ve hatta bu ilkelerin bir kısmının ifade ettiği yükümlülükler yer almamaktadır. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin son yıllarda istikrar kazanmış kararlarıyla, bu ilkeler de feshin geçerli olması için aranan şartlar olmuşlardır. Yargıtay'a göre; feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi - feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.^{6,7} Somut uyuşmazlıkta bahse konu ilkelere uyulmuş olduğu sonucuna varmak mümkün görünmektedir.

3.3. Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, birden çok işçinin iş sözleşmesinin işletmesel nedenlerle feshinde, önce sayıca belirlenen işçilerin sonradan ismen belirlenmesi ayrı bir hukuki sorundur. Hangi işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceği hususunda yol gösterici olacak bir kanun hükmü iş hukuku mevzuatımızda yer almamaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerindeki sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler bir kenara bırakılırsa, bu konudaki tek sınırlama, Anayasal bir hak olan eşitlik ilkesinin, İş Kanunu'nun 5. maddesinde vücut bulan şekli yani eşit davranma ilkesidir.⁸ Buna göre işveren, birden çok işçinin iş sözleşmesinin feshinde, iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlerken keyfi davranamayacak, özellikle de dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak seçim yapamayacaktır. Ayrımcılık yasağının müeyyidesi, madde içerisinde, tazminat olarak belir-

lenmiştir.⁹ Dolayısıyla, eşit davranma ilkesine aykırı olmaması halinde, “işveren fesih hakkını kötüye kullanmadığı sürece, yönetim hakkına dayanarak işten çıkarılacak işçileri serbestçe seçebilecektir.”^{10,11}

Mevzuatımızda, belirtilenler dışında bir sınırlama olmamakla birlikte, Yüksek Mahkeme “sosyal seçim kriterleri” olarak adlandırılan kriterleri de işletmesel sebeplerle yapılan iş sözleşmesi fesihlerinde, feshin geçerli olabilmesi için bir dönem önkoşul olarak aramıştır.¹² Sosyal seçim, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriter vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder.¹³ Yerel mahkeme de ilk kararındaki “toplu işçi çıkışlarının ilk ayı olan Ocak 2007’de en çok emekliliği gelenlerin tercih edildiği, sonraki aylarda da emekliliği gelen işçilerin çıkarılmaya devam edildiği...” şeklindeki gerekçeleriyle, TİS’in ilgili hükmü yanında esasen sosyal seçim kriterlerine atıfta bulunarak, feshin bu açıdan da geçerli olduğunu vurgulamıştır.

“Yasal düzenleme yokluğuna rağmen, yargı kararları ile işverene sosyal seçim ilkesini uygulama yükümlülüğü getirilmesi doktrinde eleştiri konusu olmuştur.”¹⁴

Ne var ki Yargıtay, daha sonraki kararlarında bu içtihadından dönmüş ve sosyal seçim kriterlerini feshin geçerliliğinde gözetmemeye başlamıştır.¹⁵

Türk hukukunda yasa maddesi olarak karşılığı olmayan sosyal seçim kriterleri karşılaştırmalı hukukta yer almaktadır.¹⁶ Alman hukukunda yer alan sosyal seçim ilkesi ile; Fransız hukukundaki¹⁷ seçim kriterleri kanunla öngörülmüş ve düzenlenmiş bulunmaktadır. Nitekim kararda geçen “işverenin toplu çıkış işlemleri gerçekleştirirken bir taraftan iş organizasyonunu bozmamayı diğer taraftan da çıkışa tabi tutulan işçilerin bundan en az zarar görmelerini düşündüğü” şeklindeki ifade Alman hukukunda karşılığını bulmaktadır. Gerçekten de Alman hukukundaki Feshe Karşı Koruma Kanunu’nda donanım, yetenek ve ifa ettikleri iş nedeniyle ya da işletmenin ağırlıklı personel yapısının muhafazası için çalıştırılmalarına devamda işletmenin haklı çıkarının bulunduğu

işçiler sosyal seçimin dışında tutulmuşlardır.¹⁸

3.4. Yargıtay’ın sosyal seçim kriterlerine ilişkin içtihadından dönmesiyle birlikte, Türk iş hukukunda, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde -İş Kanunu 5. madde ve Sendikalar Kanunu 30 vd. maddeleri dışında- bir sınırlama kalmamıştır. Yeter ki taraflar bu konuda kendilerini kısıtlayan bir sözleşme yapmamış olsunlar. İşte söz konusu uyuşmazlığın düğüm noktasını da bu oluşturmaktadır: Tarafların sözleşmeye, sözleşmenin feshine ilişkin koyduğu sınırlandırıcı hükümlere ne şekilde itibar edilecektir?

