

Doç. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/4878

Karar No: 2006/8253

Tarihi : 03.04.2006

### DAVA

Davacı feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

Davalı işveren vekili, davalı işverenin sektörde rakiplerin çoğalması, olumsuz ekonomik şartlar, rekabet koşulları ve maliyetlerin düşürülmesi nedeni ile kadro azaltılmasına gidildiğini, 2000 yılında 1240 kişi çalışırken, son beş yılda 715 kişi çıkarıldığını, halen çalışan 525 personelden 282 kişinin elektronik, haberleşme-bilgisayar ve yazılım alanında eğitim görmüş nite-

likli ARGE mühendisleri olduğunu, üretim bölümünde halen 25 işçinin çalıştığını, küçülmeye gidildiğini, işyerinde vasıfsız işçinin çalıştırılmayacağını, sadece ARGE bölümüne nitelikli yüksek okul mezunu lisans yapmış eleman alındığını, davacının çalıştığı üretim bölümünün tamamen kapatılma sürecine girdiğini, kademeli tasfiye edildiğini, feshin işyeri ve işletmeden kaynaklanan geçerli nedenle yapıldığını savunmuştur.

Mahkemece, savunma ve alınan bilirkişi raporundaki saptamalara değer verilerek, davalı işverenin işletmesel önlemler kapsamında bazı bölümleri kapatma kararı aldığı, öncelikle davacının çalıştığı üretim bölümünü, alt yükleniciler kullanarak tasfiye ettiği, nitelikli teknoloji kullanan eleman temin etme yoluna gittiği, üretim bölümünde 2000 yılında 227 işçiyi Selectron şirketine devrettiği, 1999 yılında bu bölümde 293 işçi varken 2005 yılında müdür ve sekreter dahil bu sayının 26 kişiye düştüğü, davalının üretim bölümünü başka firmaya devretmesi nedeniyle davacının hizmetine ihtiyacının kalmadığı, davalı işverenin üniversite mezunu elemanları ise ARGE bölümüne mühendis olarak aldığı, teknik

lise mezunu davacıya mühendis niteliği kazandırmayacağı, başka bir bölümde görevlendirme olanağının da bulunmadığı, davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili, bilirkişi raporlarının eksik ve yetersiz incelemeye dayalı olduğunu, bilirkişinin kendi içinde çeliştiğini, davacının çalıştığı bölümde sürekli fazla mesai yapıldığının kanıtlandığını, fazla çalışmaların kaldırılmadığını, esnek çalışma şekillerinin değerlendirilmediğini, davalının işçileri başka bölümde değerlendirme olanağının araştırmadığını, davalı işverenin asıl işi olan üretim işini kurdurduğu şirkete devrederek işçilerin haklarını kısıtladığını, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile kararı temyiz etmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde meslek lisesi/yüksek okul mezunu olan ve test/çatı operatörü olarak üretim bölümünde çalışan davacının iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından kadro daralması sebebi gösterilerek feshedilmiştir. Görüldüğü gibi, davalı işveren fesih sebebinde gerekçede gösterildiği şekilde, bölüm kapatma yoluna gitme, davacının hizmetine ihtiyacı kalmama ve yüksek okul mezunu nitelikli elemana gereksinimi gibi nedenlerden söz etmemiştir. İşveren fesih sebebi ile bağlıdır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporları, davalı işveren tarafından sunulan tek taraflı belgeler ve dosya üzerinden hazırlanmış, işyerinde keşif yapılmamış ve objektif olarak denetim sağlayacak ilgili kurumlardan kayıtlar getirilmemiştir.

Davalı işverenin üretim bölümünü 2000 yılında 227 işçisi ile alt işverene devrettiği, ancak davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra halen aynı bölümde idari çalışan dahil 26 işçinin çalıştığı sabittir. Ayrıca davalı işyerinde, halen çalışan 525 personelden 282 kişinin elektronik-haberleşme-bilgisayar ve yazılım alanında eğitim gören yüksek okul mezunu, diğerlerinin ise bu nitelikte olmadığı davalının da kabulündedir. Davalı işverence kadro daraltılması çerçevesinde bir norm kadro uygulaması da yapılmış de-

ğildir. Diğer taraftan davalı tarafından 2000 yılında 227 işçinin devredildiği üretim işinin davalı işverence kurdurulan şirkete verildiği, bu işin asıl iş olduğu iddia edilmiş, mahkemece bu olgu üzerinde de durulmamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı varken feshine başvurulmaması gerekir. Kısaca "fesih son çare olmalıdır" (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır.

Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.

4857 sayılı İş Kanununun 2/6-son maddesi uyarınca "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

## KARARIN İNCELENMESİ

Y.9.HD.'nin farklı hukuki sorunları içeren bu kararı aynı zamanda Türk pozitif hukukunda yer almayan bir kavram olarak "sosyal seçim kriteri"nden söz edilmesi bakımından ilginçtir. Kararda bir yandan asıl iş olan üretim işinin alt işverene verilmesi ve bunun geçerliliği tartışma konusu oluştururken, diğer yandan feshin son çare olması ilkesi ve nihayet sosyal seçim yükümlülüğü değerlendirilmesi gereken hususları oluşturmaktadır. İnceleme kapsamında alt işveren ilişkisine genel olarak değinildikten sonra, sosyal seçim yükümlülüğü üzerinde ağırlıklı olarak durulacak, yükümlülüğün içeriği, karşılaştırmalı hukukta uygulanışı ve nihayet Türk hukukunda bu yönde bir yükümlülüğün kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

