

İŞLETME GEREKLERİ NEDENİYLE İŞTEN ÇIKARILACAK İŞÇİLERİN BELİRLENMESİNDE İŞVERENİN SEÇİM SERBESTİSİ VE SINIRLARI

Arş. Gör. Dr. Erhan BİR BEN*

GİRİŞ

İşletme gereklerine dayanan fesih, işyeri içinden veya işyeri dışından kaynaklanan nedenlerle işletmede bir işgücü fazlasının oluştuğu ve işverenin fesih dışında aynı derecede etkili başka bir tedbir bulunmaması nedeniyle son çare olarak işçilerin iş akitlerini feshettiği kabul edilmektedir. İş sözleşmesinin işçinin davranışlarından veya işçinin yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle feshinden farklı olarak, işletme gereklerine dayanan fesih, fesih sebebi işverenin alanında doğmaktadır. İşletmenin tümüyle kapatılması söz konusu olduğunda işletmede çalışan tüm işçilerin iş akitleri feshedileceğinden işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesi bakımından herhangi bir sorunla karşılaşmayacağı şüphesizdir¹. Bu ayrık durum bir tarafa bırakıldığında, alınan işletmesel kararın hayata geçirilmesinden etkilenen işçi sayısının birden fazla olması halinde iş akdi feshedilecek işçilerin seçimi ve işverenin bu konudaki karar serbestisinin sınırları bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de, bir işletmenin 100 işçi istihdam edilen üretim ünitesinde rasyonalizasyon ve yeniden yapılanmaya bağlı olarak işgücünün % 25 oranında azaltılması gereği ortaya çıkmışsa, acaba bu 25 işçinin kimler

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

¹ "...Başka bir anlatımla, hukuk bürosu ile yapılan anlaşmaya rağmen işyerinde çalışan avukatların tamamı işten çıkarılmamış ise davacının hangi objektif kriterlere bağlı olarak işine son verildiğinin ortaya konulması icap eder. Bu nedenle, davalı dernekçe iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan avukatların tamamının işten çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmalı; *tamamı çıkarılmış ise feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmeli*, bir kısmının iş sözleşmesi feshedilmiş ise davacının seçiminde objektif kriterlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı tespit edilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır...(9. HD. 2.10.2006 E.2006/17515 K.2006/25658, Çalışma ve Toplum, 2007/1, s.224).

olacağı nasıl belirlenecektir? İş akdi feshedilen işçilerden birisi, iş mahkemesine başvurarak kendisinin yerine iş akdi feshedilmeyen 75 işçiden birisinin seçilmesi gerektiğini ileri sürdüğü takdirde iş mahkemesi yargıcı nasıl bir karar verecektir?

Hemen belirtmek gerekir ki, yapılacak olan seçim işlemi neticesinde, işletme bakımından ölçülülük denetimi neticesinde bir zorunluluk haline gelmiş olan işletme gereklerine dayanan fesihler engellenemez; zira bu aşamada işletmede bir işgücü fazlalığının doğduğu artık çekişmesizdir. Burada cevabı aranacak olan soru, işletme gereklerinin işyerinde çalışan işgücü arasında hangi esaslara göre dağıtılacağıdır. Bu noktada, sosyal seçim, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder². Başka bir ifadeyle, sosyal seçim, iş, işyeri veya işletme gerekleri nedeniyle açığa çıkan soyut (=sayısal) işçi fazlalığını iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlemek suretiyle somutlaştıracak araçtır³. Aşağıda önce Alman Hukukundaki duruma kısaca değinilecek, daha sonra Türk Hukuku bakımından değerlendirme yapılacaktır.

1. Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda Sosyal Seçim

Alman Feshe Karşı Koruma Kanununa göre, acil işyeri gerekleri nedeniyle iş sözleşmesi feshedildiğinde, işveren işçinin seçiminde kıdemini, yaşını, bakım yükümlülüklerini ve ağır sakat olmasını hiç veya yeteri kadar dikkate almamış ise, bu halde de iş sözleşmesinin feshi geçersizdir (§1 Abs.3 S.1 KSchG). Sosyal seçim olarak adlandırılan yasa kuralı, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin işveren tarafından keyfi olarak seçimine engel olmaktır;

² **Alpagut**, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, s.99.

³ Ancak bu somutlaştırmanın yapılabilmesi, her şeyden önce, sosyal seçime esas tutulacak tüm verilerin kayıtlı bulunmasını ve bu verilerin sosyal seçim planının hazırlanmasına elverişli biçimde sürekli olarak güncellenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, 10.6.2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Kanunun 75. maddesinde getirilen her işçi için özlük dosyası tutulması zorunluluğu işverenlerin sosyal seçim için gerekli verilere ulaşmasını kolaylaştırmaktadır. Ne var ki, uygulamada işçilerin özlük dosyaları çoğunlukla düzgün bir şekilde tutulmadığından çoğu işverenin sosyal seçimi gerçekleştirme olanaksızdır. Bu da sosyal seçime ilişkin sorunların önümüzdeki dönemde sürekli gündemde kalacağını göstermektedir.

fesihleri ve bunların doğuracağı olumsuz sonuçları işçiler arasında korunma ihtiyaçlarını dikkate alarak dağıtmaktadır.

Alman hukukunda sosyal seçim üç aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir: (1) Karşılaştırılabilir (eşdeğer) işçilerin belirlenmesi (2) İşletmenin meşru (kabul edilebilir) menfaatleri nedeniyle istihdam edilmesinde işverenin yararı bulunan işçilerin ayıklanması ve özel nedenlerle işletme gereklerine dayalı olarak iş sözleşmesi feshedilemeyecek olan işçilerin belirlenmesi (3) Kalan işçiler arasından yasadaki belirtilen kriterlere göre sosyal bakımdan daha çok korunmaya ihtiyaç duyan işçilerin durumu dikkate alınarak iş sözleşmesi feshedilecek olan işçilerin seçimi.

a. Karşılaştırılabilir İşçilerin Seçimi

Feshe Karşı Koruma Kanunu çerçevesindeki sosyal seçim, işyeri içinde birbiriyle karşılaştırılabilir işçilerle sınırlı olarak gerçekleştirilmektedir. Sosyal seçime dahil edilecek işçilerin belirlenmesi ilk olarak objektif bir ölçüte göre yapılmaktadır. Buna göre, işçilerin çalıştıkları yerler ve dolayısıyla gördükleri işler belirleyici olmaktadır. Burada öncelikle işyeri içi veya işyeri dışı nedenlere bağlı olarak hangi çalışma yerlerinin tamamen veya kısmen ortadan kalktığı tespit edilmelidir. İşletme gereklerinden etkilenen çalışma yerlerinin tespitinden sonra, işyerinde aynı veya karşılaştırılabilir işlerin yapıldığı başka çalışma yerlerinin mevcut olup olmadığına bakılır. Karşılaştırılabilir (eşdeğer) olan işçiler, sadece birbiriyle değiştirilebilir (ikame edilebilir) işçilerdir. Burada belirleyici olan husus, çalışma yeri kısmen veya tamamen ortadan kalkmış olan işçinin, o güne kadar gördüğü iş ve sahip olduğu mesleki bilgi ve yeteneği dikkate alınarak -gerektiğinde kısa bir eğitim sonrasında- diğer işçiler tarafından yapılan eşit değerinde ancak farklı türde işleri yapmasının mümkün olup olmadığıdır⁴. Bu şartın gerçekleştiği tüm iş sahalarında çalışan işçiler sosyal seçim kapsamında yer alırlar. Ancak, sosyal seçime dahil edilecek işçiler belirlenirken başka şekilde çalıştırmadan farklı olarak işletmenin diğer işyerlerinde çalışan işçilerin veya holdinge ait diğer işletmelerde çalışan işçilerin dikkate alınması söz konusu değildir⁵.

