

Av. Gönenç GÜRKAYNAK*
 Av. Ceyda KARAOĞLAN**
 Av. Tolga ULUAY**

Yargıtay Uygulamasındaki Değişiklikler Işığında İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal ve Objektif Seçim Kriterleri

ÖZ

Bu çalışmada, işletme gereklerine dayanılarak yapılacak fesihlerde iş sözleşmesi feshedilecek çalışanları belirlerken işverenin yargı denetiminden muaf mutlak bir takdir yetkisi olup olmadığı ve bu minvalde bir takım sınırlamalar söz konusu ise hangi kriterlerin uygulama alanı bulabileceği hususlarına açıklık getirmek amaçlanmıştır. Yargıtay kararları üzerinden yürütülen bu araştırmada, Yargıtay'ın tanıttığı sosyal seçim ve objektif seçim kriterleri irdelenmiştir. İctihatların gelişimine bakıldığında görülmektedir ki Yargıtay, sosyal seçim kriterlerinin, bireysel veya toplu sözleşme ile ya da iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile öngörülmüş olmasına bağlı olmaksızın, işletme gerekleri ile yapılan her fesihte dikkate alınması gerektiği yönündeki görüşünden, bu kriterlerin yasal dayanağının bulunmaması, muğlak yükümlülükler getirmesi, kriterler arasında önceliğin belirlenememesi gibi sebeplerle uzaklaşarak, işverenin işletmesel gereklerle iş sözleşmesine son vereceği çalışanları belirleme özgürlüğünü kabul etse de, keyfi uygulamaların önünü açmamak adına da objektif seçim kriterlerini tanıtmıştır. Bu görüş değişikliği isabetli olmuştur.

Anahtar Sözcükler: İşletmesel gerekler ile fesih, sosyal seçim, objektif seçim, toplu fesih/işten çıkarma, eşitlik ilkesi/eşit davranma yükümlülüğü

Social and Objective Determination Criteria in Termination of Employment Contracts in the Light of Changes in Supreme Court Practices

ABSTRACT

The purpose of this study is to clarify whether the employer, in cases of termination basing on operational requirements, has absolute discretion exempt from judicial review in determining the employees to be laid off and which criteria to apply if there are indeed certain restrictions. In this research constructed upon precedents, the social and objective determination criteria, introduced by Supreme Court, are explored. Evolution of precedents shows that Supreme Court has been diverted from its position, purporting applicability of social determination criteria in such cases regardless such criteria is stipulated under individual or collective agreements or via internal bylaws or workplace practice, based on reasons such as lack of legal grounds for those criteria, thereby emergence of vague responsibilities and uncertainty on which criteria to precede, and acknowledged employer's discretion in choosing which employees to be laid off basing on operational requirements, while introducing objective determination criteria to hinder arbitrary practices.

Keywords: Termination with operational requirements, social choice/determination, objective choice/determination, collective dismissals, equality principle/obligation for equal treatment.

* Elig Ortak Avukat Bürosu, Yönetici Ortak ** Elig Ortak Avukat Bürosu, Avukat

4857 sayılı İş Kanunu'nun ("İş Kanunu") 18. maddesi gereğince, çalışanın yeterliliğinden veya davranışından kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesinin feshinde, fesih sebebi bizatihi çalışanın kendisinden kaynaklanmakta olduğundan, işten çıkarılacak çalışanın belirlenmesi sorunsalı ortaya çıkmamaktadır. Zira işine son verilecek olan çalışan, işvereni fesih cihetine başvurmak durumunda bırakan maddi olguya sebep olan çalışandır.

Buna karşılık, işletme gereklerine dayanan fesih vakıalarında işvereni fesih işlemine sevk eden maddi olgu, işyeri içinden veya dışından kaynaklıdır ve çalışan(lar)ın iş sözleşmesinin feshine sebep olan olay, işverenin alanında doğmaktadır (Birben, 2006, s.7). İşyerinden kaynaklanan sebepler, işyerinde yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojilerin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir (Günay, 2009, s. 662-663).

Yukarıda izah olunan hususlara benzer vakıaların gerçekleşmesi halinde, öncelikle fesih son çare olma ilkesi devreye girmektedir ve bu anlayış çerçevesinde işverenin, fesihten başka bir yola başvurusunun mümkün olup olmadığı irdelenmektedir. Zira fesih için kaçınılmaz zorunlu bir neden olduğundan bahsedebilmek için, işyerinde feshi zorunlu kılan hususun teknik açıdan, organizasyon açısından ve ekonomik açıdan alınacak hiçbir önlemlerle giderilemeyecek mahiyette olması gerekmektedir (Ulucan, 2003, s.62).

İşvereni fesih cihetine başvurmaya zorlayan bu gibi durumlarda, işverenin fesih iradesini hangi çalışanlara yönelik olarak somutlaştıracağı ve işverenin işten çıkaracağı çalışanları tayin etmekte yargı denetiminden muaf mutlak bir takdir yetkisi olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

Netice itibariyle, çalışandan kaynaklanan sebeplerle gerçekleştirilen bireysel fesih işlemlerinde, iş sözleşmesine son verilecek olan çalışanın tayininde duraksama yok iken; çalışandan ari sebeplerle gerçekleştirilen ve işyeri gereklerine dayanan fesih işlemlerinde, iş sözleşmesi feshedilecek çalışanların belirlen-

mesini ve sırasını öngören bir takım sınırlamalar söz konusu olabilmektedir (Alpagut, 2008, s.96). Bu husus, tanım itibariyle sosyal seçim ilkesine işaret etmektedir. Zira sosyal seçim ilkesi, hangi çalışanın iş sözleşmesinin diğer çalışanlara nazaran öncelikle feshedileceğini belirten ilkedir (Cengiz, 2008, s. 77).

Türk Hukukunda gerek bireysel gerekse toplu işçi çıkarmalarda, iş sözleşmesi feshedilecek çalışanların belirlenmesinde bir araç olan sosyal seçim ilkesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak taraflar, toplu iş sözleşmeleri ile işletmesel sebeplerle gerçekleştirilen bireysel fesihlerde veya toplu işçi çıkarmalarda, sosyal seçim ilkesine yönelik kriterleri kararlaştırabilirler (Cengiz, 2008, s. 77). Aynı paralelde, bu mahiyetteki düzenlemelerin, bireysel veyahut sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile de kararlaştırılmasının mümkün olduğu sonucuna varmak gerekir. Zira gerek bireysel sözleşmeler gerekse sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması, işveren ve çalışanlar açısından, toplu iş sözleşmeleri gibi bağlayıcı niteliktedir.