### 1. ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Karara konu olayda davacı işçi, meslek lise-

Yukarıda belirtilen somut maddi ve hukuki olgulara göre, özellikle kadro daraltılmasının incelenmesi için işyerine işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren kayıtlar ilgili kurumdan getirilmeli, işyerinde keşif yapılmalı, işyeri kayıtları ve davalı ile dava dışı kurdurduğu iddia edilen şirket arasındaki sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-son maddesi kapsamında incelenmeli, sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkelere çerçevesinde belirtilen olguları kapsayan bir değerlendirme yapılmalı, bilirkişilerden bu konuları açıklayan ve denetime elverişli olan raporlar alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile sosyal seçim kriteri ve feshin son çare olması ilkesini bertaraf eden, "davalı işverenin işten çıkarılacak işçileri seçmede özgür olduğu, davacının seçimde davalı işverenin keyfi davrandığını kanıtlayamadığı, feshin işyeri ve işletme gereklerine dayalı geçerli nedenle yapıldığı gerekçesi" ile istemin reddine karar verilmesi hatalıdır.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 3.4.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

si/yüksek okul mezunu olarak çalıştığı işyerinden kadro daralması gerekçesi ile çıkarılmıştır. İşK. mad. 20 uyarınca açılan davada; davalı işveren ekonomik koşullar nedeniyle kadro azaltılmasının gerçekleştirildiğini, 2000 yılında 1240 işçi çalıştırırken son beş yılda 715 kişinin çıkarıldığını, davacının çalıştığı bölümün tamamen kapatılma sürecine girdiğini, kademeli tasfiye edildiğini ve feshin işyeri gereklerinden kaynaklandığını iddia etmiştir. Kararda davacının çalıştığı üretim bölümünün alt işverene devredildiği, ancak aynı bölümde alt işveren işçisi ile birlikte asıl işverenin 25 işçisinin çalıştığı tespit olunmuştur. Yerel mahkeme feshin üretim bölümünün devredilmesi sonucu gerçekleştiğinden bahisle geçerliliği yönünde karar vermiştir.

İşçinin çalıştığı bölümün alt işverene verilmesi kural olarak İşK. mad. 18 anlamında bir geçerli fesih nedeni oluşturur. İşveren, işyeri veya işletme gereği oluşturan bu durumda iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak İşK. mad. 18 anlamında bir geçerli fesih nedeninin varlığından söz edilebilmesi, kuşkusuz öncelikle geçerli bir alt işveren ilişkisinin

varlığına bağlıdır. Bu bağlamda kararda incelenmesi gereken ilk husus, olaydaki alt işveren ilişkisinin geçerliliğidir.

İşK. mad. 2/6 uyarınca "bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.....", hükmüyle kavrama ilişkin tanımı, ortaya koyarken aynı zamanda 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak kurum bakımından bir sınırlama ortaya koymuştur.

İşK. mad. 2/7'de ise; "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." düzenlemesi ile muvazaalı uygulamaların önlenmesi için yine birtakım örneklerle yer verilmiş ve hukuki sonucu belirtilmiştir. Bu bağlamda, her iki fıkra hükmü de esas itibarıyla kurumu sınırlayıcı içeriğe sahiptir.

Karara konu olay bakımından dikkati çeken husus: üretim bölümünün alt işverene verilmiş olması ve aynı zamanda asıl işverene ait 25 işçinin bu bölümde çalışmaya devam etmesidir. Dolayısıyla üretim bölümünün alt işverene verilebilmesinin koşullarının olayda mevcut olup olmadığı ve yine aynı bölümde asıl işverene ait işçilerin çalışması olgusunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi; İşK. mad. 2/6'da kavram tanımlanırken koşullara da yer verilmiş ve alt işverene verilecek iş bakımından belirli unsurlar aranmıştır. Bu bağlamda yardımcı işler bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmezken, asıl işin bir bölümünde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş" olması koşuluyla bağlanmıştır.

Yasanın yürürlüğünden bu yana hükmün yorumu konusunda uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden ilki; "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" ölçütünün bölünmezliği yolundadır. İşin ve işletmenin gereği teknolojik yönden uzmanlık gerektiren işleri ifade etmek üzere kullanılmıştır. İşveren sadece işletmenin ve işin gereği olarak ekonomik gerekçelerle asıl işi bölüp alt işverene veremez<sup>1</sup>. İkinci görüş ise; ölçütün bölünebilirliğini kabul etmektedir<sup>2</sup>. Bu görüşe göre; işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren birbirinden farklı kavramlar ifade ederler. Dolayısıyla, işletme ve işin gereği bulunduğu takdirde işin alt işverene verilebilmesi bakımından teknolojik uzmanlık aranmayacaktır. Doktrindeki ağırlıklı görüş olarak nitelenebilecek bu görüş çerçevesinde ise; bu kez "işletme ve işin gereği" kavramı konusunda farklı yorumlar ortaya çıkmıştır. Soyut bir kavram olarak işletme ve işin gereği neyi ifade etmektedir?

İşletme ve işin gereği kavramının içeriğinin belirlenmesindeki görüş ayrılığı; salt işçilik maliyetlerinin düşürülmesi gerekçesinin asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Diğer bir ifadeyle salt işgücü maliyetlerinin düşürülmesini de içine alan ekonomik gerekçeler bir işletme veya işin gereği olarak değerlendirilebilecek midir?

Doktrindeki bir görüş; maliyetlerin düşürülmesi amacıyla işin alt işverene verilebileceği ve bunun bir işletme gereği oluşturacağı yönündedir. Bu görüşe göre; amaç kötüye kullanmaların ve muvazaalı uygulamaların önlenmesidir. Maliyetin düşürülmesi ve ekonomik gerekçeler alt işveren ilişkisi bakımından 2/6 çerçevesinde meşru bir amaç oluşturur. Yasanın doğrudan bu amacı engelleme yönünde bir amacından söz edilemez<sup>3</sup>.

Belirtmek gerekir ki, bu düşünce olması gereken hukuk bakımından tartışılabilir niteliktedir. Ancak somut düzenlemenin TBMM'de verilen önerge ile yürüdüğü içerik ve bunun amacı dikkate alındığında salt maliyetin düşürülmesi amacının bir işletme gereği olarak değerlendirilemeyecektir<sup>4</sup>. Zira, alt işveren uygulamasının başlıca gerekçesi maliyet ucuzlatılması, işgücü maliyetlerinin düşürülmesidir. Sendikalaşmanın önlenmesi, ücretlerin geldiği yüksek seviyeden kurtularak maliyet

itibariyle giderlerin asgari ücret seviyesinde tutulması, kıdemli işçilik giderlerinden kaçınılması, iş güvencesinin kapsamı dışında kalma ve diğer gerekçeler hemen her ilişkide mevcuttur. Dolayısıyla, kıdemli işçilerin çalıştığı, zaman içerisinde toplu iş sözleşmesi ile ücretlerin yükseldiği bir işyerinde maliyeti düşürmek amacıyla işin bölünerek alt işverene verilebilmesi mümkün olabilecektir. Bu yönde bir yorum ise, alt işveren ilişkisine 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak hiçbir sınırlama getirilmediği sonucuna götürecektir ki, hükmün lafzı ve ruhu buna engeldir.