⁴ KR-Etzel, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetzes und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 7. Auflage, München 2004, § 1KSchG, Rn. 618; Gallner, in: Fiebig, Stefan/Gallner, Inken/Griebeling, Jürgen/Mestwerdt, Wilhelm, Nägele, Stefan/Pfeiffer, Gerhard, Kündigungsschutzgesetz Handkommentar, 2. Aufl., § 1 KSchG, Rn. 724.

⁵ KR-Etzel, § 1KSchG, Rn. 608.

b. İşletmeye Yararlı İşçilerin Belirlenmesi ve Seçim Dışı Bırakılması

Feshe Karşı Koruma Kanununa göre, özellikle mesleki bilgi, yetenek ve performansı sebebiyle istihdamlarına devam edilmesinde işletmenin meşru yararı bulunan işçiler sosyal seçime dahil edilemezler (§1 Abs.3 S.2 KSchG) Kanunkoyucu, işletmenin faaliyetini kesintisiz olarak ve herhangi bir zarar görmeksizin sürdürebilmesi yolundaki menfaatlerine sosyal seçim sebebiyle zarar verilmesini engelleyecek bir çözüm öngörerek bir kısım işçinin sosyal seçimden muaf tutulmasını öngörmüştür. Buna göre, çok üstün performans gösteren bir işçi gibi özel mesleki bilgi ve yetenekle donatılmış bir çalışma grubunda yer alan teknik personelin de sosyal seçimden dışlanması söz konusu olabilmektedir⁶.

c. Sosyal Seçim Kriterleri Dikkate Alınarak İş sözleşmesi Feshedilecek İşçilerin Belirlenmesi

1.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrasında, Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda sosyal seçimde işverenin dikkate alması zorunlu kriterler açıkça yasada gösterilerek kıdem, yaş, ağır sakatlık ve bakım yükümlülüğü ile sınırlanmıştır.

Kıdem: İş ilişkisi aynı işveren ile ne kadar uzun sürmüş ise o ölçüde işçide iş ilişkisinin sürdürüleceği konusunda korunmaya değer bir güven oluşmaktadır. İş sözleşmesinin sona ermesi söz konusu olduğunda işten çıkarılacak işçilerin seçiminde kıdemli olma önemli bir rol oynamaktadır. Bu kriter, esasen iş hayatında çok bilinen bir kuralın yasa ile düzenlenmesidir: "İlk giren son çıkar".

Yaş: Esas itibarıyla ne genel ne somut olay bakımından yaşın değerini tespit etmek her zaman mümkün değildir. Zira, bu kriter bakımından birden çok bilinmeyen söz konusu olabilmektedir. İşçinin yaşı yükseldikçe korunma ihtiyacının da arttığı kabul edilmektedir. Çünkü, artan yaşa bağlı olarak işçinin iş piyasasında yeni bir iş bulma şansı da azalmakta ve yeni bir çalışma yerinin koşullarına alışması zorlaşmaktadır. Özellikle işçinin kalifiye işçi olup olmadığı, mesleki tecrübesi, sağlık durumu ve o işkolundaki iş piyasasının durumu dikkate alınarak yaşın sosyal seçimde rol oynaması söz konusudur.

⁶ **Backmeister**, Thomas/**Trittin**, Wolfgang/**Mayer**, Udo, Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, 2. Aufl, München, 2002, § 1 KSchG, Rn. 403.

Bakım Yükümlülüğü: Bakım yükümlülüğü kriterinin sosyal değeri, yaş, ikamet şartları, sağlık durumu, üçüncü kişilerin sağladığı yardımlar, ailenin gelir durumu gibi çok sayıda faktöre bağlıdır. Sosyal seçim kriteri olarak sadece yasadan doğan ve aile çevresi ile sınırlı bakım yükümlülükleri anlaşılmaktadır. Bu yükümlülükler sebebiyle işçinin üstlenmek durumunda olduğu mali yük sosyal seçimde dikkate alınmaktadır. Böylece bakım alacaklılarının sayısı ve bakım masrafinin yüksekliği önemli bir rol oynamaktadır.

Sakatlık: Sakatlık, Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda işçi yararına sosyal seçimde dikkate alınması gereken son kriterdir. Sakatlık ancak işveren tarafından bilindiği takdirde sosyal seçimde dikkate alınabilir. Kimlerin sakat sayılacağı Sosyal Yasa Kitabında belirlenmiş olup feshe karşı koruma hukukunda da aynen geçerlidir. Sakatlığın sosyal seçimdeki önemi her olayda ayrıca değerlendirilir. Örneğin, sakatlığın işyeri kaynaklı olması değerlendirilmede ayrı bir rol oynar.

Yukarıda kısaca açıklanan yasal kriterlerin dışında işverenin başkaca kriterlere göre değerlendirme yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Zira, yasada sadece sosyal seçim kriterlerinin yeterli ölçüde dikkate alınmasından bahsedilmiş olup buradan kanunkoyucunun dört kriteri asgari olarak gördüğü ve işverenin de başkaca kriterler ilave edebileceğini kabul ettiği söylenebilir.

Sosyal seçimde, yasadaki öngörülen bu dört kriterin değerlendirilmesi zorunlu olduğundan işveren bu dört kritere ilişkin verileri elde etmekle yükümlüdür. Yukarıdaki kriterlerden işçinin yaşı ve kıdem süresini işveren işçinin işyeri şahsi dosyasındaki kayıtlardan tespit edebilir. Diğer kriterler hakkında ayrıntılı bilgiyi işçiden sorması gerekmektedir. Buna karşılık işverene bu konuda yeterli veriyi sunmayan işçi daha sonra kendisinin vermektен kaçındığı verilere dayanarak feshin sosyal seçimdeki ağır hata nedeni ile geçersiz kılınmasını talep edemez.