Şu halde, bireysel veya toplu sözleşme ile ya da sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile işverence, sosyal seçim kriteri veya kriterleri benimsenmesi halinde sosyal seçim kriterlerinin işletmesel sebeplerle gerçekleştirilen bireysel fesihlerde veya toplu işçi çıkarmalarda dikkate alınması mümkün iken, bu yönde tarafları bağlayıcı herhangi bir düzenleme olmadığı noktada, sosyal seçim ilkesinin uygulanabilirliği bir soru işareti olarak kalmaktadır.

Yargıtay 2005 ve 2006 yılları içerisinde işletmesel fesih işlemlerinin geçerliliğine ilişkin olarak verdiği kararlarda, sosyal seçim ilkesinden ileri gelen kısıtlamaların, bireysel veya toplu sözleşme ile ya da sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile öngörülmüş olmasına bağlı olmaksızın dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Gerçekten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 06.03.2006 tarihli ve 2006/1999 E. , 2006/5479 K. sayılı kararında, "işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe

gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.” ifadesine yer vermiştir.

Bazı ülke hukuklarında benimsenen sosyal seçimi ilkesinin getirdiği kriterler, işletme gerekleri ile fesihle birden fazla çalışan arasından yapılacak seçimlerde belirleyici olmaktadır (Alpagut, 2008, s.96). Ancak bu yabancı ülke hukuklarının aksine hukukumuzda yasal dayanağı bulunmayan sosyal seçim ilkesinin Türk hukuku bakımından getirilmesi, doktrinde eleştiriler ile karşılanmıştır (Alpagut, 2008, s.96).

Netice itibariyle Yargıtay da 2006 yılı sonundan itibaren isabetli olarak sosyal seçim kriterlerinin, ancak bireysel veya toplu sözleşme ya da sözleşme eki iç yönetmelikte öngörülmesi halinde uygulanabileceğini benimseyen kararlar tesis etmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 20.10.2011 tarihli ve 2011/1304 E., 20113158 K. sayılı kararında; “...işvereni sosyal seçim kriterlerini gözetme zorunluluğu altında tutan bir sözleşme ya da toplu iş sözleşmesi düzenlemesi de bulunmamaktadır.” ifadesine yer vermekle, sosyal seçim kriterlerinin uygulanma zorunluluğunu, bu kriterlerin işverence benimsendiğini gösterir anlaşmaların mevcudiyetine bağlamıştır. Kuşkusuz işverenin, belli başlı sosyal seçim kriterlerini gözetmesine delalet eden işyeri uygulamaları da, işletmesel gerekler ile iş sözleşmesi feshedilecek çalışanların belirlenmesinde bu kriterlerin dikkate alınmasını gerektirecektir.

Sosyal seçim kriterleri, fesih sebebinin çalışandan bağımsız olduğu durumlarda (diğer bir deyişle işletme gereklerine dayanarak yapılan fesihlerde), zayıf olan çalışana himaye altına alma saiki ile oluşturulmuştur ve söz konusu kriterler bu yönüyle de iş sözleşmesinin feshinden, diğer çalışanlara göre daha az zarar göreceği çalışanların belirlenmesi için bir yol haritası işlevi görmektedir (Birben, 2006, s.8). Söz konusu kriterleri barındıran sosyal seçim ilkesi, işverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün fesih

işlemlerinde uygulama alanı bulan bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir (Töre, 2011, s.132). Bu bağlamda sosyal seçim müessesesi; feshin son çare olma ilkesine (ultima ratio ilkesi) riayet edilmesine rağmen, çalışan(lar)ın istihdamına imkân vermeyen bir durum sebebiyle gerçekleştirilecek fesih işlemlerini sosyalleştirme çabası olarak düşünülebilir (Töre, 2011, s.141). Zira fesih işlemlerinin yürütülmesi noktasında gösterilen bu çaba, işten çıkarılması halinde en az zarar göreceği kişilerin işverence tayinine yöneliktir.

Yargıtay’ın sosyal seçim kriterlerine yönelik kararlarında, ağırlıklı olarak Alman Hukuku’ndan esinlendiği görülmektedir (Oral, 2008, s. 257). Bu sebeple de, öncelikle Alman hukuku olmak üzere diğer yabancı hukuk düzenlemelerinde himaye edilen, diğer bir deyişle yasal dayanağı olan sosyal seçim ilkesinin ana hat ve esaslarını kavramak, bu ilkenin iş hukukumuzda doğru olarak yansıtılabilmesi açısından önem arz etmektedir.

A-Sosyal Seçim İlkesi

1. Karşılaştırmalı Hukukta Sosyal Seçim İlkesi

1.1. Alman Hukukunda Benimsenen Sosyal Seçim İlkeleri

Alman hukukunda sosyal seçim ilkesi, Feshe Karşı Korunma Kanunu (KSchG) altında tanıtılmaktadır (Cengiz, 2008, s. 75). İlgili kanun gereğince, işletme gereklerine dayanan bir fesih vakıası söz konusu olduğunda işveren, sözleşmesi feshedilecek çalışanların seçiminde, kıdem, yaş ve bakım yükümlülükleri kriterlerini dikkate almalıdır. Bu kriterlerin oluşturduğu sınırlara riayet edilmeksizin gerçekleştirilen fesihler ise geçersiz olarak kabul edilmektedir (Birben, 2006 s.8).

Alman hukukunda sosyal seçim ilkesinin gerektirdiği seçim süreci, birbirini takip eden üç aşama üzerinden yürütülmektedir: **(i)** Eşdeğer çalışanların belirlenmesi, **(ii)** işletmeye yararlı çalışanların seçim havuzunun dışında tutulması, **(iii)** kanunda belirtilen sosyal seçim kriterleri dikkate alınarak işten çıkarılacak çalış

şanların tayini (Birben, 2006 s.9).