Yasadaki işletme ve işin gereği ibaresi kalite, verimlilik, çabukluk gibi unsurları ifade eder. Esasen bunlarda da maliyetin düşürülmesi söz konusudur. Ancak maliyet bir dolaylı sonuç olarak ortaya çıkar. Tek başına amacı oluşturmaz. Daha seri üretim, hammaddelerin daha ucuz temini nedeniyle maliyet azaltımı, daha kaliteli üretim bir işletme gereği oluşturur ve dolaylı olarak da maliyet bakımından kârlılığı beraberinde getirir. İşK. mad. 2/6'nın bugünkü içeriği ile salt muvazaalı uygulamayı önleme amacından söz etmek mümkün değildir. Muvazaalı uygulamalar 2/7'de düzenlenirken, muvazaa dışında bizzat ilişkinin sınırlayıcı nitelikteki unsurları 2/6'da yer almaktadır. Dolayısıyla hüküm oldukça katı şekilde kaleme alınmış olup, uygulamada yarattığı sıkıntılar yorum yolu ile aşmaya çalışılmaktadır. Yasakoyucunun kamu kesimi için getirdiği 12.06.2006 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik de, bu sıkıntının aşılması için hukuken amacı, yeri ve içeriği bakımından yerindeliği tartışılabilir bir düzenleme niteliğindedir<sup>5</sup>.

Dava konusu olay değerlendirildiğinde; alt işverene verilen üretim bölümü asıl işi oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, asıl işin alt işverene verilebilmesi Yasada engellenmemiş, salt belirli koşulların varlığına bağlanmıştır. Ancak, Yargıtay'ın bir kısım kararlarında asıl işin alt işverene verilemeyeceği yolunda hüküm oluşturduğu görülmektedir. Özellikle eski Belediyeler Kanunu döneminde verilen kararlar bu yöndedir<sup>6</sup>.

Davacı tarafından alt işveren şirketin, davalı işveren tarafından kurdurulduğu iddia edilmiştir. Muvazaalı bir ilişkide feshin geçerli olmayacağı açıktır. Nitekim, Yüksek Mahkeme taraflar arasındaki sözleşmenin incelenmesi ile bu hususun açıklığa kavuşturulması gereğini belirtmiştir. Öte yan-

**Sosyal seçim; işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder.**

dan, 25 işçinin alt işveren işçileri ile aynı bölümde çalışması da muvazaalı uygulama olasılığı bakımından dikkate alınmalıdır. Kuşkusuz somut olayın, işyeri bakımından asıl işin ve asıl işi oluşturan bölümlerin, asıl işveren işçilerinin konumlarının ve işverenler arasındaki sözleşmenin içeriğinin bilinmesi alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin değerlendirilmesinde belirleyicidir.

Nihayet, muvazaa olmaması durumunda, işverenin feshin son çare olması ilkesine uyması feshin geçerliliğinin değerlendirilmesi bakımından belirleyicidir. Olayın yeterli açıklık içermemesi karşısında alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin Yüksek Mahkeme'nin de isabetli olarak belirttiği gibi, somut koşulların tespitini gerektirdiği söylenmelidir.

## II. FESİHTE SOSYAL SEÇİM

### 1. Kavram

Sosyal seçim; işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder. İş sözleşmesinin işçinin yeterliliğinden veya davranışından kaynaklanan nedenlerle feshinde, fesih nedeni işçinin alanında doğar. Bu hallerde esasen işten çıkarılacak işçinin seçimi söz konusu değildir. İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde ise; fesih nedeni işverenin alanından kaynaklanır. İşyerinin kapatılması gibi tüm işçileri etkileyen bir durum olmadığı sürece, işten çıkarılabilecek işçi sayısı birden fazla olabilir. Dolayısıyla, işten çıkarılacak işçinin seçimi, fesih nedeninin işçi bakımından somutlaştırılması söz konusu olur. Kadro azaltımına gidilecek hallerde aynı veya benzer işi gören on işçiden birinin veya üçünün seçiminde olduğu gibi.

Bu noktada, fesih nedeninin varlığının yeterli olup olmadığı, ayrıca işten çıkarılacak işçi veya işçilerin seçiminde bir seçim kriterinin dikkate alınması gerekip gerekmediği "sosyal seçim" kurumunun somut hukuk sisteminde uygulanabilirliği sorununu oluşturur. İşverene sosyal seçim yükümlülüğünün getirildiği hukuk sistemlerinde, işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihte sosyal seçime uyulmaması, feshin geçersizliği veya bir zararın giderimi sonucunu doğurabilmektedir. Dolayısıyla sosyal seçim, işverenin fesih hakkının kullanımında bir sınırlama ifade etmektedir.

Sosyal seçim yükümlülüğü anayasal eşit davranma ilkesinin somutlaştırılması olarak kabul edilir. Öte yandan ilke fesihte menfaatler dengesinin değerlendirilmesi olarak ortaya çıkar. Feshin geçerliliğinin değerlendirilmesinde işçi ve işverenin (işletmenin) karşılıklı çıkarları değerlendirilirken, sosyal seçimde feshe konu olabilecek işçilerin bir-

tür. Bu bağlamda; işyeri kıdeminin bir sosyal seçim kriteri oluşturduğu, kıdemli işçilerin korunduğu, yaşlılık aylığı almaya hak kazanmanın kıdem kriterini kaldırdığı, yaşın ve engelliliğin de diğer seçim kriterleri olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu hukuk sisteminde toplu iş sözleşmeleri ile sosyal seçim kriterlerinin belirlenebilmesi de mümkündür. Sosyal seçime aykırılığın yaptırımı ise feshin geçersizliği olmayıp, işçinin bu nedenle uğradığı zararın tazminidir<sup>8</sup>.