Feshe Karşı Koruma Kanunu, yasadaki bu dört kriterden birine veya bir kaçına diğerlerine göre daha fazla önem atfetmemiştir. Her kriter eşit ağırlığa sahiptir. Bu kriterlerin birbirleriyle nasıl bir ilişki içine konulması gerektiğini tespit etmeye elverişli bir ölçüt bulunmamaktadır. Zira her kritere etki eden çok sayıda harici faktör söz konusu olup ağırlıkları bakımından peşinen bir hüküm verilemez. Esasen, kanunkoyucu tarafından tanınan takdir yetkisi çerçevesinde kriterlerin ağırlığının belirlenmesinin işverene bırakılması

gerekir⁷. Kriterlerin ağırlıklarını takdir etme görevi mahkemelere bırakıldığı takdirde bu büyük bir hukukî belirsizliğe yol açacağından işverene isabetli olmayan bir sosyal seçimin rizikosunu taşıma mükellefiyeti yükleyecektir. Bu itibarla mahkemelerin denetim yetkisi, işverenin kendisine tanınan takdir yetkisi içinde kalıp kalmadığı ile sınırlanmıştır. İşverene tanınan takdir yetkisinin anlamı, sosyal seçimde işverenin ancak çok büyük bir hata yapmış olması halinde bunun feshin geçersizliğe yol açacak olmasıdır. Ancak Feshe Karşı Koruma Kanunu bu noktada ayrı bir düzenlemeye gitmiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesinde, işletme sözleşmesinde veya ona eşdeğer başka bir yönergede sosyal seçim kriterlerinin nasıl değerlendirileceği tespit edilmiş ise, bu değerlendirme ancak çok büyük bir hata içermesi halinde denetlenebilir (§ 2 Abs. 4 KSchG) Böylece, kanunkoyucu sosyal seçim kriterlerinin bir sistem dahilinde puanlanmasının mümkün olduğunu ve bu değerlendirme sisteminin kural olarak bağlayıcılığını benimseyerek buna uygun olarak yapılan bir sosyal seçimi de geçerli kabul etmiş ve böylece işveren bakımından söz konusu olabilecek belirsizliklerin ortadan kaldırılmasına imkân tanımıştır.

2. Türk İş Hukukunda İşçilerin Seçimi

a. İş Kanununda “Sosyal Seçim”in Düzenlenmemiş Olması

4857 sayılı İş Kanununda, işten çıkarılacak işçilerin hangi ölçütlere göre belirleneceği konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Gerçekten de, anılan yasa kuralında sadece, “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır” hükmüne yer verilerek iş güvencesinin yararlanmanın genel koşulları ve geçerli nedenin doğabileceği üç alana işaret edilmekle yetinilmiştir. Hiç şüphesiz, yasakoyucu sosyal seçime ilişkin bir düzenleme getirmiş olsaydı, böyle bir düzenleme Türkiye’nin “sosyal devlet” olduğunu bildiren Anayasanın 2. maddesine de uygun düşerdi. Zira, sosyal devlet ilkesinden, yasakoyucuyu işverence iş akdi feshedilecek işçilerin seçiminde işçilerin sosyal açıdan içinde buldukları özel durumlarının (zayıflıklarının, ek korunma ihtiyaçlarının) dikkate alınmasını sağlayacak bir yükümlülük

⁷ Backmeister/Trittin/Mayer, § 1 KSchG, Rn. 397. Kanunda, sosyal seçim kriterlerinin işverence yeterli biçimde gözönüne alınmasından bahsedilmesi de işverene bu konuda bir takdir alanı tanıdığını göstermektedir.

çıkarılması mümkündür⁸. Dolayısıyla sosyal seçimin ileride yasal bir düzenlemeye kavuşturulması, iş hukukunda sosyal devletin somutlaştırılması olarak nitelendirilmelidir. Şu halde, mevcut yasal düzenlemeye bakılarak Türk hukuku bakımından tüm fesihlerde uygulanacak belirli kıstaslar veya bir sıranın bulunmadığı ileri sürülebilecektir⁹. Nitekim *Çelik*, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunundan farklı olarak Türk hukukunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle işçilerin kıdemleri, bakmakla yükümlü oldukları kişiler, yaşlılık durumları üzerinde durulması zorunluluğunun olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, sadece toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle işverenin işçilerin seçimine ilişkin hakkının kısıtlanması olanağı bulunmaktadır¹⁰. Şüphesiz, iş sözleşmesinin işletme gereklerine dayalı olarak feshinde sosyal seçimi düzenleyen kurallar, 2822 sayılı Kanunun 2. maddesine göre toplu iş sözleşmesi ile düzenlenebilecek konular arasında yer alır ve bu tür hükümlerin geçerliliğinde tereddüt edilemez. İşverenin toplu iş sözleşmesine aykırı hareket etmesi halinde, iş sözleşmesi feshedilen işçinin feshin geçersizliğine karar verilmesini ve işine iadesini isteyebilmesi gerekir. Zira, toplu iş sözleşmesinde öngörülen bu kurallar *akdi* sosyal seçim kuralları olup, bu kurallara aykırı olarak iş sözleşmesi feshedilen işçi bakımından fesih ölçüsüdür¹¹. Görüldüğü gibi, buradaki geçersizliğin sebebi işverenin fesihten

⁸ Alpagut, sosyal seçime ilişkin düzenlemeleri anayasal eşit davranma ilkesinin bir somutlaştırılması olarak kabul etmektedir (*Alpagut*, s.100).

⁹ **Engin**, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul, 2003, s.112; **Çelik**, Nuri, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, s.5. Alpagut, yasal bir dayanağı bulunmayan sosyal seçim yükümlülüğünün benimsenmesinin hukuki güven ve hukuki açıklık esasları ile bağdaşmadığını, yeterli açıklığın bulunmamasının işverenler bakımından belirli bir rizikoyu getirdiğini kaydetmektedir (*Alpagut*, s.104).

¹⁰ **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 19. Baskı, İstanbul, 2006, s.216; aynı görüşte **Güzel**, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi (Tebliğ), İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul 2004, İş Güvencesi, s.79.

¹¹ Aynı esas işverence tek taraflı olarak belirlenen sosyal seçim esasları bakımından da geçerlidir. Yargıtay'ın bu konudaki bir kararında şu ifadelerle rastlanılıyor: "...Dosya içerisinde mevcut Tusaş AŞ'nin hizmet aktinin sona ermesi tamiminin 3/L bendinde "...elimine edilecek bir pozisyonda birden fazla iş gören bulunuyorsa işine son verileceklerin ismen saptanmasında;

I-Gönüllü olanların

II-Emekli olduktan sonra çalışmakta olanların

III-Emeklilik hakkını kazanmış olanların

elde edeceği yararlar ile işçinin uğrayacağı zararlar arasındaki oransızlık değil feshin yol açacağı olumsuzlukların işçiler arasında orantısız olarak dağıtılması, iş sözleşmesi diğerlerine göre daha çok korunmaya değer olan işçilerin durumunun gözönüne alınmamasıdır.