(i) Feshe Karşı Koruma Kanunu gereğince sosyal seçim ilkesi, bu kanunda belirtilen sosyal seçim kriterlerine göre kıyaslama yapılabilecek eşdeğer çalışanlar arasında uygulanmalıdır ve bu çalışanlar da kollektif fesih işleminin etkileyeceği çalışanlar arasından tayin edilmelidir (Birben, 2006 s.9). Bir başka deyişle, öncelikle kollektif fesih işlemine konu olacak çalışan grubunun belirlenmesi (örneğin işyerinin kapanan belli bir bölümünde görev alan çalışanlar) ve bunu takiben ilgili çalışanlar arasından, sosyal seçim ilkeleri çerçevesinde eşdeğer olarak adedilebilecek kişilerin belirlenmesi (sosyal seçim kriterlerinin uygulanacağı çalışan havuzu) gerektiği öngörülmektedir. Eşdeğer çalışanlar ise, vasıf ve yetenek kıstasları göz önüne alındığında birbirlerinin yerini alabilecek çalışanlar olarak tanımlanmaktadır.

(ii) Feshe Karşı Koruma Kanunu gereğince, belirli bir çalışanın istihdamının sürdürülmesi işletmenin menfaatine olacak ise bu çalışan sosyal seçim kapsamı dışında tutulabilir (Ulucan, 2007, s.503). Örneğin, oldukça yüksek bir performans ile işini ifa eden ve işletmede görev alan diğer çalışanlara kıyasen özel bilgi ve donanımına sahip olan bir çalışan, sosyal seçim kriterlerinin uygulanacağı çalışan havuzunun dışında tutulabilecektir.

(iii) Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda, iş sözleşmesi feshedilecek çalışanların kıdem, yaş ve bakım yükümlülüğü başlıkları altında sıralanabilecek üç somut kritere göre belirleneceği öngörülmüştür (Güzel, 2007, s.1223-1224).

Kıdem kriteri gereğince "ilk giren son çıkar". Feshe Karşı Koruma Kanunu, sosyal seçim ilkesi çerçevesinde işveren ile istihdam ilişkisi daha uzun süren çalışanı, işvereni ile arasında korunmaya değer bir güven ilişkisi oluştuğu gerekçesiyle korumaktadır. Diğer bir deyişle, çalışanın sadakati korunmaya değer olarak kabul görmektedir ve ilgili çalışan, sosyal seçim ilkesi gereğince fesih işleminden ari tutulmaktadır.

Yaş kriteri gereğince; yaş ilerleyen bir çalışanın iş hayatında tekrar kendisine yer edilebilmesinin veya yeni bir işe uyum sağlayabilmesinin zorluğu göz önüne alınarak,

korunma ihtiyacının arttığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, korunma ihtiyacı yüksek olan bu çalışanın, kollektif fesih işleminin getireceği olumsuzluklardan daha çok zarar göreceği göz önüne alınarak, kollektif fesih işlemine karşı korunması söz konusu olmaktadır.

Bakım yükümlülüğü kriteri gereğince ise, çalışanın bakımını üstlendiği kişilerin (yasa gereğince ve aile çevresi ile sınırlı olmak üzere) kendisine getirdiği mali yük arttıkça, ilgili çalışana sosyal seçim ilkesi altında tanınan koruma da artmaktadır (Birben, 2006, s.10, 11). Zira bakım yükümlülüğü fazla olan çalışan, fesih işleminden daha çok zarar görecektir ve bu husus da ilgili çalışanın kollektif fesih işleminden korunması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Feshe Karşı Koruma Kanunu, yukarıda izah olunan kriterlerden herhangi birine öncelik veyahut ayrıcalıklı bir ağırlık tanımamakta, bu kriterleri takip edilmesi zorunlu ve sıralama içeren bir şablona oturtmamaktadır (Ulucan, 2007, s.504). İşveren, söz konusu sosyal seçim kriterlerinin tümünü dikkate aldığı sürece, bu kriterler çerçevesinde oluşan tabloya göre iş sözleşmelerine son vereceği çalışanları belirleme hususunda takdir yetkisine sahiptir. Zira işletme riski işveren üzerindedir ve ilgili seçim kriterlerinin hangi sıra ile uygulanacağı veya hangisine ağırlık verilmesi gerektiği hususunda işvereni bağlayıcı hükümler getirmek, işverenin yönetim hakkına müdahale olarak görülmektedir.

1.2. Sair Yabancı Hukuklarda Benimsenen Sosyal Seçim İlkeleri

Hollanda hukukunda, 01.01.1991 tarihinde yürürlüğe giren Yetkilendirme Kararnamesi (Delegatiesbesluit) gereğince, sosyal seçim kriteri olarak kıdem benimsenmiştir (Güzel, 2007, s.1245). İşvereni ile uzun yıllar istihdam ilişkisini koruyan çalışanın sadakatini ödüllendirme fikri ve ayrıca kıdemi ile birlikte doğal olarak yaşı da ilerlemiş olan çalışanın iş dünyasında yeni bir fırsat bulmasının zorluğu göz önüne alınmaktadır. Bu hususların yanında, Hollanda mahkemelerinin çeşitli kararlarında kıdemli çalışanın tecrübesine de değinilmesi, Alman hukukunda kabul gören "işletmeye yararlı çalışanların seçim havuzunun dışında tu-

tulması” anlayışının Hollanda hukuku altında da geçerli olduğuna delalet etmektedir (Töre, 2011, s.144). 01.01.1991 tarihinde yürürlüğe giren Yetkilendirme Kararnamesi (Delegatiesbesluit), 07.12.1998 yılında yürürlüğe giren Fesih Kararnamesi (Ontslagbesluit) ile yürürlükten kaldırılmış olsa da, sosyal seçim kriteri olarak kıdem ölçütü ve sair kurallar, geçerliliğini korumuştur (Güzel 2007, s.1245).

Fransa hukukunda sosyal seçim müessesesi, Fransız İş Kodu'nun Art. L. 321-1-1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sosyal seçim kriterleri; bakım yükümlülüğü, kıdem, engellilik, yaşlılık ve mesleki vasıflardır. Çalışanlar ayrıca, işveren tarafından uygulanan kriterlerin yazılı olarak bildirimini işverenden talep hakkına da sahiptir (Güzel 2007, s.1245). Fransa hukukunda, kollektif fesih işlemlerinde sosyal seçim kriterlerinin dikkate alınmamasının müeyyidesi olarak, feshin geçersizliği öngörülmemiştir. Ancak bu kriterlere aykırı olarak gerçekleştirilen işlem sonucu çalışanın uğradığı gerçek zararın tazmini, işverenden talep edilebilmektedir (Cengiz, 2008, s.75).