Fransız hukukunda, işveren ekonomik nedeni fesihteride yasa gereği belirli sosyal seçim kriterlerine uymak zorundadır (Art.L.321-1-1 Abs.2,3 Cdt). Yasada örnek olarak; işçinin ailevi konumu, özellikle tek başına geçindirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, işletme veya teşebbüsdeki kıdem, mesleki nitelikleri ve işten çıkarılan işçinin iş yaşamına dahil olmasını zorlaştıran engellilik veya yaş gibi diğer koşullar sayılmaktadır. Sosyal seçim

## Feshin geçerliliğinin değerlendirilmesinde işçi ve işverenin (işletmenin) karşılıklı çıkarları değerlendirilirken, sosyal seçimde feshe konu olabilecek işçilerin birbirleri karşısındaki konumları değerlendirilir.

birleri karşısındaki konumları değerlendirilir<sup>9</sup>. Yine kurum fesihten göreceli olarak en az zarar göreceği olanın işten çıkarılması, bu yolla sosyal açıdan zayıf olanın korunması amacına hizmet ettiğinden seçimde kullanılan kriterler bizzat iş ile bağlantının ötesinde, sosyal unsurlar içerir.

### 2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri

#### a) Uygulamanın yasal bir dayanağının bulunması

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında; İsveç hukukunda yasa ile sosyal seçim kriterlerinin öngörüldüğü ve işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçiminde öncelikle kıdem esasına uyması gerektiği görülmektedir (§ 22 III, S.4 LAS). Düzenlemeye göre; işveren fesihte kural olarak aynı niteliklere sahip işçilerden kıdemsiz olanları ve aynı kıdemde olanlar arasından da genç işçileri tercih etmek zorundadır. İşçinin yaşlılık aylığına hak kazanmış olması durumunda ise, kıdem rol oynamaz. Yine işyerlerinde çalışabilmeleri ciddi bir zorluk arzeten engellilerin işyerinde korunması öngörülmüş-

kriterlerine aykırılık Yüksek Mahkeme içtihatlarına göre, feshin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla kriterler maddi bir fesih sınırlaması ifade etmez. Sadece işçi aykırılık nedeni ile ortaya çıkan gerçek zararının tazminini talep edebilir<sup>10</sup>.

Alman hukuku sosyal seçim esasına yasada yer vermiş hukuk sistemleri arasında yer almaktadır.

İspanyol hukukunda, yasadaki kaynaklanan bir sosyal seçim kriteri bulunmadığı gibi, uygulamada da geliştirilmiş değildir<sup>11</sup>.

#### b) Alman Hukuku Örneği

Alman hukuku pozitif düzenlemelerinde sosyal seçim kriterine yer veren hukuk sistemleri arasında yer almaktadır. Alman hukuku özellikle bu alanda yaşanan gelişmeler ve ayrıntılı düzenlemeleriyle, sosyal seçimin önemini ve ciddi bir yasal temel ile prosedür gerekliliğinin ortaya konulabilmesi bakımından önemlidir. Türk hukuku bakımından konuya ışık tutabilecektir.

§ 1 III 1 KSchG'ye göre; işveren acil işletme gereklerinden kaynaklanan fesihte sosyal seçim kriterlerini dikkate almak zorundadır. Fesih nedeni-

## Alman hukukundaki sekiz yıl içinde gerçekleşen dört yasal değişiklik bir yandan sosyal seçim kriterlerinin uygulanma zorluğunu, diğer yandan da daralan istihdam alanı karşısında, işletmenin gerçek gereksinimlerinin ortaya çıkardığı değişim gereğini ortaya koymaktadır.

nin mevcut olmasına rağmen işveren sosyal seçim kriterlerini hiç veya yeteri derecede dikkate almıyorsa, fesih geçersiz sayılır. Belirtmek gerekir ki, bu hukuk sisteminde sosyal seçim kriterlerine ilişkin düzenleme zaman içerisinde sürekli değişikliklere konu olmuştur. 25.05.1996 tarihli İstihdamı Teşvik Kanunu'nun kabulüne kadar sosyal seçim kriterleri bakımından bir sınırlama öngörülmemişken, bu tarihte kıdem, yaş ve bakım yükümlülükleri ile sınırlanmış, 19.12.1998 tarihli Yasa ile sınırlama yeniden kaldırılmış, 24.12.2003 tarihli Yasa ile yeniden sınırlayıcı seçim kriterleri kabul edilmiştir<sup>11</sup>. Alman hukukundaki sekiz yıl içinde gerçekleşen dört yasal değişiklik bir yandan sosyal seçim kriterlerinin uygulanma zorluğunu, diğer yandan da daralan istihdam alanı karşısında, işletmenin gerçek gereksinimlerinin ortaya çıkardığı değişim gereğini ortaya koymaktadır.

Sosyal seçim kriterlerinin son düzenleme ile sınırlı sayıda kabul edilmesinin gerekçesi; hukuk güvenliği ve hukuki açıklığın sağlanmasıdır. Öte yandan yine son düzenleme ile işverenin uyması gereken kriterler belirlenirken, işletme bakımından gerekli ve verimli işçilerin işte tutulabilmeleri için bunların sosyal seçimden hariç bırakılabilmesi öngörülmüştür. Bu ise, daha esnek bir iş güvencesi fikrinin yansıması olarak belirmektedir. Bu bağlamda işveren üzerindeki sosyal seçim rizikosunun azaltılması, sosyal seçimin sadeleştirilmesi ve kolaylaştırılması hedeflenmiştir<sup>12</sup>.

Alman hukukunda 01.01.2004 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile seçim kriterleri sınırlı sayıya bağlanmıştır. Buna göre; işveren işçinin işletmedeki kıdemini, yaşını, bakım yükümlülüklerini

ve ağır engellilik durumunu dikkate almak zorundadır. Bilgileri, yeterlilikleri ve edimleri nedeniyle işyerinde çalışmaya devamında işletmenin haklı çıkarı bulunan işçiler veya işletmenin ağırlıklı personel yapısının korunması bakımından çalışmaya devamında işletmenin haklı çıkarı bulunan kişiler sosyal seçim dışı bırakılabilirler. Sayılan kriterlerin hiç veya yeteri derecede dikkate alınmamış olması feshin geçersizliğini gerektirir.