b. Sosyal Seçimin İçtihat Hukuku Olarak Ortaya Çıkması ve Eleştirisi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bu konudaki içtihadının Alman Federal İş Mahkemesinden esinlendiği ve Yüksek Mahkemenin işletme gereklerine dayanan fesihlerde, iş akdi feshedilen işçilerin hangi esaslara göre seçildiğini feshin geçerlik denetimi kapsamında incelediği tespit edilmektedir. Yüksek Mahkeme, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verirken işverenin sosyal seçim kurallarına uygun davranılıp davranılmadığının araştırılması gerektiğine işaret etmekte¹², son kararlarında ise bu seçimin “objektif kriterlere” dayandığının işverence kanıtlanamadığı gerekçesiyle feshi geçersiz kılmaktadır¹³. Bu konuda verilen ilk kararda şöyle denilmektedir: “Dosya içeriğine göre, davalı kuruluş, Bakanlar Kurulu kararından sonra 2003 yılı için 673 kişi çalıştırmak için kadro belirlemiştir. Bu kadroya rağmen çalışan sayısı 586 kişidir. O halde davalı işyerinde istihdam fazlası yoktur. Keza, davalı işyerinde fesih tarihine göre emekliliğe hak kazanan işçi sayısı 423 kişidir. Oysa işveren kendi isteği ile emekli olan 3 kişi dışında 177 kişiyi emekli etmiştir. Emekli edilenler de kapatılan ya da üretimi durdurulan bölümde

IV-Performansı düşük olanların ve/veya disiplin ihlali yapmış olanların dikkate alınmasının şart olduğu“ belirtilmiştir. Davalı işverenin yeniden yapılanma çerçevesi altında sekreter kadrolarının azaltılması yoluna gittiği ve bu amaçla bir kısım sekreterlerin işine son verildiği anlaşılmaktadır. İşveren kadro sayısını belirlerken öncelikle emeklilik hakkını kazananların, bilahare gelir durumlarının, bakmakla yükümlü oldukları çocuk sayısının, performanslarının gözönüne alındığını savunmuştur. Ancak dosya içerisinde sunulan belgeler ve tanık beyanları değerlendirildiğinde işyerinde halen emekli olup sekreter olarak çalışmaya devam eden ve halen de emeklilik süresini doldurmuş bulunan altı sekreter mevcuttur. Davacının performansının iyi olmadığına ilişkin delil bulunmadığı gibi davalı tanığı dahi çıkarılan işçilerin performanslarının yüksek olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla işveren 3.1.2003 yürürlük tarihli tamimin 3/L bendindeki şartlara ve sıraya aykırı olarak işçi çıkartmış, işten çıkarmalardaki uyguladığı kritere göre neden davacının hizmet aktinin öncelikle feshedildiğini haklı veya geçerli neden bulunduğunu ispatlayamamıştır. Bu sebeple feshin geçerli nedene dayandığının kabulü hatalıdır... “ (9. HD. 4.7.2005 E. 2005/19226 K.2005/23566-Özel Arşiv) .

¹² 9. HD. 11.12.2006 E.2006/25167 K.2006/32359 (Çalışma ve Toplum, 2007/2, s.191.

¹³ 9. HD. 4.12.2006 E.2006/23819 K.2006/31666, Çalışma ve Toplum, 2007/2, s.220; 9. HD. 3.4.2006 E.2006/4878 K.2006/8253, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s.179.

değil her bölümden seçilmiştir. Bu seçimin hangi kriterlere göre yapıldığı anlaşılabilir...¹⁴. Bu kararıyla Yargıtay, İş Kanununun 20. maddesinde işveren için getirilen ispat yükünün kapsamını genişletmiştir. Buna göre, işveren sadece işletmede işyeri dışından yahut da işyeri içinden kaynaklanan nedenlerle işyerinde işgücü fazlalığının doğduğunu ve son çare olarak feshe başvurduğunu kanıtlamakla yetinemez; işten çıkarılan işçilerin seçiminin dayandırıldığı kriterleri ve seçimin bu kriterlere uygun yapıldığını da kanıtlamalıdır.

Yargıtay, 19.9.2005 tarihli yeni bir kararında bu konudaki görüşünü daha da belirginleştirmiştir: "...Öte yandan, temizlik işlerinin taşeronla verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip feshedilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence 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 gözönünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır..."¹⁵. Bu ikinci kararda öne çıkan ilk husus, sosyal seçim kurumunun, isminden açıkça söz edilerek işletme gereklerine dayanan fesihlerde ayrı bir kurum olarak benimsenmiş olmasıdır. İkinci olarak, Yargıtay, sosyal seçimde işçilerin karşılaştırılabilir olması gereğini kabul etmiştir. Nihayet, kararda sosyal seçim kriterlerinin hem iş sözleşmesi ile ilişkilendirilebilecek hem de sosyal nitelikteki kriterlerden oluşturularak belirlendiği görülmektedir. Özellikle, kararda değinilen verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme gibi kriterler "sosyal seçim" ile ilgili olmayıp daha ziyade işçinin davranışlarından veya işe yeterliliğinden kaynaklanan geçerli neden teşkil edebilecek olgulardır¹⁶. Bu itibarla, Yüksek Mahkemenin içtihadı takip edilecek olursa, işverenin işyerinde iş, işyeri ve

¹⁴ 9. HD. 29.12.2003 E.2003/23204 K.2003/22988, Legal İSGHD, 2004/2, s.633-635.

¹⁵ 9. HD. 19.9.2005 E. 2005/28125 K.2005/30446-Özel Arşiv; 9. HD. 11.12.2006 E.2006/24963 K.2006/32630, Çalışma ve Toplum, 2007/2, s.199; 9. HD. 13.3.2006 E.2006/2894 K.2006/6224, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s.256.

¹⁶ Çelik, Eşit Davranma Borcu, s.8. Yazar haklı olarak bu ölçütlerin bir kısmının sosyal seçim ölçütü olmadığına işaret ederek Yargıtay içtihadını eleştirmekte; bunların sosyal seçim ölçütlerinden önce uygulanıp uygulanmayacağını gösteren nitelikler olarak ortaya konulabileceğini vurgulamaktadır.

işletme gereklerinden başka bu nedenle işten çıkarmaya karar verdiği işçinin aynı zamanda verimsiz, iş görme borcunu özenli biçimde yerine getirmeyen veya hastalık nedeniyle işe sürekli biçimde gelemeyen bir işçi olduğunu da kanıtlaması gerekecektir. Oysa, İş Kanununun 18. maddesinde kanunkoyucu sadece iş, işyeri veya işletme gereğinin kanıtlanmasını aramaktadır. Yargıtay içtihadında aydınlığa kavuşturulması gereken diğer bir nokta ise seçime esas alınacak kriterlerin belirsizliğidir. Yukarıda belirtildiği üzere, Alman Hukukunda 1.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren yasal değişiklikle sosyal seçim kriterleri yasada belirlenmiş iken Türk Hukukunda bu kriterlerin tümüyle içtihadı bırakılması hukuki güvenlik ile bağdaştırılmamaktadır¹⁷. Öte yandan, Yargıtay içtihadında bu kriterlerin birbiriyle olan ilişkisi ve nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulacakları konusunda da herhangi bir ipucu bulunmamaktadır¹⁸. Nitekim öğretide, sosyal seçimin uygulanma zorluğuna işaret eden *Alpagut*, işverenin tek başına yaşayan ve başka geliri bulunmayan bir işçiyi mi, yoksa iki çocuklu ancak eşi çalışan işçiyi mi yahut da emekliliğe hak kazanmamış 50 yaşındaki işçiyi mi yoksa 35 yaşında iki çocuklu eşi çalışmayan işçiyi mi seçmesi gerektiğini sormaktadır¹⁹. Diğer taraftan, İş Kanununda feshin geçersizliğine yol açan olgu geçerli bir sebep gösterilmemesi veya gösterilen sebebin geçersiz olması halinde feshin geçersizliğine ve işçinin işine iadesine karar verileceği öngörülmüş iken Yargıtay yasada yer verilmeyen bir müessese üzerinden feshin geçersizliğine yol açan olguyu genişletmektedir²⁰. Keza, Alman Hukukunda, sosyal seçim esaslarının işverence hiç veya yeteri kadar dikkate alınmadığını iddia ve ispat yükü işçiye aittir. Yargıtay uygulamasında ise, Yüksek Mahkeme, sosyal seçim kurallarına uygunluğu feshin geçerlilik neden denetimine dahil etmiş olduğundan, uygulamada işçi tarafından bu hususta herhangi bir iddia ve ispat faaliyeti içine girilmese dahi kendiliğinden değerlendirmeye alarak işvereni yasada yer almayan bir ispat yükü ile karşı karşıya bırakmaktadır²¹. Yargıtay'ın yukarıda