Somut uyuşmazlıktaki sınırlayıcı hüküm, bir toplu iş sözleşmesi hükmü olduğundan, bireysel iş sözleşmelerine de konabilecek benzer hükümlerle ilgili ayrıca değerlendirme yapılmayacaktır.

4- Kararın Değerlendirilmesi

Toplu iş sözleşmesi, işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere¹⁹, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek amacıyla işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan²⁰, yazılı²¹ bir sözleşmedir. 2822 sayılı Yasa’dan edindiğimiz bu tanıma göre toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmesinin yapılması ve muhtevası düzenleneceği gibi, somut olayda olduğu gibi iş sözleşmesinin sona ermesi de düzenlenebilecektir. Bunlara toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri denmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde normatif hükümlerin dışında doğrudan borç doğuran hükümlere de yer verilebilir.

Esasen toplu iş sözleşmelerinde aslolan sözleşmeye konulabilecek hükümlerin değil; sözleşmeye konulamayacak hükümlerin belirlenmesidir. Nitekim 2822 sayılı Kanun da toplu iş sözleşmelerine konulamayacak hükümleri belirtmiştir. Kanun’un 5. maddesine göre, “Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlâka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun

veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz.” Taraflar bu sınırlamalara uymak koşuluyla, toplu iş sözleşmesinin içeriğini dilediğince belirleyebilir. Buna toplu iş sözleşmesinin özerkliği denilmektedir. Toplu iş sözleşmesi özerkliği gereği, emredici yasa hükümlerine aykırı olmadıkça tarafların getirdikleri düzenlemelere dışarıdan müdahale edilmesi prensip olarak caiz değildir.²²

Toplu iş sözleşmeleri hükümlerine müdahaleye daha çekinceli yaklaşmanın altındaki sebep şu olsa gerektir: Bireysel iş sözleşmelerinin uygulanmasında ve yorumlanmasında, işçi lehine yorum ilkesi katı bir şekilde uygulanır. Çünkü kural olarak ekonomik ve sosyal yönden daha güçlü olan bir işverenle, işverenden alacağı ücrete ihtiyaç duyan bir işçinin yaptığı sözleşmede, iradelerin özgürlüğüne çekinceyle yaklaşılmalıdır. Ne var ki, toplu iş sözleşmeleri “güçlü” işveren ile “güçsüz” işçinin yaptığı sözleşmeler değil; birliktelikten edinilmiş kuvveti kullanan işçiler topluluğu, sendika arasında akdedilmiş sözleşmelerdir. Bir başka ifadeyle güçleri dengeli tarafların yaptığı sözleşmelerdir. Bu sebeplerle her ne kadar toplu iş sözleşmelerinde taraf iradelerine özgürlük tanımak asıl; sınırlama koymak istisna ise de hukukun her alanında uygulanan hakkın kötüye kullanılması yasağı burada da hakimdir. Nitekim Yargıtay da TİSGLK'nın 5. maddesindeki yasaklar içinde yer almamasına rağmen, bazı TİS hükümlerine müdahale edebilmektedir.^{23,24}

Açıklanan sebeplerle ki; toplu iş sözleşmesi hükümleri diğer kişiler arasında yapılan, özellikle de işçi işveren arasında yapılan sözleşmelerden daha özel bir yere sahiptir. Toplu iş sözleşmesi hükümleri, normlar hiyerarşisi içerisinde Anayasa ve kanunların altında, bireysel iş sözleşmeleri, işyeri yönetmelikleri ve işyeri uygulamalarının üzerinde yer alır. Toplu iş sözleşmesi hükümleri kanun hükmü niteliğinde, gücündedir.