Sosyal seçim üç aşamada gerçekleştirilir. İlk aşamada hangi işçilerin sosyal seçimde dikkate alınacağı tespit olunur. Burada işletme içerisindeki hiyerarşik sistemde yatay bir alanda mukayese söz konusudur. Daha nitelikli veya daha yüksek ücretli işçi, daha az nitelikli ve daha az ücret seviyesi ile çalışan işçi ile mukayese edilemez. İşletme içinde mukayese edilebilirlik esası, salt belirli bir bölümde çalışan işçilerin sosyal seçime dahil edilmelerini önler. Dolayısıyla, belirli bir makinenin üretim sürecinden kaldırılması durumunda bu makinede çalışan kişinin nitelik ve konum itibarıyla işini yapabileceği bir başka işçiyle mukayese edilebilmesi mümkündür<sup>13</sup>. Bu noktada yer değiştirilebilir işçilerden söz edilir. İkinci aşamada kriterlerin münferit olayda dikkate alınması, uygulanması söz konusudur. Üçüncü aşamada ise, işletmenin haklı menfaatleri gereği sosyal seçim dışı bırakılacak işçiler tespit edilir.

### - Seçim kriteri olarak kıdem

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Alman hukukunda da kıdem başta gelen sosyal seçim kriterini oluşturmaktadır. Bunun gerekçesi bir yandan iş ilişkisinin kişisel niteliği ile bağlantılı olarak ortaya çıkan güvenin korunması düşüncesidir. Diğer yandan, ilişkinin sinallagmatik niteliği ile bağlantılı olarak işletmenin varlığına yapılan katkı sonucu, güçlendirilmiş koruma gereğidir. İşçi işletmenin varlığına ve devamına emeği ile ne kadar uzun süre katkıda bulunmuşsa, işverenin ortaya çıkan güçlükler karşısında mümkün olduğunca iş ilişkisini koruyacağına o kadar çok güvenir. İş ilişkisinin süresi ile birlikte işçinin teşebbüsün kazancına, değerine katkısı artar ve işçinin bu katkısı güçlendirilmiş bir fesih korumasını gerektirir<sup>14</sup>. Öte yandan kıdemle birlikte, işyeri çevresine bağlılığın da arttığı ve feshin sonuçlarının ağırlaşaacağı kabul edilir. İşyeri ile bağlantılı olarak oturlan mahallin seçiminde olduğu gibi<sup>15</sup>.

**- Yaş**

Sosyal seçim kriterlerinin ikincisi yaştır. Yaş kriteri farklı noktalarda etki etmektedir. Bir taraftan artan yaş ile birlikte sosyal koruma gereksinimi artar. Zira yaşlı işçilerin iş pazarındaki şansı azaldığı gibi, meslek değiştirme olasılığı da azalır<sup>16</sup>. Öte yandan genç işçiler meslek değiştirme ve yeni bir işyerinin taleplerine uyma noktasında daha esnek olmakla birlikte, bunlar için aile sorumlulukları noktasında gelir büyük önem taşır. Yine, işle bağlantılı olarak oturuşun mahal bakımından da esneklik pek azdır. Dolayısıyla, yaşın etkisinin saptanması oldukça güçtür. Alman Federal İş Mahkemesi 25 ile 35 yaş arasındaki on senelik farkın temelde önemli olmadığı yönünde karar vermiştir. Özellikle kadınlarda 35 yaşındaki işçinin iş bulmasının 25 yaşındakine göre daha kolay olduğu tespit edilmiştir.

**- Bakım (nafaka) yükümlülükleri**

Kriterin iş ilişkisi ile doğrudan veya dolaylı bir bağlantısı olmamakla birlikte, seçimde dikkate alınması iş ilişkisinin amacı ve ailenin korunmasına ilişkin düşüncelere dayanmaktadır. Bu yolla yasa koyucunun ailenin korunmasına ilişkin anayasal yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmektedir. İşveren işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bakım yükümlülüklerini dikkate almak zorunda olup, sadece aile hukukuna ilişkin yasal bakım yükümlülükleri önemlidir. Dolayısıyla, evlilik dışı birliklik bakım yükümlülükleri kapsamında yer almaz<sup>17</sup>. Geçindirmekle yükümlü olunan kişi sayısının mı, yoksa nafaka miktarının mı dikkate alınması gerektiği ise tartışmalıdır. Bu noktada sorun: çifte kazanç, yani eşin kazancının dikkate alınmasının gerekli gerekmediğidir. İşçinin yükünün hafiflemesi ve sosyal açıdan korunma gereksiniminin azalması gerekçeleriyle, kural olarak eşin kazancının da dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Ancak Federal İş Mahkemesi bu durumun tek başına işçinin aleyhine dikkate alınmayacağı, aksi halde ailevi bağlantıdan ötürü işçinin iş sözleşmesinin feshi gibi bir sonucun ortaya çıkabileceği görüşündedir.

Bakım yükümlülükleri kapsamında işin korunması noktasında genç işçiler doğal olarak daha öncelikli konumdadırlar.

**- Ağır engellilik**

Alman hukukunda ağır engellilerin iş sözleşmesinin feshi yetkili makamın onayına bağlıdır. Bu

onay, iş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshinde işletme gereklerinin mevcut olup olmadığının ve işverenin yasal kota oranını doldurup doldurmadığının tespitini içermektedir. Diğer bir ifadeyle feshin onay verilebilmesi için, işletme gereklerinin mevcut olması ve işverenin de yasal kota oranını doldurmuş olması gerekir (§ 85 SGB IX). Onayın bulunması veya onayın verilmesini gerektiren durumların varlığı halinde ise, işveren sosyal seçim kriteri olarak engelliliği dikkate almak zorundadır. Bu noktada dikkate alınması gereken engellilik en az % 50 oranında ağır engelliliktir.