¹⁷ *Alpagut*, s.104.

¹⁸ *Çelik*, Eşit Davranma Borcu, s.8.

¹⁹ *Alpagut*, s.104.

²⁰ *Alpagut*, İsveç ve Fransız Hukukunda sosyal seçime aykırılık halinde feshin geçersizliğinin söz konusu olmayıp doğan gerçek zararın tazmin edildiğini, Alman Hukukunda ise feshin geçersizliğinin ayrıca öngörüldüğünü, yasal bir düzenleme bulunmayan Türk Hukuku bakımından ise durumun ortada olduğunu ileri sürmektedir.

²¹ Nitekim Yüksek Mahkeme bir bozma kararında bu yöndeki içtihadını yeni bir kararında açıklığa kavuşturarak buradaki ispat yükünün işçiye yüklenemeyeceğini ve işverene ait olduğunu vurgulamıştır: "...Eksik inceleme ile sosyal seçim kriteri ve feshin son çare

değınilen içtihadı sebebiyle, uygulamada yerel mahkemelerce de işgücü fazlalığı doğduğunun kabul edilmesine rağmen salt sosyal seçim kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilmektedir.

Yargıtay içtihadı, olması gereken hukuk (*de lega feranda*) bakımından isabetli sayılabilir, ancak bu kararların olan hukuk (*de lege lata*) bakımından sağlam bir hukukî temele dayandığı şüphelidir. Zira, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde sosyal seçim yapılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, 166 sayılı Tavsiye Kararı²² ve 158 sayılı Sözleşme²³ ile 98/59 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi²⁴ dikkate alınarak hazırlanan toplu işçi çıkarmaya ilişkin 29. maddede de bu konuda bir hüküm sevk edilmiş değildir. Gerçekten, İş Kanunu'nun 29. maddesinin 2. fıkrasına

olması ilkesini bertaraf eden, 'davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesiyle' ile istemin reddine karar verilmesi hatalıdır...' (9. HD. 3.4.2006 E.2006/4878 K.2006/8253 (Çalışma ve Toplum, 2006/3, s.177. Öğretide, Çelik, haklı olarak, ispat yükümlülüğünü işverene yükleyen kuralın 18. madde ile ilgili olduğunu ve feshin geçerli olduğunun ispatıyla ilgili olduğunu belirterek Yargıtay içtihadını eleştirmektedir. (Çelik, Eşit Davranma Borcu, s.10). Yazara göre, işçinin iş akdinin eşitlik ilkesine aykırı olarak feshedildiğini iddia etmesi durumunda ispat yükümlülüğünün işçiye ait olması gerekir. Bu İş Kanunu'nun 20. maddesi ve 5. maddesinin bir gereğidir. (Çelik, Eşit Davranma Borcu, s.11).

²² Toplu işçi çıkarma usulü, 1.6.1982 tarihli 166 sayılı Tavsiye Kararı'nın 19.-26. maddelerinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesinden farklı olarak, 166 sayılı Tavsiye kararı, işçilerin seçimine ilişkin genel bir hüküm içermektedir: "İş sözleşmeleri ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerle feshedilecek olan işçilerin seçiminde başvurulacak ölçütler mümkün olduğu ölçüde önceden belirlenmiş olmalıdır ve işletmenin, işyerinin, işin ve işçinin menfaatleri gereken ölçüde dikkate alınmış olmalıdır" (m.23).

²³ 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin "İşçi Temsilcilerine Danışma" başlıklı 13. maddesine göre, "ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle hizmet ilişkilerine son vermeyi düşünen işveren, ilgili işçi temsilcilerine, düşünülen son verme işlemlerinin nedenleri, bu işlemde etkilenecek işçi sayısı ve grupları ve son verme işlemlerinin ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleştirileceği de dahil olmak üzere gerekli tüm bilgileri zamanında sağlar. İlgili işçi temsilcilerine, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak, mümkün olduğunca önceden, ilgili işçiler için her nevi son verme işlemini önlemek veya asgariye indirmek amacıyla alınacak önlemleri ve bu işlemlerin işçiler üzerindeki olumsuz etkilerini, başka iş bulmak gibi önlemlerle hafifletmek amacıyla alınacak önlemleri danışma fırsatı tanır".

²⁴ Toplu işçi çıkarma usulü, Toplu İşçi Çıkarmaya İlişkin Üye Ülke Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 20.7.1998 tarihli ve 98/59 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 2. maddesinde düzenlenmiştir.

göre, “birinci fıkra uyarınca yapılacak bildirimde işçi çıkarmanın sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur. Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınır. Görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenir”. Hükümde yer verilen “çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi” ifadesi sosyal seçimi çağrıştırmakta ise de, bu ifadeden, işverence uyulmaması halinde feshin geçersiz sayılmasına yol açabilecek bir yükümlülük çıkarılması mümkün gözükmemektedir. Anılan hüküm daha ziyade iş akdinin sona erdirilmesine karar verilen işçilerin fesih dolayısıyla uğrayacakları zararların hafifletilmesi amacına yöneliktir. Bu itibarla, işyeri sendika temsilcileri ile yapılan toplantıda bir sonuca ulaşılması ve bir karar verilmesi, konumuzla bağlantılı olarak, işten çıkarılacak işçilerin belli ölçütlere göre ismen belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Toplantı bir bilgi verme ve danışma toplantısı niteliğindedir²⁵. İş Kanunu’nun 29. maddesi düzenlenirken esas alınan Avrupa Birliği’nin toplu işçi çıkarmaya ilişkin 98/59 sayılı Yönergesinde ise, işverenin toplu işçi çıkarmaya ilişkin olarak işçi temsilcilerine yapacağı bildirimde, şayet üye ülke iç hukukunda işten çıkarılacak işçilerin seçimine ilişkin olarak işverene kriter belirleme yetkisi verilmiş ise işverenin belirlediği bu kriterleri de bildirmesi gerektiği kabul edilmiştir (Art 2). İş Kanunu’nun 29. maddesinde yönergedeki bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Öte yandan, Kanunun gerekçesinden de kanunkoyucunun iradesinin işletme gereklerine dayanan fesihlerde sosyal seçim yapılması doğrultusunda olduğu anlaşılmamaktadır. Zira, yasanın gerekçesinde, işletme gereklerine dayanan fesihlerde iş, işyeri veya işletme gereğinin işyeri içinden veya dışında kaynaklanabileceği, ancak fesih uygulamasına gidilirken işverenden feshe en son çare olarak bakmasının ve fesihten kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiş ve böylece feshin ölçülülük denetimine tabi tutulmasına işaret edilmiş; ne var ki, işverence işten çıkarılacak işçilerin seçiminde uyulması gereken herhangi bir kural veya esastan bahsedilmemiştir. Bu itibarla, yasanın gerekçesinden de Yargıtay uygulamasına kanunkoyucunun iradesinin bu yönde olduğuna ilişkin dayanak bulmak mümkün olamamaktadır. Diğer taraftan, sosyal seçimin dar anlamda ölçülülük ilkesi (orantılılık)