2. Türk Hukukunda Sosyal Seçim İlkesi

İş Kanunu'nda, iş sözleşmelerinin feshi cihetine gidilecek olan çalışanların ne suretle ve hangi kriterler tahtında belirleneceğine ilişkin sosyal seçim düzenlemeleri yer almamaktadır. İş Kanunu'nun 18. maddesinde geçerli fesih sebeplerinin (i) işçinin yeterliliğinden, (ii) işçinin davranışlarından veya (iii) işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklı olabileceği belirtilmiş ise de; çalışandan kaynaklı olmayan ve bu sebeple de “iş sözleşmesine son verilecek çalışan(lar)ın nasıl belirleneceği” sorunsalını beraberinde getiren işyeri kaynaklı fesihlerde, işten çıkarılacak çalışan(lar)ın belirlenmesine yönelik bir ölçüt dizini veya yol haritası sunulmamaktadır.

Netice itibariyle, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin pek çoğunda sosyal seçim ilkesinin kapsamı, ölçütleri ve bu ölçütlerin uygulanma esasları kanun ile düzenlenmekte iken, Türk hukukuna bakıldığında, iş sözleşmelerine son verilecek olan çalışanların seçiminde işvere-

nin uyması gereken kural veya esaslar, ne İş Kanunu'nda ne de İş Kanunu'nun gerekçesinde yer almaktadır.

Bireysel veya toplu sözleşme ile ya da sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile işverence, sosyal seçim kriteri veya kriterleri benimsenmesi mümkündür. Bu suretle belirlenen kriterler, işletmesel sebeplerle gerçekleştirilecek fesihlerde işverenin iş sözleşmesine son vereceği çalışanları belirlemesi için bir yol haritası teşkil edecektir ve işveren de bu yol haritasına riayet etmekle yükümlü olacaktır.

Bununla beraber, bireysel veya toplu sözleşme ile ya da sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile herhangi bir sosyal seçim kriteri belirlenmemiş olması halinde, işletmesel sebeplere dayanılarak iş sözleşmesine son verilecek çalışanların hangi kıstaslar ışığında belirleneceği noktasında bir boşluk kalmaktadır. Yargıtay bu boşluğu, önceleri sosyal seçim kriterlerini, kollektif veya işletmesel sebeplere dayalı fesih vakıalarına her halükarda uygulayarak giderme yoluna gitmiştir. Ancak Yargıtay'ın yıllar içerisindeki içtihatları incelendiğinde; bireysel veya toplu sözleşme ile ya da sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile herhangi bir sosyal seçim kriteri belirlenmediği hallerde de sosyal seçim kriterlerinin uygulanacağı yönündeki görüşünü değiştirdiği görülmektedir.

2.1. Yargıtay'ın Sosyal Seçim İlkesine Yönelik İlk Yaklaşımı

Yargıtay, sosyal seçim ilkesine atıf yaptığı kararlarında işverenin işten çıkaracağı çalışanları belirleme serbestini oldukça kısıtlayarak, dikkate alınması gereken kriterleri kesin çizgiler ile belirtmekte idi. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 03.04.2006 tarihli ve 2006/4878 E., 2006/8253 K. sayılı kararında, “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 gör-

me 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.” demekle, işverenin kararda belirtilen kriterleri dikkate alarak işten çıkartacağı çalışanları tayin etmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yargıtay’ın bu hususta Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndan etkilenildiği görülmektedir (Oral, 2008, s.273).

Yargıtay’ın sosyal seçim ilkesine yer verdiği bu gibi kararları incelendiğinde, sosyal seçim ilkesinin, iş hukukumuzda hâkim olan feshin son çare olma ilkesi ile birlikte kullanıldığı ve bu ilkedan hareketle işverene getirilen bir başka yükümlülük olarak tanıtıldığı görülmektedir. Diğer bir deyişle Yargıtay, İş Kanunu ile öngörülme bu yükümü (feshin işlemlerinde sosyal seçim kriterlerini dikkate almak), bireysel veya toplu sözleşme ile ya da sözleşme eki iç yönetmelik ile işverence benimsenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, işverene yüklemektedir.

Yargıtay’ın hukukumuzda tanıttığı sosyal seçim ilkesi, Anayasa’nın 2. maddesinde bildirilen “sosyal devlet” ilkesinin bir uzantısı olarak yorumlanabilecektir (Birben, 2006, s.12). Zira sosyal seçim ilkesinin uygulanma amacının, feshin çalışanlar üzerinde doğuracağı olumsuz sonuçları - daha çok korunmaya muhtaç olan çalışanları gözeterek - çalışanlar arasında orantılı olarak dağıtmak olduğu söylenebilir (Birben, 2006, s.13,14). Bu yönüyle sosyal seçim ilkesi, sosyal devlet ilkesinin iş hukukuna yansıması olarak düşünülebilir. İşverenin çalışanlarını feshin olumsuz sonuçlarına karşı gözetme borcu ise, çalışanlarını koruma yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilebilir. Şu halde, maddi bir fesih vakiasında, işverenin sosyal seçim ilkesine riayet edip etmediği, feshin olumsuz sonuçlarına karşı korunmaya muhtaç kişileri, koruma yükümlülüğü kapsamında gözetip gözetmediğinin değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Öte yandan bir sosyal seçim kriterinin (örneğin öncelikli olarak 55 yaşını dolduranlar ile emekliliğe hak kazananların iş sözleşmesinin

feshedileceği) toplu iş sözleşmesi ile öngörülse dahi işyerinde genel ve tutarlı bir şekilde uygulanması gereğine işaret eden Yargıtay kararından hareketle sosyal seçim ilkesinin, fesihte söz konusu olan eşitlik ilkesinin de bir yansıması olduğu şeklinde yorumlanmaktadır (Çil, 2007, s. 302). Gerçekten de kural olarak, sosyal seçim yükümlülüğünün, bir pozitif hukuk normundan ileri gelmiyor olması karşısında, hangi çalışanların iş sözleşmelerinin feshedileceği noktasında işverenin, genel olarak ayrımcılık yasaklarını ve eşitlik ilkesini gözetmediği sürece serbest olduğu kabul edilmektedir (Baysal, 2010, s. 82).