Sosyal seçim bakımından objektif veriler söz konusu olduğundan, işveren fesihten önce kapsam içinde değerlendirilebilecek işçilerden bu hususlarda bilgi talep edebilecektir.

Alman hukukunda yasal düzenleme ile kriterler belirlenmekle birlikte, öncelikleri ve birbirleri ile ilişkileri bakımından kesin bağlayıcı esaslar getirilmemiştir. Yasada kriterlerin "yeteri ölçüde" dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür. Bu noktada işverenin seçim esaslarını ortaya koyabilmesi ve gerekçelendirmesi beklenir. Ancak tamamen doğru ve ideal bir değerlendirmenin gerçekleştirilmesi aranmaz<sup>19</sup>. İşverenin bu noktada belirli bir takdir hakkı bulunduğu ve iş mahkemelerinin de buna saygı göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde de sosyal seçimin oldukça güç olduğu vurgulandıktan sonra, yasada kollektif düzenlemelerle getirilen seçim yönteminin ancak "ağır bir yanlışlık" ile sınırlı olarak denetlenebileceğinin öngörülmüş olmasının, bu güçlüğün yasakoyucu tarafından dikkate alınmasının sonucu olduğu belirtilmektedir<sup>20</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi seçim kriterlerinin ağırlığını son kırk yıl içinde farklı değerlendirmiştir. Önceleri yaş kriterine öncelik tanınırken, sonra kıdem kriterine yaş ve geçim yükümlülükleri karşısında öncelik tanınmıştır. Bu noktada, sosyal politika ve ekonomik gelişmelerin etkisi söz konusudur. Bugünkü uygulamada Yüksek Mahkeme hiçbir kritere kesin öncelik tanımamaktadır<sup>21</sup>.

İşe iade davasında salt seçim sonucu denetlenmekte olup, işverenin sosyal seçim kriterlerini hiç veya yeteri derecede dikkate almamış olması, sonucun isabetli olması durumunda feshin geçerliliğini etkilemez. Diğer bir ifadeyle, işveren yükümlülüğü yerine getirmiş olsaydı dahi aynı işçinin işten çıkarılması gerekmekte ise, yükümlülüğe aykırı



rılık feshin geçerliliğini etkilemez<sup>22</sup>. Tesadüfi olan bu durum dışında, sosyal seçim kriterlerinin yeteri derecede dikkate alınmaması feshin geçersizliğini gerektirir.

- Sosyal seçimden istisna edilecek işçiler

Alman hukukunda 1.1.2004 tarihinde yasada yapılan değişiklikle bilgileri, yetenekleri ve edimleri nedeniyle veya işletmenin ağırlıklı personel yapısının korunması için işyerinde çalışmaya devamlarında işletmenin haklı çıkarının bulunduğu işçilerin sosyal seçimin dışında bırakılabilmesi kabul edilmiştir (§ 1 III 2 KSchG). Bilgi; mesleki eğitim, normal veya ileri eğitim ile kazanılan lisan, mesleki ruhsat gibi özellikler ifade eder. Yeterlilik kazanılan bilginin dışında işçinin sosyal yetenekleri, gayretliliği, satış, temsil veya yönetim yeteneği gibi hususları içerir.

nin haklı çıkarı bulunan haller arasında "ağırlıklı personel yapısı" da yer almıştır. Burada kastedilen edim niteliği ve yaş ortalaması bakımından mevcut yapının korunmasıdır. Salt diğer kriterlerin (yaş ve kıdem) uygulanması toplu işçi çıkarma durumunda işgücünün büyük çoğunlukla yaşlı bir yapıya bürünmesine imkân verebileceğinden, işveren yaş gurupları yapmak ve bunları dikkate almak suretiyle mevcut yapıyı koruyabilecektir<sup>23</sup>.

Sosyal seçim yükümlülükleri yasada belirlenirken, aynı zamanda toplu iş sözleşmesi, işletme sözleşmesi veya işletme temsilciliği yasalarına göre hazırlanan yönerge ile yasal kriterlerin birbiri ile ilişkisini belirleyen düzenlemelerin getirilebilmesi mümkün kılınmıştır (§ 1 IV KSchG). Bu düzenlemeler işletme kurulunun katılımı ile yapılır ve fes-

## Sosyal seçim dışı bırakılma bakımından işletmenin haklı çıkarı bulunan haller arasında "ağırlıklı personel yapısı" da yer almıştır. Burada kastedilen edim niteliği ve yaş ortalaması bakımından mevcut yapının korunmasıdır.

Edimleri ise görülen iş ve işin sonucuna ilişkindir. Bu noktada hastalık nedeniyle fazla devamsızlık gösteren işçinin bu durumunun sosyal seçimde dikkate alınmaması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; söz konusu işçinin ediminin daha zayıf olması doğal olup, iş sözleşmesi hastalık nedeniyle feshedilmediği sürece bu durum sosyal seçimde dikkate alınmamalıdır. Federal İş Mahkemesi ise aksi görüştedir<sup>24</sup>.

Federal İş Mahkemesi, sosyal açıdan zayıf işçinin çıkarı ile işletmenin haklı çıkarının karşılıklı tartılması gerektiğini, sosyal açıdan zayıf işçinin çıkarı ne kadar ağır basıyorsa, edim veya yeterliliği nedeniyle sosyal seçim dışı bırakılacak işçiler bakımından da o derecede ağır basan nedenler bulunması gerektiğini kabul etmektedir<sup>25</sup>. Dolayısıyla doktrinde; anılan işçilerin yasanın lafzı uyarınca bir karşılaştırmaya konu olmadan sosyal seçim dışı bırakılması savunulmakta iken, Yüksek Mahkeme çıkarların değerlendirilmesini öngörmektedir ki, bu yorumun, işverenin işletme için önemli işçilere öncelik tanıma imkanını zorlaştırdığı belirtilmektedir<sup>25</sup>.