²⁵ Bkz. **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2005, s.494.

üzerinden uygulanması da metodik açıdan mümkün gözükmemektedir. Dar anlamda ölçülülük denetimi, işveren ile feshe muhatap olan işçi arasında bireysel bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir. Oysa, sosyal seçimde, feshe muhatap olan işçi topluluğuna dahil işçilerin durumlarının birbirleriyle karşılaştırılması söz konusudur. Bu nedenle, iş akdi feshedilen işçi, kendisinin sosyal bakımından daha çok korunmaya layık olduğunu, bu nedenle kendisinin değil başka bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi gerektiği yolundaki bir iddiayı dar anlamda ölçülülük ilkesine dayandıramaz. Dar anlamda ölçülülük ilkesiyle, başka bir işçinin hukuk alanına yönelen ve ölçülülük ilkesinin sınırlarını aşan bir müdahale talebi meşrulaştırılmaz. Bu itibarla, yasal veya akdi bir düzenleme olmadıkça, işverence açıklanan bir feshin sosyal seçim esaslarına aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kılınması mümkün olmamak gerekir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin de yeni bir kararında içtihadını yumuşatmaya başladığı tespit edilmektedir. Yüksek Mahkeme, bu yeni kararında, “...İşgücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate alınmış ise ölçütün hukuken korunabilir olması, objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir. Bu durumda işverence başka kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilmesi doğru olmaz...” içtihadında bulunmuştur²⁶. Buna göre, işveren sadece 506 sayılı Kanuna göre emekliliğe hak kazanmış olmayı bir seçim kriteri olarak uygulama kararı almış ise emekliliğe kazanmış olması göz önüne alınarak işletme gereklere nedeniyle iş akdi feshedilen bir işçinin kendisinden daha az kıdemli bir işçinin işten çıkarılmaması veya kendisinin sosyal bakımından daha fazla korunmaya muhtaç olduğunu ileri sürerek feshin geçersizliğini ileri sürmesi mümkün olamayacaktır. Keza, işveren yapmış olduğu seçimde emekliliği gelen dışında, son giren ilk çıkar ilkesini uygulamış ve/veya işten çıkarmaya kendi isteğiyle gönüllü olanlardan başlamışsa, Yüksek Mahkemenin ilk içtihatlarında dile getirilen diğer kıstasların uygulanması işverenden talep edilemeyecek; başka bir söyleyiş ile bu kıstasların uygulanmamış olmasından feshin geçerliliği etkilenmeyecektir. Ancak bunun için işverenin yapmış olduğu seçimin dayandığı ölçütlerin nasıl uygulandığını yine işverenin kanıtlaması gerekecektir. Bu çerçevede, sadece emekliliğe hak kazananlar işten çıkarılmış ise bu işçilerin 506 sayılı Kanuna göre yaşlılık aylığı almaya hak kazandığını belirten matbu Kurum yazısı; gönüllü olan-

²⁶ 9. HD. 11.12.2006 E. 2006/24963 2006/32630 K (Özel Arşiv).

lardan başlanmış ise bu işçilerin işverene vermiş olduğu dilekçeler; kıdemli işçilerden başlanmış ise bu işçilerin kıdemlerini ortaya koyan belgeler (Hizmet Döküm Cetveli veya işe giriş bildirgesi gibi) ibraz edilmiş olmalıdır. Aksi halde işveren, kendisinin belirlediği ölçütü dahi uygulamamış durumuna düşeceğinden Yargıtay içtihadına göre feshin geçersizliğine karar verilmesi söz konusu olacaktır.

Yüksek Mahkemenin sosyal seçime ilişkin uygulamasının yasal dayanağı bakımından yönelttiğimiz eleştiriler saklı kalmak üzere, içtihadın iş hayatındaki etkisini feshin geçersizliğine yol açmasıyla sınırlı düşünmenin isabetli olmadığını belirtmek gerekir, zira bu içtihat *-dolaylı olarak-* yönetime katılmanın önünü açmaktadır. Bilindiği üzere, Alman Hukukunda, işletme komitesi her fesihten önce mutlaka dinlenilmek zorundadır (BetrVG § 102/ Abs. 1). İşletme Komitesi, işverence açıklanan fesih kararına bir haftalık süre içinde itiraz edebilmekte; yasaya göre bu itirazlardan birisi de işçinin sosyal açıdan korunma ihtiyacının hiç veya yeteri kadar dikkate alınmadığına ilişkin olabilmektedir (BetrVG § 102/ Abs. 3/ S.1). Bu nedenle, Almanya’da toplu işçi çıkarmalarda işçi tarafı işletme komitesi aracılığıyla işten çıkarma kararına ve bu karardan etkilenecek işçilerin belirlenmesine etki edebilmektedir. Alman Hukukundan farklı olarak Türk Hukukunda, yönetime katılmanın yasa ile düzenlenmemiş olması nedeniyle işçilerin işletme yönetimi ve bu arada işletme gereklerine dayalı fesihler hakkında bilgi almaları ancak toplu sözleşme düzeni mevcut olan işyerleri bakımından sınırlı biçimde gündeme gelebilmekte; toplu sözleşme düzeni bulunmayan örgütlenilmemiş işyerlerinde ise tümüyle işverenin inisiyatifine terk edilmiş bulunmaktadır. Yargıtayın sosyal seçime ilişkin içtihadı ile işverenler, toplu işçi çıkarmalarda İş Kanunu m.29 hükmü uyarınca yapılması gereken ve esasen feshin geçerliliği bakımından herhangi bir etkisi olmayan “görüşme”nin amacına ulaşması doğrultusunda hareket etmeye teşvik edilmekte; böylece kurumsal yönetime katılmanın eksikliğinin giderilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu açıdan içtihadın olumlu bir etki yarattığı yadsınamaz²⁷.