Ancak, aslen İş Kanunu’nda yeri olmayan sosyal seçim ilkesinin, Yargıtay kararları üzerinden bu şekilde somutlaştırılmasına yönelik olarak doktrinde eleştiriler yükselmiştir:

Bir görüşe göre Yargıtay’ın kesin çizgiler ile belirttiği kriterler, her maddi olayın özelliklerine uyum sağlayamayacak nitelikte ve ayrıca özen gösterme ve hastalık nedeniyle işe gelme gibi sübjektif nitelikteki ölçütler de, işverenin dikkate alması gerektiği belirtilen objektif kriterler kavramı ile çelişmektedir (Oral, 2008, s.274,275). Bunun yanı sıra, kararda bahsi geçen kriterlerin maddi vakıya nasıl uygulanacağına ve hangisine ağırlık ya da öncelik tanınacağına ilişkin bir açıklık da yoktur (Çelik, 2006, s.4).

Bir diğer görüşe göre, sosyal seçim ilkesinin feshin son çare olma ilkesinin bir uzantısı gibi kabul edilerek fesih işlemlerinin geçerliliğinin tespitinde bu ilke ile birlikte yan yana kullanılması, birbirlerinden tamamen bağımsız ve farklı anlamı olan bu iki ilkenin anlamına ters düşmektedir (Ulucan, 2007, s.498).

Aynı şekilde bir başka görüşe göre de, sosyal seçim müessesesinin özünde, iş sözleşmeleri sonlandırılacak çalışanların durumları arasında yapılan bir karşılaştırmanın olduğu; iş sözleşmesi feshedilen ve feshe itiraz eden çalışanın, kendisinin sosyal bakımdan korunmaya daha layık olduğunu iddia ederek aslında bir başka çalışanın hukuk alanına müdahale etmekte olduğu; sosyal seçim ilkesinin kabul edilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkacak bu yönde bir müdahalenin, yasal veya sözleşmesel bir dü-

zenleme olmadıkça meşrulaştırılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir (Birben, 2006, s.19).

Bu görüşler ile aynı sonuca varan ve fakat farklı bir bakış açısı getiren bir diğer görüşe göre de; işyeri gereklerine dayanılarak gerçekleştirilen fesih işlemlerinde sosyal seçim havuzu kapsamına alınan çalışanların, dava yoluyla kendilerinden daha az korunmaya layık buldukları başka bir çalışanın iş sözleşmesine son verilmediği iddiasına dayanarak ikame edebilecekleri feshin geçersizliği ve işe iade talepli davalar, “gerçekleştirilen tüm fesih işlemlerinin” geçersiz sayılmasına yol açabileceğinden, bu durumun hukuki güvenlik ilkesi ile uyumluluğunun tartışılır olduğu belirtilmiştir (Soyer, 2007, s.45, 46).

Yine bu görüşler ile benzer paraleldeki bir başka görüşe göre ise, Türk hukuku bakımından sosyal seçim ilkesinin uygulanabilirliğinin, toplu iş sözleşmelerinde bu ilke kapsamındaki kriterlere ilişkin düzenlemelere yer verilmesinden geçtiği belirtilmektedir (Alpagut, 2006, s.105).

Yukarıda izah olunan eleştirilere karşılık olarak Yargıtay’ın sosyal seçim ilkesine yaklaşımını destekleyen bir görüşe göre ise; sosyal seçim ilkesinin İş Kanunu içerisinde ayrıca yer almamasının bu kavramın dışlandığı anlamına gelmeyeceği, bilakis bu ilkenin iş güvencesi sisteminin işlerliğini sağlayan etkin bir araç olduğu, işverenin işletme gereklerine dayanarak iş sözleşmelerini sonlandıracağı çalışanları belirlemede geniş bir serbestiye sahip olduğunun kabulünün, iş güvencesi anlayışı ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir (Güzel, 2007, s.1304).

Netice itibarıyla Yargıtay, sosyal seçim ilkesine yönelik olarak ilk yaklaşımını terk ederek, sosyal seçim kriterlerinin uygulanabilirliğini, bireysel veya toplu sözleşmede ya da sözleşme eki iç yönetmelikte öngörülmüş olmasına bağlamıştır.

2.2. Yargıtay’ın Sosyal Seçim İlkesine Yönelik Olarak Değişen Yaklaşımı ve Objektif Kriter Kavramının Ortaya Çıkışı

Yargıtay, sosyal seçim ilkesinin uygulama alanı bulacağı halleri sosyal seçim kriterlerinin bireysel veya toplu sözleşmede ya da sözleş-

me eki iç yönetmelikte özellikle öngörülmüş olduğu haller ile sınırlamaktadır. Kuşkusuz işverenin, belli başlı sosyal seçim kriterlerini gözetmesine delalet eden işyeri uygulamaları da, işletmesel gerekler ile iş sözleşmesi feshedilecek çalışanların belirlenmesinde bu kriterlerin dikkate alınmasını gerektirecektir. Şu halde sosyal seçim kriterlerinin, işverence benimsendiği sabit olduğu ölçüde, bu kriterlerin işveren tarafından gözetilmesi gerektiğinin kabul edildiği söylenebilir. Bu çıkarımlar, Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesi’nin 01.12.2009 tarihli ve 2009/42088 E., 2009/32333 K. sayılı kararında yer alan ifadelerde açıkça kendini göstermektedir.

“Girişim özgürlüğü kapsamında, serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı Yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkardığı işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır.

Söz konusu ifadeler incelendiğinde;

(i) İşveren ile çalışan arasında bir bireysel veya toplu sözleşme ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyması gerektiği, diğer bir deyişle taraflar arasında kabul gören sosyal seçim kriterlerinin iş sözleşmesine son verilecek çalışanların tayininde belirleyici olması gerektiği,

(ii) Bu yönde bir hüküm yok ise, işverenin iş sözleşmesine son vereceği çalışanları belirlerken göz önüne aldığı kriterin, işletmesel sebeple işine son verilen her bir çalışanın neden seçildiğini açıklayabilecek mahiyette olması

gerektiği sonuçları çıkarılmaktadır.

Sosyal seçim kriterlerinin bireysel veya toplu sözleşmede ya da sözleşme eki iç yönetmelikte öngörülmemiş olduğu ya da bu kriterlerin uygulanmasının işyeri uygulaması haline gelmediği hallerde ise, işletmesel sebeplerle iş sözleşmesi feshedilecek çalışanların belirlenmesinde bir araç olarak, Yargıtay kararlarında bu kere “objektif seçim kriteri” kavramının ortaya konduğu görülmektedir (Alpagut, 2006, s.96).