Sosyal seçim dışı bırakılma bakımından işletme-

hin geçerliliğinin denetiminde sadece ağır bir yanlışlık bulunup bulunmadığı noktasında değerlendirilebilir. Puanlama sistemi ile yapılan bu iç düzenlemelerde, örneğin on yıla kadar her hizmet yılına bir puan, onbirinci yıldan itibaren iki puan, ellibeş yaşını doldurana kadar kıdeme en fazla yetmiş puan, her yaş için en fazla ellibeş olmak üzere bir puan, nafaka yükümlülüğü bulunan her çocuk için dört puan, işçinin evli olması durumunda sekiz puan, ağır engellilik durumunda ise 5 puan verilmektedir.

Sosyal seçimin isabetli olmadığı konusundaki vakıaların ortaya konulması ve ispatı yükümlülüğü öncelikle işçiye aittir. Ancak işçi sosyal seçim nedenlerini bildirmesini işverenden talep edebilir. İşveren bu durumda somut işçi ile ilgili olarak nedenleri bildirmek zorundadır. İşveren bu talebi yerine getirdikten sonra, işçi işveren tarafından sosyal seçimde dikkate alınan işçilerin daha az korunma gereksinimi olduğunu veya işveren tarafından dikkate alınmayan başka işçilerin de dikkate alınması gerektiğini ispatla yükümlü olacaktır. İşverenin, işçinin bilgi talebini yerine getirmemesi durumunda ise, işçinin bilgisi doğrultusunda seçim kri-

terlerinin yeteri derecede dikkate alınmadığı hususu tartışmasız olarak kabul edilir<sup>27</sup>. Öte yandan Alman hukukunda işletme değişikliği ifade eden hal-lerde işletme kurulunun katılımı ile işten çıkarılacak işçilerin ismen belirlenmesi ayrı bir prosedürle düzenlenmiştir ki, bu durumda da sosyal seçim salt ağır yanlışlık doğrultusunda denetlenebilir.

### 3. Türk Hukukunda Sosyal Seçimin Uygulanabilirliği

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde genel olarak bir değerlendirme yapıldığında, sosyal seçimin anayasal eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi ve bununla bağlantılı olarak işçinin korunması noktasında isabetli bir uygulama olduğu kuşku dışıdır. Ancak Türk hukuku bakımından tartışılması gereken husus; yasal düzenlemenin bulunmadığı dikkate alındığında yargı kararları ile bu yönde bir yükümlülüğün öngörülmesinin mümkün olup olmadığıdır?

Öncelikle yasal bir dayanağı bulunmayan yükümlülüğün benimsenmesi hukuki güven ve hukuki açıklık esasları ile bağdaşmayacaktır. Nitekim, inceleyebildiğimiz tüm hukuk sistemlerinde yükümlülüğün yasa ile belirlendiği ve hatta kriterlerin yasada kazuistik olarak sayıldığı görülmektedir. Nitekim, Alman hukukunda yasada kriterlerin sınırlı olarak sayılmamasının hukuki güvensizliği de beraberinde getirdiği kabul edilerek, emredici düzenleme ile kriterlerin tespiti yolunda yasal düzenleme gerçekleştirilmiştir. Öte yandan, bu sistemlerde dahi kriterler arası öncelikler belirlenememekte, her olayın koşulları çerçevesinde öncelikler ve uygulama yöntemi değişiklik göstermektedir. Öyle ki, yaklaşık elli yıllık uygulamadan sonrası dahi Alman hukukunda güçlük yaşanmakta, kriterler arası ilişkinin belirsizliğinin sonucu olarak özellikle toplu işçi çıkarmalarda aynı seçim yönteminin Yüksek Mahkeme'nin farklı dairelerince, "yeterli" veya "yanlış" olarak nitelendirilebildiği belirtilmektedir<sup>28</sup>.

Dolayısıyla yeterli açıklığın bulunmaması, işverenler bakımından beraberinde belirli bir rizikoyu getirmektedir. Pozitif düzenlemenin bulunmadığı sistemde ise, işveren hangi işçiyi tercih edecektir? Tek başına yaşayan ve başka geliri bulunmayan bir işçi mi, yoksa iki çocuklu ancak eşi çalışan işçi mi? Emekliliğe hak kazanmamış 50 yaşındaki işçi mi daha çok korunma gereksinimi içindedir, yoksa 35 yaşında iki çocuklu eşi çalışmayan işçi mi? Çok ve-

**İşverenlere yasa ile öngörülme-  
yeni, içeriği ve koşulları  
belirsiz bir yükümlülüğün  
getirilmesinin isabetli olmayacağı  
söylenmelidir.**

rimli ancak eşi çalışan, ev geçindirmekle yükümlü olmayan işçi karşısında, ortalama verime sahip, geçindirmekle yükümlü çocuğu ve eşi bulunan işçinin korunma gereksiniminden söz edilebilecek midir? Kuşkusuz bu sorular çoğaltılabilir ve bunların cevaplanması oldukça güçtür. Bu noktada işverenlere yasa ile öngörülme- yeni, içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülüğün getirilmesinin isabetli olmayacağı söylenmelidir.

Pozitif düzenlemenin bulunmaması karşısında ortaya çıkan ikinci sorun, olası bir aykırılık durumunda hukuki sonuç ne olacaktır? Yukarıda da belirtildiği gibi, sosyal seçim kriterlerine uyulmamasının sonucu İsveç ve Fransız hukuk sistemlerinde feshin geçersizliği olmayıp, salt ortaya çıkan gerçek zararın tazminidir. Alman hukukunda feshin geçersizliği öngörülmüştür. Ancak, işverenin kriterler arasında öncelik konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu, bir sosyal seçim uygulamasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Büyük bir yanlışlık olmadığı sürece genelde feshin geçersizliğine hükmedilmemektedir. Türk hukuku bakımından sosyal seçime aykırılık halinde feshin geçersizliğine karar verilebilecek midir? Bu sorular açıktadır.