Diğer taraftan, sosyal seçimin, sosyal bakımından güçsüz olan işçilerin korunması bakımından sağladığı bu faydanın dışında işletme gereklerine

²⁷ Alpagut da isabetli olarak, İş Kanunu m.29 uyarınca yapılacak görüşmede sosyal seçim kriterlerinin oluşturularak işten çıkarılacak işçilerin seçiminin mümkün olduğunu, hatta bu hususun görüşmenin öncelikli amaçlarından birini oluşturduğunu ve tarafların fesihten işçilerin en az zarar görmesi noktasında bir seçim gerçekleştirmeleri gerektiğini kaydetmektedir (Alpagut, s.105).

dayanan fesihle başka bir rol daha üstlenmesi mümkündür. Bilindiği gibi, işletme gereklerine dayanan fesihlerde, işyeri içi veya işyeri dışından kaynaklanan nedenlerle çok sayıda işçi işten çıkarılmaktadır. Toplu işten çıkarmalarda, iş akdi feshedilen işçiler, işyerinde bir işgücü fazlası doğduğunu kabul etmekle birlikte bu fazlalığın işverenin iddia ettiği kadar olmadığını ileri sürebilirler. Somutlaştırmak gerekirse; işveren işletmede 100 işçinin işgücü fazlası haline geldiğini tespit ederek bu işçilerin iş akdini feshetmiş; ancak yerel mahkemece Yargıtay içtihadı çerçevesinde yapılan bir araştırma neticesinde 75 işçinin işgücü fazlası haline geldiği tespit edilmiş ve iş akdi feshedilen tüm işçiler işe iade davası açmışlarsa iş mahkemesi hakimi nasıl bir karar verecektir? Bu konudaki ilk çözüm tarzı, buradaki tüm riski İş Kanunu m.20 hükmünü dayanak göstermek suretiyle işverenin üzerinde bırakmak şeklinde olabilir. Buna göre, mahkeme işe iade davası açan her işçi bakımından diğer bir işçinin işgücü fazlası haline geldiğini ve davacı bakımından işgücü fazlalığının söz konusu olmadığını gerekçe göstererek işe iade kararı verebilecektir. Diğer bir düşünce ise, burada açılan 100 işe iade davasından sadece 25'ini kabul edip diğer 75 davayı reddetmek şeklinde olabilir. Zira, mahkeme kararıyla en azından 75 işçinin işgücü fazlası haline geldiği tespit edilmiş olduğuna göre, hiç değilse bu 75 işçinin açmış olduğu davanın reddi gerekir. Ancak burada da iş mahkemesi hakimi şu sorunla karşı karşıya kalmaktadır: Açılan 100 işe iade davasından reddedilecek 75 dava neye göre belirlenecektir? İşte bu noktada, işverenin sosyal seçim yapmış olması halinde sosyal seçime ilişkin liste esas alınmak suretiyle sonuca gidilebilir. Buna göre, yaş, kıdem vs. gibi seçim kriterlerinden aldıkları puanlara göre işçiler en yüksek puandan en düşük puana göre sıralanmışlar ise en yüksek puanı almış olan (yani sosyal bakımdan en çok korunması gerekenler) 25 işçinin işe iade davasının kabulüne diğer işçilerin davasının reddine karar verilmek suretiyle sorun çözülebilecektir. Böylece hem işverenin geçerli nedenin varlığını kanıtladığı işçiler bakımından yapılan fesihlerin geçerliliği kabul edilmiş olacak; hem de geçerli neden bulunmayan ve sosyal bakımdan da en çok korunması gereken işçiler bakımından feshin geçersiz kılınması suretiyle adaletli bir sonuca ulaşılmış olacaktır. Buna karşılık, işveren tarafından iş mahkemesine objektif kriterlere göre hazırlanmış bir sosyal seçim sunulamazsa bu halde iş mahkemesince tüm fesihlerin geçersiz kılınması söz konusu olacaktır. Bu nedenle, hukuki temeline ve feshin geçersizliğine yol açmasına ilişkin olarak yukarıda açıklanan eleştirilerimiz saklı kalmak kaydıyla sosyal seçim yapılması işverene fayda sağlayacağından tercih edilmesi gereken bir yol olarak görünmektedir.

c. İşverenin Seçme (Belirleme) Serbestisi ve Sınırları

İşyerinde toplu sözleşmenin olmaması veya mevcut toplu iş sözleşmesinde bu konuda hüküm bulunmaması halinde, işveren, İş Kanununda sosyal seçim kurumuna ilişkin özel hüküm getirilmemesi nedeniyle iş akdi feshedilecek işçileri kendisi seçebilecektir. Ancak buradan, işverenin seçim konusunda dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği sonucuna varılamaz. Sosyal seçimin düzenlenmemiş olması işverene herhangi bir esasa dayanmayan keyfi seçim yapma yetkisi vermez²⁸. Öğretide de, bu durumda genel hukuk kurallarının ve ilkelerinin gözönünde tutulması gerektiğine işaret edilmektedir²⁹. Özellikle işyerinde uzun yıllardır çalışan bir işçide kendisinin işten çıkarılacak son işçiler arasında olacağı yönünde bir güven uyandırılmış olması pek muhtemeldir. O halde işçinin kıdemi arttıkça, işletme gereklerine dayanan fesihlerde kıdemsiz işçilerden başlanarak seçim yapılmaması -örneğin iki yıl kıdemi olan işçi yerine on beş yıldır aynı işyerinde çalışan işçinin çıkarılması- işçide uyanan bu güvenin korunmaması anlamına gelebilecektir³⁰.

İşverenin işten çıkarılacak işçileri seçerken uyması gereken bir esas İş Kanununda eşit davranma ilkesi başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır³¹.

²⁸ Nitekim, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Feshe Karşı Koruma Kanunu kapsamı dışında kalan küçük işletmelerde işten çıkarılacak işçilerin seçiminde sosyal değerlendirme ölçütlerinin bir rol oynaması gerektiğine işaret etmiştir. Ancak mahkemenin içtihadında bu ölçütlerin hangi ağırlıkta bir etkiye sahip olmaları gerektiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır (Ayrıntılar için bkz. **Däubler**, Wolfgang, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, s.277).

²⁹ **Çankaya**, Osman Güven/**Günay**, İlhan Cevdet/**Göktaş**, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.70. Yazarlara göre, işveren seçimi yaparken işyerinde aynı işi üstlenen işçileri karşılaştırabilir. İşçiler arasında verimi düşük olanlara, hastalığı nedeniyle işe gelememesi bir yük olanlara, iş görme borcunu ifada gerekli özeni sürekli göstermeyenlere öncelik verebileceği gibi, kıdemi daha az olanları, evli ve çocuk sahibi olmayanları ya da gençleri bir sıraya koyabilecektir (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s.70).

³⁰ Bkz. "...ekonomik kriz söz konusu ise, davacının çalıştığı bölümde ve diğer bölümlerde işçilerin işe giriş tarihlerinin, davacının en son alınan işçilerden olup olmadığının, fesihten sonra yeni işçi alınıp alınmadığının saptanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (9. HD. 26.5.2005 E.2005/12623 K.2005/19441-Özel Arşiv). Ayrıca bkz. **Däubler**, Kündigungsschutz ausserhalb des Kündigungsschutzgesetzes, s.277.

³¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Tuncay**, Can, Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982, s.207; ayrıca bkz. **Ulucan**, Devrim, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, in: Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s.191 vd. Son yazar,

Buna göre, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılamaz. (m.5/f.1) İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. (m.5/f.6). O halde, işverenin aynı durumdaki işçiler arasında İş Kanunu m.5/f.3 veya İş Kanunu m.18/f.3 hükmüne aykırı hareket ederek keyfi ayırım yapması fesih hakkının kötüye kullanılmasını oluşturur³². Dolayısıyla, işverenin işten çıkarılması gereken işçileri seçerken sadece kadın olmaları, sendika üyesi olmaları, belli bir dini mezhep, siyasi veya felsefi görüşe sahip bulunmaları gibi kanunen geçersiz fesih sebebi kabul edilen ve aynı zamanda ayrımcılık teşkil eden ölçütlere göre hareket etmesi halinde, fesih işlemi anılan işçiler bakımından -ultima ratio olmasına rağmen- geçersiz kılınmalıdır. Burada geçerli olan esas, Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda acil işletme gereklerine dayandığı ve son çare olduğu halde sosyal seçime aykırılık nedeniyle feshin geçersizliğini kabul eden düşüncedir. Kaldı ki, burada İş Kanunu'nun 5. maddesinde dört aya kadar tazminat öngörülmüş olması da feshin geçersizliğine karar verilmesine engel değildir.

İşverenin sadece kadın veya sendikalı işçileri işten çıkarması halinde, eşit davranma ilkesinin uygulanması ile tatminkâr bir sonuca varılabilir. Buna karşılık işverenin keyfi davranışının söz konusu olmamasına rağmen bazı işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi anılan işçiler bakımından ağır sonuçlar doğurabilir. Başka bir söyleyişle, ayrımcılığı yasaklayan İş Kanunu'nun 5. maddesinin kapsamına girmeyen ancak buna rağmen muhatabı bakımından ölçüsüz sonuçlar doğurabilen fesihler de söz konusu olabilmektedir. Bu halde, fesih geçersiz kılınmak isteniyorsa, hâkime böyle bir feshin geçersiz kılınmasını sağlayacak "özel bir araç" verilmesi gerekmektedir. Orantılılık denetiminin işletme gereklerine dayanan fesihlerde uygulanmasına ilişkin olarak bu fesih türünün niteliğinden kaynaklanan özel durum ve işletme gereklerine dayanan fesihlerin genellikle birden çok işçiyi ilgilendirdiği birlikte değerlendirildiğinde, her bir işçinin menfaati ile işverenin menfaatlerinin karşılıklı

anayasanın eşitlik ilkesinin iş hukuku alanında iş yasalarındaki düzenlemelerle veya kabul gören bir temel ilke olan eşit işlem yapma ilkesi olarak işverenin hareket alanını sınırlayan ve biçimlendiren bir kurum şeklinde somutlaştığını ifade etmektedir (**Ulucan**, s.192).

³² **Süzek**, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s.131 vd; **Engin**, s.112. Ayrıca bkz. **Yenisey**, Legal İSGHD 2005/7, s.997.

tartılarak feshin denetlenmesinden ziyade, feshe muhatap olan tüm işçilerin birlikte değerlendirmeye alınarak bir seçim yapılması zaruridir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda açıkça düzenlenmiş olan sosyal seçim kurumu, aynı konumdaki tüm işçileri kapsadığından ve bu değerlendirmede her bir işçinin kişisel durumu ve içinde bulunduğu koşulları ayrıca dikkate aldığından hem işçinin hem de işverenin menfaatlerini yeterli biçimde dengelemektedir. Hiç şüphesiz burada kanunkoyucunun tercihi belirleyici olacaktır. Kanunkoyucunun, daha liberal bir bakış açısıyla, işverenin, işletme gereklerine dayanan fesihlerde işten çıkarılacak işçilerin seçiminde ayrımcılık yasağı dışında serbest olmasını benimsemesi de ihtimal dahilindedir. Hatta böyle bir çözüm tarzının Türkiye'nin "özel koşulları"na daha uygun düşeceği de savunulabilecektir. Ancak, müteşebbis olarak işverenin haklı işletmesel yararlarını gözardı etmeksizin bu konuda sınırlı dahi olsa bir düzenleme yapılması, hem çağdaş iş hukukunun gelişim sürecine uygun düşer hem de sosyal devlet olmanın yüklediği sorumluluk yerine getirilmiş olur.

SONUÇ

Alman Hukukundan farklı olarak, sosyal seçimin Türk iş hukukunda pozitif bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla, eşit işlem yapma ilkesini ihlal etmemek kaydıyla işverenin işletme gereklerine dayanan fesihlerde işten çıkarılacak işçilerin seçiminde serbest olduğunun kabulü gerekir.

Seçime esas alınacak kriterler ve bu kriterlerin uygulanmasına ilişkin olarak açıklık bulunmayan sosyal seçim müessesesi üzerinden feshin geçersiz kılınması hukuki güvenlik açısından tereddüt yaratmaktadır. Bu nedenle yasakoyucunun bu konuda bir yasal düzenleme yapılması uygun olacaktır. Yargıtay içtihadındaki belirsizlik, iş akdinin geçerli nedenle fesih hakkının aşırı biçimde sınırlanması sonucuna yol açabilecektir.

Toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle bu konuda yükümlülükler getirilmesi mümkündür. Akdi sosyal seçim kuralları olarak nitelendirilen bu hükümlere aykırılık halinde fesih işlemi geçersiz kılınabilecektir.

Türk iş hukukunda Yargıtay içtihadı ile kabul edilen sosyal seçim, toplu işçi çıkarmalarda İş Kanunu m.29 hükmünde öngörülen görüşmenin amacına uygun olarak gerçekleştirilmesine dolaylı olarak hizmet etmektedir. Keza, işveren tarafından iş akdi feshedilen işçi sayısından daha az işçinin işgücü fazlası haline geldiği durumlarda sosyal seçim işe iade kararı verilecek işçilerin belirlenmesinde etkin bir rol üstlenebilir.

K a y n a k ç a

- Alpagut**, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4.
- Backmeister**, Thomas/**Trittin**, Wolfgang/**Mayer**, Udo, Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, 2. Aufl, München, 2002.
- Çankaya**, Osman Güven/**Günay**, İlhan Cevdet/**Göktaş**, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 19. Baskı, İstanbul, 2006.
- Çelik**, Nuri, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4.
- Däubler**, Wolfgang, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz.
- Doğan Yenisey**, Kübra, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD 2005/7.
- Engin**, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul, 2003.
- Fiebig**, Stefan/**Gallner**, Inken/**Griebeling**, Jürgen/**Mestwerdt**, Wilhelm, **Nägele**, Stefan/**Pfeiffer**, Gerhard, Kündigungsschutzgesetz Handkommentar, 2. Aufl., 2006.
- Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetzes und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 7. Auflage, München, 2004.
- Güzel**, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi (Tebliğ), İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul, 2004.
- Süzek**, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- Tuncay**, Can, Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.
- Ulucan**, Devrim, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, in: Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000.