Toplu iş sözleşmeleriyle, işçilerin kanunlarla korunmamış olan menfaatleri koruma altına alınabilir ya da kanunun sağladığı korumanın ötesinde bir koruma sağlanabilir. “İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar çözülürken çalışma koşullarını düzenleyen kaynakla-

ra başvurulur. Buna göre çalışma koşullarını oluşturan kaynaklar arasında bir sıralama yapılmalı ve normlar hiyerarşisine uygun hareket edilmelidir. Normlar hiyerarşisine göre bir sıralama yapıldığında; Anayasa, yasalar, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri, personel yönetmeliği, benzer kaynaklar ve işyeri uygulamalarının bütünü düşünülmelidir. Alt sıralardaki düzenlemelerin normlar kuralına göre belirlenmesi, üst sıradaki kaynaklara aykırı olmaması gözetilmelidir. Bu kural, emredici kural niteliğinde olan bir hususun işçi lehine dahi olsa alt sıralardaki kaynaklarla değiştirilemeyeceğini de kapsar.”^{25,26} Gerçekten de, kanunlarda özellikle de İş Kanunu'ndaki bazı düzenlemeler, işçi lehine olacak şekilde dahi TİS ile yeniden düzenlenemez. Örneğin, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkrasında belirtilen ücret ve tazminatlar ne bireysel iş sözleşmeleri ile ne de toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilemeyecektir.²⁷

Tüm bu bilgiler ışığında, toplu iş sözleşmesi taraflarının, herhangi bir toplu işçi çıkarımında işçilerin seçimini hangi sıraya göre yapacaklarını toplu sözleşmeyle bağlatmalarına da herhangi bir hukuki engel bulunmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Yeter ki bu husustaki TİS maddeleri İş Kanunu 5. maddeye aykırı olmasın. Keza somut olaydaki sözleşme maddesi de “Eşit Davranma İlkesine” aykırı bir madde olarak görülmemektedir. Nitekim, bireysel iş sözleşmesi fesihlerinde, TİS'te öngörülen fesih prosedürüne uyulmaksızın yapılan fesihler Yargıtay'ın önüne sıklıkla gelmiştir. Bu tür uyuşmazlıklara en çok da feshin TİS gereği disiplin kurulu kararıyla yapılması hakkında tartışılmaktadır. Yargıtay bu tür uyuşmazlıklarda TİS'in sözleşmenin feshine ilişkin öngörülen hükümlerine geçerlilik tanımıştır.²⁸

Bir TİS hükmünün hukuk düzeni tarafından tanınması, hükmün sözleşme taraflarını bağlamasına da evleviyetle sebep verir. Bu itibarla kanımızca da söz konusu TİS hükmü geçerli ve hukuken tanınması gereken bir hükmüdür. Tarafların hür iradeleriyle koydukları sınırlayıcı bu hüküm hukuken geçerli ise tarafların bu kurallara uymaları ve uymadıkları takdirde de müeyyidelerine katlanmaları gerekir.

III-SONUÇ

Sonuç itibariyle ilgili mevzuatımızda işçi çıkarmalarda, çıkarılacak işçilerin belirlenmesi hususunda işverenin, sosyal seçim ilkesinin uygulanması yönünde yasal herhangi bir yükümlülüğü bulunmamakta olup, taraflar yaptıkları sözleşmelerle bu konuya ilişkin bir düzenleme, sınırlama getirmişlerse, tarafların ancak o düzenlemeyle bağlı kalacağı Yargıtay'ın son dönemdeki kararlarıyla istikrar kazanmış bulunmaktadır.

Somut olayda toplu iş sözleşmesi tarafları olan işçi sendikası ve işveren veya işveren sendikası tarafından, davaya konu olan uyuşmazlık öngörülerek, böyle bir riskin gerçekleşmesi halinde nasıl davranılması gerektiği konusunda karşılıklı olarak anlaşılmıştır. Risk gerçekleşmiş, ancak işveren öngörülen şekilde davranmayarak, sözleşme hükümlerine aykırı bir şekilde fesih yapmıştır. Bu itibarla yapılan feshin geçersiz olması mevzuata da, yerleşik içtihadı da uygundur. Bu açıdan Yargıtay'ın kararının isabetli olduğu görüşündeyiz.