Tüm bu güçlük ve belirsizlikler karşısında, sosyal seçim yükümlülüğünün kabul edilmesi ciddi bir karmaşayı beraberinde getirecektir. Oysa, fesih hukukunda genel eğilim mümkün olduğunca sade, uygulanabilir ve işletme gerekleri ile bağdaşabilir bir sistemin oluşturulması yönündedir. Nitekim, özellikle toplu işçi çıkarmalarda sayı arttıkça dikkate alınması gereken kıdem süresi, geçindirmekle yükümlü olan kişi sayısı, işçilerin yaşı vb. hususlar artarak ciddi bir karmaşa ortaya çıkacaktır. Bu noktada, yabancı hukuk sistemlerinde işçilerin yönetime katılma modeli çerçevesinde uygulamanın gerçekleştirilmesi kurumun uygulanabilirliğini sağlamaktadır. İşletme kurulları veya sendikalar ile işverenlerin birlikte hazırladığı seçim kriterlerine ilişkin düzenlemelerin doğruluğu konusunda bir varsayım kabul edilmekte-

dir. Dolayısıyla uygulama kolaylığı ile birlikte, Alman hukukunda olduğu gibi salt "ağır yanlışlık" yönünde denetlenebilme imkanı, işverenler için ciddi güvence ifade etmektedir.

Türk hukuku bakımından bu konuda yasal vasıta toplu iş sözleşmeleridir. Taraflar 1475 sayılı Yasa döneminde olduğu gibi, bugün de toplu iş sözleşmeleriyle işletme gereklerine dayanan fesihlerde "ilk girenin son çıkacağı" gibi uygulamalarla kriterler belirleyebilirler. Öte yandan, toplu işçi çıkarma prosedürü çerçevesinde İşK. mad. 29 uyarınca işveren ile sendikanın yapacağı görüşmede sosyal seçim kriterlerinin oluşturularak, işten çıkarılacak işçilerin seçimi mümkündür. Hatta, bu husus görüşmenin öncelikli amaçlarından birini oluşturur. Taraflar fesihden işçilerin en az zarar görmesi noktasında bir seçim gerçekleştirmelidirler.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme'nin kararının alt işveren ilişkisinin geçerliliğinin değerlendirilmesi noktasında isabetli olduğu, ancak işveren bakımından yasal dayanağı bulunmayan bir sosyal seçim yükümlülüğünün getirilmesinin ciddi sıkıntılar yaratacağı, isabetli olmadığı belirtilmelidir.

## DİPNOTLAR

- 1 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 37; TAŞKENT, Legal İHSGHD, 2004/2, 364-365; A. GÜZEL, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum D., 2004/1, 48-49.
- 2 F. ŞAHLANAN, "Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, 3 Temmuz 2003, TİSK, İzmir, s. 33; K. TUNÇOMAĞ/T. CENTEL, 57; S. SÜZEK, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 140-141; G. ALPAGUT, "4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma", Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Semineri, İntes, Ankara 2004, 18-19; P. SOYER, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil D., Mart 2006, S.1, 19; Bu görüşler çerçevesinde şekillenen diğer görüşler için bkz. SOYER, 19 vd.
- 3 Bu yönde; SOYER, 19 vd.
- 4 ALPAGUT, 18-19; Benzer şekilde SÜZEK, 140-141. Yazar salt maliyetlerin düşürülmesi amacının işletme ve işin gereği kavramı içinde düşünülemediğini belirttikten sonra, kavram çerçevesinde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, işverenin ekonomik bir gereksinim içinde bulunması veya örneğin bir acil siparişi fazla çalışma uygulamak suretiyle de yetiştirecek durumda olmaması gibi koşullar aranması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre; alt işverene iş verilmesi, işletme gereğinin süresi ile sınırlı bulunmalı, bu gerekler ortadan kalktığında da uygulamaya son verilmelidir.
- 5 Değişiklik tasarısının eleştirisi için bkz. G. ALPAGUT, Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt İşveren İlişkisinde Yeni Arayışlar, İNTES, Mayıs-Haziran 2006.
- 6 Y9HD., 30.05.2005, 14388/19766, Tekstil İşveren D., Kasım 2005, 41.
- 7 E. STAHLHACKE/U. PREIS/R. VOSSEN, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis, 8. Auflage, München 2002, 432.
- 8 M. GOTTHARDT, Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis im Königreich Schweden und in der BRD, Baden-Baden 1999, 276 vd.
- 9 M. AHRENDT, Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhaeltnissen in Frankreich, Baden-Baden 1995, 98 vd.
- 10 R. LOTZ, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz in Spanien, Berlin 1996, 172.
- 11 P. BADER, Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2/2004, 73 vd.
- 12 J. WEYAND/F. J. DUEWELL, Das Neue Arbeitsrecht, Hartz-Gesetze und Agenda 2010 in der Arbeits- und Sozialrechtlichen Praxis, Baden-Baden 2005, 132.
- 13 G.v. HOYNINGEN-HUENE/R.LINCK, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 13. Aufl. München 2002, 335.
- 14 STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, 435.
- 15 G. SCHAUB/U. KOCH/R. LINCK, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl. München 2005, 1422.
- 16 STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, 435; G. SCHAUB/U. KOCH/R. LINCK, 1423.
- 17 SCHAUB/KOCH/LINCK, 1423.
- 18 STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, 437; SCHAUB/KOCH/LINCK, 1423.
- 19 M. LOEWISCH, Arbeitsrecht 7. Aufl. Dusseldorf 2004, 367.
- 20 HANAU/ADOMEIT, Arbeitsrecht, München 2005, 279.
- 21 SCHAUB/KOCH/LINCK, 1425.
- 22 BAG 24.02.2000 AP 47 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl=NZA 2000, 764. Seçim kriterleri arasında öncelik bulunmaması sonucu, özellikle toplu fesihlerde bir dairesinin sosyal seçimi yeterli görünürken, diğer dairesinin aynı kriteri yanlış olarak niteleyebildiği belirtilmektedir (WEYAND/DUEWELL, 134).
- 23 SCHAUB/KOCH/LINCK, 1425.
- 24 WEYAND/DUEWELL, 157; HANAU/ADOMEIT, Arbeitsrecht, 278; SCHAUB/KOCH/LINCK, 1426.
- 25 HANAU/ADOMEIT, 278, BAG 12.04.2002-2 AZR 706, AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl=EZA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 48.
- 26 LOEWISCH, 368; SCHAUB/KOCH/LINCK, 1428; WEYAND/DUEWELL, 161.
- 27 LOEWISCH, 371.
- 28 WEYAND/DUEWELL, 134.