B-Objektif Seçim İlkesi

1. Türk Hukukunda Objektif Seçim İlkesi

Yargıtay’a göre; işverenin işletmesel sebeplerle yapılacak fesih işlemlerinin söz konusu olduğu ve fakat sosyal seçim kriterlerinin uygulama alanı bulamayacağı hallerde işveren, iş sözleşmesine son vereceği çalışanlarını belirlerken dikkate aldığı kriter ile bağlıdır ve bu kriter objektif mahiyette olmalıdır. Diğer bir deyişle işveren, iş sözleşmesi feshedilecek çalışanları belirlerken göz önüne aldığı objektif kriteri, bu belirleme sürecinde tutarlı bir şekilde uygulamalıdır. Bu çıkarımlar, Yargıtay’ın çeşitli kararlarında kendini göstermektedir.

Yargıtay bir kararında iş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülen “eşitlik ilkesi” dışında, işvereni bağlayan, herhangi bir yasal düzenlemenin İş Hukuku mevzuatımızda bulunmadığını, bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin bir takım kriterleri öngören, anlaşma yapmalarının mümkün olduğunu, tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliğinin hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlı olduğunu, eşitlik ilkesini ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin - diğer şartlar da gerçekleşmişse - geçersizliğine karar verileceğini, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmamasına rağmen, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlı olduğunu, performans düşüklüğü, belli bir yaş doldurma ve sürekliliğe hak kazanma, işçinin

kıdemi gibi seçim kriterlerinin objektif kabul edildiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda;

(i) İşveren ile çalışan arasında sosyal seçim kriterlerine yönelik bir anlaşma mevcut değil ise işverenin iş sözleşmesine son vereceği çalışanın belirleme özgürlüğü İş Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenen “eşitlik ilkesi” ile sınırlandırılmış olduğu,

(ii) İşverenin, iş sözleşmesine son vereceği çalışanlarını belirlerken göz önüne alacağı kriterlerin tutarlı olarak uygulanması gerektiği,

(iii) Söz konusu kriterlerin objektif mahiyette olması gerektiği ve performans düşüklüğü, belli bir yaş doldurma ve sürekliliğe hak kazanma, kıdem gibi kıstasların da objektif kriter olarak kabul edildiği görülmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 19.02.2007 tarihli ve 2006/32546 E., 2007/4329 K. sayılı kararında; “...iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde dikkate alınan kriterin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının tespitidir, işgücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate alınmış ise kriterin hukuken korunabilir olması objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir.” ifadeleri yer almaktadır. Bu noktadan hareketle de, iş sözleşmesine son verilecek çalışanların tayininde belirli bir kriterin dikkate alınmasına yönelik olarak işveren ile çalışan arasında herhangi bir anlaşma olmadığı hallerde, işverenin çalışan tayininde dikkate aldığı belirleyici kıstası (kriteri), objektif ve genel olarak (tutarlı olarak) uygulaması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Aynı kararın devamında yer alan, “Bu anlamda önce gönüllü olanların sonra da emekliliği gelenlerin çıkarılması uygun bir kriterdir. İşverence başka kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmesi doğru olmaz.” ifadeleri ise,

(i) İşten ayrılmakta gönüllü olma ve emekliliğe hak kazanma gibi kıstasların objektif kriter olarak kabul edildiğini,

(ii) İşveren tarafından dikkate alınan kriter objektif olduğu ve tutarlı bir şekilde uygulandığı sürece, işveren feshinin - başka kriterler dikkate alınmadığı gerekçesiyle - geçersiz adedilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

Söz konusu içtihatlardan hareketle, objektif kriterler olarak tanımlanan müessesenin, Anayasa hükümleri ve İş Kanunu'na hâkim olan eşitlik ilkesinden ileri geldiği görülecektir (Töre, 2011, s.148). Zira işletmesel sebeplerle gerçekleştirilen fesihlerde, aynı pozisyonda görev alan ve aynı vasıftaki çalışanların bir kısmı işten çıkarılır iken, diğer bir kısım çalışanın istihdamına devam edilmektedir ve işveren bu ayrımı yaparken çalışanlarına İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşit davranma yükümlülüğüne uygun hareket etmelidir. Ancak bu yükümlülüğün de dar yorumlanması ve yalnızca keyfi ve kötü niyetli fesih işlemlerinin önüne geçecek şekilde uygulanması gerektiği öngörülmektedir (Doğan Yenisey, 2006, s. 64-65).

Bu bağlamda, işverenin objektif kriterlere uygun hareket edip etmediğini tespit edebilmek adına, işletmesel sebepler sonucu hasıl olan fesih vakıalarında işverenin iş sözleşmelerine son vereceği çalışanları, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer bulan eşit davranma borcuna uygun hareket ederek seçip seçmediğini irdelemek gerekecektir (Süzek, 2011, s.545, 546).

Netice itibariyle, objektif kriterlerin, işverenin işletmesel sebeplerle gerçekleştirdiği fesihlerde işten çıkartacağı çalışanları tayin etmedeki takdir yetkisinin sınırını teşkil ettiği ve bu kriterlerin, Anayasa hükümlerinin, İş Kanunu'na hâkim olan eşitlik ilkesinin ve işverenin koruma yükümlülüğünün bir ürünü olduğu düşünülebilir.

1.1. Objektif Seçim Kriterlerinin Belirleyici Unsurları

Yargıtay'ın objektif seçim kriterlerine yönelik kararlarından hareketle ortaya çıkan çıkarımlar incelendiğinde, işverenin iş sözleşmelerine son vereceği çalışan(lar)ını tayin ederken dikkate aldığı kriterin hukuken korunabilir olması gerektiği ve işverenin bu itibarla takdir yetkisinin kısıtlandığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra söz konusu Yargıtay kararlarında, iş sözleşmelerine son verilecek olan çalışan(lar)ın tayininde belirleyici ölçüt olarak kullanılan kriterin işyerinde genel olarak uygulanması gerektiğine de işaret edilerek işverene bir başka yükümlülük getirilmiştir. Söz konusu şartların maddi fesih vakiasında karşılanması

halinde ise, işverenin iş sözleşmelerine son vereceği çalışan(lar)ını belirlemede dikkate aldığı kriterin yerindeliği yargısal denetime tabi olmayacaktır. Bu bağlamda Yargıtay, işverenin yönetim hakkına müdahale etmekten uzak durmakta ve işten çıkarılacak çalışanlar, hukuken kabul edilebilir bir kriter üzerinden belirlendiği sürece işverene bu hususta takdir yetkisi tanımaktadır.