Ne var ki, şu ayrıntıya da değinmeden geçmek mümkün değildir:

Yerel mahkeme kararında mezkur TİS hükmünün yüzde yüz uygulanmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğundan uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme ise söz konusu hükmün yüzde yüz uygulanması hayatın olağan akışına aykırı olsa dahi, bu durumun feshi geçerli hale getiremeyeceği yönünde bir görüş ihdas etmiştir. Türkçe'de "yüzde yüz uygulanabilmek" de "hayatın olağan akışına aykırılık" da görece müphem, en önemlisi aksi ispatlanabilir kavramlardır. Bir sözleşme hükmünün yüzde yüz uygulanamıyor olması halinde, uygulanabildiğince uygulanabilmesi gerekeceği de, söz konusu hükmün batıl bir hüküm olacağı da kabil-î müdafaadır. Zira gerek yürürlükteki mevcut Borçlar Kanunu'nda (Md. 117) gerekse de 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (Md. 136, 137) hem sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan ifa imkânsızlığının, hem de sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan kısmî ve tümünden ifa imkânsızlığının, borcu tamamen veya kısmen ortadan da kaldırabilen

farklı sonuçları vardır. Somut olayda, toplu işçi çıkarma durumunda hangi işçilerin, nasıl seçileceği konusunda tarafların ortak mutabakatı ile bir sıralama sistemi benimsenmiş ve davalı işverene bir borç yüklenmiştir. İşçi çıkarmakta benimsenen sıralama sisteminin varlığı esasen borcun ifasının gerçekleşmesine olanak sağlamak amaçlıdır. Bu sıralama içindeki durumlardan bazılarının icrası mümkün olabilirse de bu kararda yerel mahkeme, somut olaydaki sözleşme hükmünün yüzde yüz uygulanmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu benimserken, elinde olmayan nedenlerle toplu işçi çıkarmak zorunda kalan bir işverenin, işletmesinin bütünü bakımından zorluk içinde olması nedeniyle başlangıçta benimsenen sıralamaya uyamayacak durumda olmasına vurgu yapmak istemiştir.

Söz konusu borcun ifasının mümkün olup olmaması davalı işverenin borcunun akıbeti açısından önemlidir. Yüksek Mahkeme de fiili imkansızlık nedeniyle işverenin borçtan kurtulabileceğine, yani BK. 117. maddenin iş hukukunda da uygulanabileceğine çeşitli kararlarında değinmiştir.²⁹

İlk derece mahkemesinde, davalı işveren, söz konusu TİS hükmünü uygulayabilmesinin, kendi kusuru olmaksızın imkansızlaştığını ispat etmiş olsaydı, TİS hükmü işveren açısından borç doğurmayabilecek, böylelikle de Yargıtay'ın bozma ilamı tarafımızca isabetsiz bulunabilecekti. Ancak, kararda sadece "yüzde yüz uygulanması hayatın olağan akışına aykırıdır" gibi muğlâk bir ifade kullanıldığından, halihazırda bu sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Bir başka ifadeyle, Yargıtay'ın işbu karardan, "TİS hükmünün uygulanabilirliği ne olursa olsun, tarafları bağlar" şeklinde genel geçer bir sonuca ulaşılmaması gerektiği düşüncesindedir.

Son söz olarak, yerel mahkemenin ve Yargıtay'ın karşılıklı olarak "mezkur hükmün yüzde yüz uygulanmasının hayatın olağan akışına aykırı olması" hususundan aynı anlamlara ulaşmış olduklarını varsayarak ve Karar'da yer alan "Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin

27/c maddesine uyulmadığı, davalı işverenin genellikle kıdemi olan işçileri çıkardığı tespit edilmiştir.” şeklindeki ifadeden ötürü, Yargıtay kararını isabetli bulmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Karar metni Legalbank'tan alınmıştır.
- 2 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.10.2004 gün ve 2004/9-510 E. 2004/557 K.
- 3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.09.2005 gün ve 2005/9-475 E. 2005/511 K.
- 4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.03.2010 gün ve 2010/2982 E. 2010/5326 K.
- 5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24.11.2005 gün ve 2005/32720 E. 2005/37114 K.
- 6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.02.2010 gün ve 2010/2354 E. 2010/4182 K.
- 7 Yargıtay'ın söz konusu ilkeleri hakkında inceleme için bkz: Prof. Dr. Savaş TAŞKENT, Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 21, Syf. 15.
- 8 Ayrıntılı bilgi için bkz: Prof. Dr. Sarper Süzek, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12 Syf. 24.
- 9 Ayrıntılı bilgi için bkz: Doç. Dr. Serkan Odaman, Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu üzerine Görüşler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 14, Syf. 77.
- 10 Dr. İftar Cengiz, Türk Hukuku'nda Toplu İşçi Çıkarma, Ankara 2009, Syf. 66.
- 11 Aynı yönde bir başka inceleme için bkz: Doç. Dr. Kübra Doğan Yenisey, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 2, Syf. 60.
- 12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 06.02.2006 gün ve 2005/37490 E. 2006/2317 K.
- 13 Prof. Dr. Gülsevil Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 4, Syf. 99.
- 14 Dr. İftar Cengiz, Syf. 95.
- 15 Yargıtay mevcut kararda da yer alan “Feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlaması ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan bir kural yok ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmesi” şeklindeki ifadelerle, sosyal seçim kriterlerini dikkate almadığını uzun süredir vurgulamaktadır. Aynı yönde: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 11.09.2008 gün ve 2008/28373 E. 2008/23213 K. “Bilirkişilerin diğer tespiti ve mahkemece feshin geçersizliği için kabul edilen işten çıkarılanların belirlenmesinde objektif kriterlere uyulmadığı yönündeki tespit ise yukarıda açıklandığı üzere karara gerekçe yapılamaz. Zira işvereni istihdam fazlası işçileri işten çıkarırken, işten çıkarılacakları belirlemede bağlayan bir kural bulunmamaktadır.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18.10.2010 gün ve 2009/30454 E. 2010/171 K.
- 16 Prof. Dr. Gülsevil Alpagut, Syf. 99.
- 17 Fransız İş Kanunu'nda işverenin, sözleşmeleri feshedilecek işçileri bu kriterlere göre seçmemesi, fesihlerin geçerliliği üzerinde etkili değildir. Fransız Yargıtay'ına göre, seçim kriterlerine uyulmaması, işçinin zararını karşılayacak uygun bir tazminata yol açar. Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara, 2008, Sayfa, 738.
- 18 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, Syf: 738; Prof. Dr. Devrim Ulucan, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:14 Syf. 502.
- 19 2822 Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) Md. 1.
- 20 TİSGLK Md. 2.
- 21 TİSGLK Md. 4.
- 22 Prof. Dr. Melda SUR, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3025> (Erişim tarihi: 04.06.11).
- 23 Doktrinde de çok tartışılmış olan, fahiş miktarda belirlenen ihbar öneline ilişkin TİS hükmüne müdahale eden Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 11.04.2006 gün ve 2006/2630 E. 2010/9547 K.
- 24 TİS hükmüne yargı tarafından müdahale edilmesiyle ilgili olarak: Prof. Dr. M. Fatih Uşan, İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı İş Kanunu'nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Syf. 102.
- 25 Türk Hukuk Sitesi Şerhi: <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=3112> (Erişim tarihi: 04.06.11).
- 26 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 22.01.2009 gün ve 2007/34716 E. 2009/637 K.
- 27 Bu yönde bir sözleşme yapılamayacağı, İş Kanunu madde 21/son fıkrada açıkça düzenlenmiştir. Ancak, Kanundaki tüm emredici hükümler, bu şekilde açıkça ifade edilmiş değildir.
- 28 Ayrıca TİS hükmünün geçerli ya da haklı feshine ilişkin olup olmamasını da önemsemiştir. Örneğin: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 29.06.2009 gün ve 2008/36286 E. 2009/18338 K., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.04.2000 gün ve 2000/9-813 E. 2000/837 K.
- 29 Örneğin: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 22.01.2004 gün ve 2003/22637 E, 2004/535 K.