İşverene, işletmesel sebeple gerçekleştireceği fesihlerde yüklenen sorumluluğun içeriğini tespit edebilmek adına, Yargıtay'ın yukarıda izah olunan kararlarında bahsi geçen objektif kriterlerin, (i) hukuken korunabilir olması ve (ii) genel olarak uygulanması hususlarının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

(i) İş sözleşmelerine son verilecek olan çalışanların belirlenmesinde dikkate alınabilecek kriterin hukuken korunabilir olması, genel hukuk kurallarına ve iş hukuku ilkelerine uygunluk teşkil etmesinden geçmektedir (Birben, 2006, s.22).

Yargıtay'ın objektif kriterlere yönelik kararları birlikte değerlendirildiğinde, performans düşüklüğü, belli bir yaşı doldurma ve sürekliliğe hak kazanma, kıdem, işten ayrılmakta gönüllü olma ve emekliliğe hak kazanma gibi kıstasların objektif mahiyette olduğu, bu suretle de hukuken korunabilir olarak addedildiği ortaya çıkmaktadır.

(ii) Objektif kriterin genel olarak uygulanması, işverenin iş sözleşmelerine son vereceği çalışanları belirlemede dikkate aldığı kriteri, işyeri genelinde tutarlı olarak uygulaması ve bu kriter ile çelişecek mahiyette işlemde bulunmaması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda işverenin kendisinin belirlediği kriteri dahi uygulamamış veyahut tutarsız uygulamış olması, feshin geçersizliğine sebep olacaktır (Birben, 2006, s.20).

Netice itibariyle işveren, iş sözleşmesini feshedeceği çalışanları tayin ederken objektif ve hukuken korunabilir bir kriterle başvurduğu ve bu kriteri de tutarlı bir şekilde uyguladığı sürece, başkaca bir kriterin dikkate alınmadığı gerekçesiyle, feshin geçersizliği iddia olunamayacaktır. Bu husus, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin

11.12.2006 tarihli, 2006/24963 E., 2006/32630 K. sayılı kararında yer alan “ ...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 karar verilmesi doğru olmaz” ifadeleri ile tevsik edilmektedir.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Objektif Seçim İlkesi

Türk hukukunda sosyal seçim ilkesine yönelik yasal bir düzenleme mevcut olmadığından; işletmesel sebeplerle iş sözleşmesi feshedilecek olan çalışanlar, bireysel veya toplu sözleşme ile ya da sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile herhangi bir sosyal seçim kriteri belirlenmemiş ise devreye giren objektif seçim ilkesi ışığında belirlenmektedir.

Yukarıda (1) numaralı başlık altında tanıtılan Alman, Hollanda ve Fransız hukukları kapsamında sosyal seçime yönelik yasal bir düzenleme yer aldığından, Türk hukukunda sosyal seçim kriterlerinin uygulama alanı bulamayacağı haller için benimsenen objektif seçim kriterleri benzeri bir müessese, bu ülkeler için mevzu bahis değildir. Zira işletmesel sebeplerle iş sözleşmesine son verilecek olan çalışanların belirlenmesinde riayet edilecek yol haritası, yasal düzenleme ile somut olarak ortaya konmaktadır. Şu halde, sosyal seçim kriterlerine yönelik olarak herhangi bir yasal düzenlemesi bulunmayan ülkelerde, iş sözleşmesi feshedilecek çalışanların belirlenmesi için konan kıstaslar, Yargıtay tarafından öngörülen objektif seçim kriterleri ile aynı bağlamda değerlendirilebilir.

Örneğin Finlandiya’da, sosyal seçimi düzenleyici herhangi bir hüküm bulunmamaktadır (Töre, 2011, s.146). Ancak toplu iş sözleşmelerinde sosyal seçim ilkesine yönelik olarak rehber ilkeler yer almaktadır. Söz konusu ilkeler gereğince, işletmenin salahiyeti için önem arz eden çalışanların, en son çare olarak işten çıkartılması öngörülmektedir.

Danimarka hukukunda işveren, iş sözleşmesine son vereceği çalışanları bizzat belirleyeceği objektif kriterler çerçevesinde tayin edebilmektedir. Konuya ilişkin uygulama göz önüne

alındığında, “işe son giren, ilk çıkar” kuralının uygulanması, işverence takip edilmesi gereken bir zorunluluk olarak lanse edilmemektedir. Bununla beraber, işverenin benimsediği objektif kritere göre yapılan fesih işlemlerinin makul olup olmadığının değerlendirmesi yapılırken, kıdem hususuna özel bir önem yüklendiği görülmektedir (Töre, 2011, s.147).

Norveç’te, işverenin iş sözleşmesine son vereceği çalışanları belirlerken dikkate aldığı kriteri bildirme ve bu kriter çerçevesinde çalışanlarına ilişkin yaptığı araştırmayı da ortaya koyma yükümlülüğü vardır. Bunun yanı sıra, iş sözleşmesine son verilecek çalışanların tespitinde kıdem kriteri yasal bir zorunluluk olarak toplu iş sözleşmesinde belirtilmediği müddetçe, işverenin kıdem kriterine başvurarak seçim yapma zorunluluğu da söz konusu olmamaktadır (Töre, 2011, s.146).

C-Sosyal Seçim veya Objektif Seçim Kriterlerinin Uygulanacağı Çalışanların Belirlenmesi

İşveren, fesih zorunluluğuna yol açan işletmesel vakıadan etkilenen çalışanlar arasından yalnızca benzer konumlarda ve karşılaştırılabilir işlerde çalışmakta olan kişileri, sosyal seçim veya objektif seçim kriterleri çerçevesinde değerlendirmeye alabilir (Çankaya vd., 2005, s.70). Zira işletmesel gereklerle iş sözleşmelerine son verilecek olan çalışanların seçimi, bu işyerinde çalışan ve “yatay olarak eşdeğer konumda” olan çalışanlar arasında yapılabilecektir. Eşdeğer çalışanlar ise, vasıf ve yetenek kıstasları göz önüne alındığında birbirlerinin yerini alabilecek çalışanlar olarak tanımlanmaktadır.

D-Sosyal Seçim veya Objektif Seçim Kriterlerine Uygun Hareket Edildiğini İspat Yükü

Yargıtay, işverenin anlaşma veyahut işyeri uygulaması yolu ile benimsemiş olduğu sosyal seçim ilkesine veyahut sosyal seçim ilkesinin uygulanmayacağı hallerde objektif kriterlere aykırı davranıldığı iddiasının söz konusu olduğu durumlarda, usul hukukunun genel kuralı

gereğince ispat yükünü, iddia sahibi olan çalışan üzerinde bırakmaktadır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, iş sözleşmelerine son verilen çalışanların seçiminde dikkate alınan kriteri bildirme ve bu kriterin ne şekilde uygulandığını gösterme yükümlülüğü ise işverene ait olacaktır (Birben, 2006, s.19).

Bu bağlamda, ispat yükü çalışan üzerindedir ve fakat çalışan, işverenin objektif kriterlere veyahut eşitlik ilkesine aykırı davrandığı ihtimalini ispat edebildiği noktada, bu durumun aksini ispat yükü bu kere işverene geçecektir (Baysal, 2010, s. 94). Elbette çalışanın ispat yükümlülüğünün gereklerini yerine getirebilmesi için sunması gereken delilleri gösterme (mahkemeye sunma) yükü, işveren üzerindedir. Zira çalışanın sosyal seçim kriterine veyahut objektif kriterlere ya da eşitlik ilkesine aykırı davranıldığını ispat edebilmesi için, öncelikle işverenin dikkate aldığı kriteri ve uygulanış şeklini bilmesi gerekmektedir. Sonuç itibarıyla, başta iş sözleşmesi feshedilmeyen çalışanlara ilişkin bilgiler olmak üzere, sosyal seçimle ilgili bilgilere sahip olmayan bir çalışandan, işverenin sosyal seçim veya objektif seçim kriterlerini hatalı bir şekilde uyguladığını kanıtlayabilmesi beklenemez (Güzel, 2007, s.1302).

Buna göre, işverenin iş sözleşmesine son verdiği çalışanları belirlemede esas aldığı kriteri ortaya koyması ve bu kriteri işyeri genelinde tutarlı olarak uyguladığını kanıtlanması gerekmektedir.

Sonuç

Yargıtay'ın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer almayan sosyal seçim ilkesinin uygulanması gereğini, bu ilkenin bireysel veyahut sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile benimsenmediği hallerde dahi işverene yüklediği içtihatlarından dönmesi isabetli olmuştur. Zira sosyal seçim ölçütünün yasal dayanağının bulunmaması, içeriği ve koşulları itibarıyla muğlak yükümlülükler getirmesi, bu durumun da hukuki güven ve açıklık esasları ile bağdaşmaması, kriterler arasında önceliğin belirlenememesi gibi hususlar dikkate alındığında, iş sözleşmelerinin feshinde sosyal seçim ilkesinin uygulanması gereğinin göz önünde tutulmaması yerinde olmuştur.

Sosyal seçim ilkesinin bireysel veyahut sözleşme eki iç yönetmelik veya işyeri uygulaması yolu ile benimsenmediği hallerde ise, işverenin işletmesel gereklerle iş sözleşmesine son vereceği çalışanları belirleme özgürlüğünü kabul ederken, diğer taraftan da keyfi uygulamaların önünü açmamak adına Yargıtay'ın, objektif seçim kriterlerini tanıtmaması da isabetli olmuştur. Zira Yargıtay, işverene hangi kriterleri hangi sıra ile uygulaması gerektiği noktasında bir dayatma yapmamaktadır ve yalnızca dikkate alınan kriterin objektif olmasının ve tutarlı uygulanmasının gereğine işaret etmektedir.

İşverene getirilen bu yükümlülük, işverenin işletmesel kararlarının keyfilik ve tutarlılık denetimlerine tabiliğinin bir uzantısı olarak yorumlanabileceğinden, objektif seçim ilkesinin iş hukukumuzun eşitlik ilkesi altında himaye edilebileceği görülmektedir.

Şu halde Yargıtay'ın, söz konusu ilkeyi kabulü ile aslen yasal düzenlemeden uzaklaşmadığı ve işletmesel kararların yargısal denetimi konusunda istikrar kazanmış kararları ile de aynı paralelde görüş sergilemeye devam ettiği görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

- Alpagut, G. (2006). İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 4, 95-105.
- Alpagut, G. (2008). Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik. Bankacılar Dergisi, Sayı: 65, 89-110.
- Baysal, U. (2010). İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 25, 60-99.
- Birben, E. (2006). İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak Olan Çalışanların Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 7-27.
- Cengiz (Urhanoglu), İ. (2008). "Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmesi Olan Tenkiset Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar", Karar İncelemesi, (T.C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/6187, K: 2007/7308, T: 19.03.2007). Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası. Cilt: 9, Sayı: 4, 69-79.
- Çankaya, O. G., Günay, İ.C., Göktaş, S. (2005). Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Çelik, N. (2006). İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davran-

ma Borcu. Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 4, 5-12.

- Çil, Ş. (2007). Geçerli Nedene Dayanan Fesihle İşverenin Eşit Davranma Borcu. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Sayı: 5, 293-312.
- Doğan Yenisey, K. (2005). Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi. Legal İSGHD, Sayı: 7, 974-1003.
- Günay, C.İ. (2009). İş Kanunu Şerhi. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Güzel, A.E. (2007). Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 4, 1223-1224.
- Oral, S. (2008). Yargıtay'ın Sosyal Seçim Uygulamasıyla İlgili Verdiği Bir Kararın Düşündürdükleri. Legal YKİ Dergisi, Sayı: 9, 257-280.
- Soyer, M.P. (2007). İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme. İşveren D., Sayı: 4, 44-46.
- Süzek, S. (2011). İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Töre, N. (2011). İş Sözleşmesinin Geçerli Sebep Feshinde Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkesi. TİSK Akademi, Sayı:11, 130-153.
- Ulucan, D. (2007). İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:14, 497-508.
- Ulucan, D. (2003). İş Güvencesi. İstanbul: Toprak İşv. Yayınevi.
- Yenisey, K. (2006). İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Sayı: 2, 60-65.