



Hamit TIRYAKI
İş Hukuku Uzmanı, Hukukçu

GEÇERLİ FESİHLER ve SOSYAL SEÇİM KRİTERLERİ

I- GİRİŞ

2003 Yılından beri uygulanan iş güvencesi sistemi ile işverenler, kıdem ve ihbar tazminatlarını ödese bile ortada geçerli fesih koşulları yoksa açılan işe iade davalarını kaybetmekte, işten çıkardıkları işçiyi mahkeme kararına rağmen işe başlatmazlarsa ayrıca 12 aylık ücret tutarında da maddi külfet altına girebilmektedirler. Bu nedenle geçerli bir feshin şartları işverenler için büyük önem göstermektedir.

İş hukukunda feshin işçi çıkarma konusundaki tüm önlemlerden sonra artık başkaca hiçbir çare kalmaması durumunda son çare (ultima-ratio) olarak başvurulması gereken yol olduğu temel bir ilkedir. Bu ilke 4857 sayılı İş Kanununun gerekçesinde de açık bir biçimde yer almaktadır: “Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”

İşletme gereklerine dayanan fesihte, işyeri içinden veya işyeri dışından kaynaklanan nedenlerle işletmede bir işgücü fazlasının oluştuğu ve işverenin fesih dışında aynı derecede etkili başka bir tedbir bulunmaması nedeniyle son çare olarak işçilerin iş akitlerini feshettiği kabul edilmektedir. İş sözleşmesinin işçinin davranışlarından veya işçinin yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle feshinden farklı olarak, işletme gereklerine dayanan fesihte, fesih sebebi işverenin alanında doğmaktadır. İşletmenin tümüyle kapatılması söz konusu olduğunda işletmede çalışan tüm işçilerin iş akitleri feshedileceğinden işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesi bakımından herhangi bir sorunla karşılaşmayacağı şüphesizdir. Bu ayrık durum bir tarafa bırakıldığında, alınan işletmesel kararın hayata geçirilmesinden etkilenecek işçi sayısının birden fazla olması halinde iş akdi feshedilecek işçilerin seçimi ve işverenin bu konudaki karar serbestisinin sınırları bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de, bir işletmenin 100 işçi istihdam edilen üretim ünitesinde rasyonalizasyon ve yeniden yapılanmaya bağlı olarak işgücünün % 25 oranında azaltılması gereği ortaya çıkmışsa, acaba bu 25 işçinin kimler olacağı nasıl belirlenecektir? İş akdi feshedilen işçilerden birisi, iş mahkemesine başvurarak kendisinin yerine iş akdi feshedilmeyen 75 işçiden birisinin seçilmesi gerektiğini ileri sürdüğü takdirde iş mahkemesi yargıcı nasıl bir karar verecektir¹.

Almanya’da Alman Feshe Karşı Koruma Kanununa göre, acil işyeri gerekleri nedeniyle iş sözleşmesi feshedildiğinde, işveren işçinin seçiminde kıdemini, yaşını, bakım

¹ Erhan BİRBEN, “İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi Ve Sınırları” DEÜHF Dergisi, Cilt:8 Sayı: 2, Yıl 2006, s.9.

yükümlülüklerini ve ağır sakat olmasını hiç veya yeteri kadar dikkate almamış ise iş sözleşmesinin feshini geçersiz kabul etmektedir. 4857 sayılı İş Kanununda, işten çıkarılacak işçilerin hangi ölçütlere göre belirleneceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

II. YARGITAY'IN SOSYAL SEÇİM KRİTERLERİ ARAYIŞININ ZAMAN İÇİNDEKİ DEĞİŞİMİ

Sosyal seçim kriteri, feshin kaçınılmaz hale gelmesi durumunda işçinin bu fesihten en az ölçüde etkilenmesi amacıyla sosyal durumlarının dikkate alınması olgusudur. İşten çıkarma konusunda personel arasında seçim yapılırken bazı kriterlere göre seçim yapılması gerekmektedir. Bu kriterler AB ülkelerinin pek çoğunda yasalarla düzenlenmiştir. Bizim iş ilişkilerini düzenleyen yasalarımızda ise sosyal seçime ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Yargıtay İlk Dönemlerde Sosyal Seçim Kriterlerini Şart Koşmaktaydı

Yüksek Mahkeme, ilk yıllarda feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verirken işverenin sosyal seçim kurallarına uygun davranılıp davranılmadığının araştırılması gerektiğine işaret etmekte; bu seçimin “objektif kriterlere” dayandığının işverence kanıtlanamadığı gerekçesiyle feshi geçersiz² saymaktaydı.

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 saptanmalıdır³. Görüldüğü gibi Yargıtay kararında çeşitli seçim kriterleri sıralayarak uygulanan fesihte hangi objektif kriterlere dayanıldığının saptanması gerektiğini belirtmektedir.

Yargıtay'ın bu görüşleri karşısında kimi yazarlar yasada yeri olmayan gerek sosyal seçim olgusunun, gerekse feshin son çare olması ilkesinin Yüksek mahkeme kararları ile somutlaştırıldığını ve adeta yasa hükmü haline dönüştürüldüğü görüşünü savunmuşlardır: “Kanununun 18.maddesinde yer alan işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayanılarak bireysel düzeyde yapılan fesihlerde, zorunlu olmamakla birlikte uygulama alanı bulması beklenen bu ilkelerin, birçok Yargıtay kararında, aynı zamanda sosyal seçim konusu olarak da değerlendirildikleri görülmektedir. Yasanın 18. maddesinde yer alan iş güvencesine ilişkin düzenlemenin ve gerekçesinin zorunlu bir bütün halinde değerlendirilmesi ne kadar yanlışsa; bu çerçevede bir de yasada yer almadığı halde gerekçede yer aldığı için fesih sırasında uyulması beklenen son çare (ultima-ratio) ilkesinin aynı zamanda sosyal seçim ile sürekli yan yana veya aynı anlamda kullanılması bu kurumların gerçek anlam ve işlevlerine ters düşmektedir. Oysa sosyal seçim ilkesinin, uygulandığı alan ve kullanılış biçimi bakımından son çare (ultima-ratio) ilkesinden tamamen bağımsız ve farklı bir anlamı vardır”⁴.

Konuyla ilgili farklı görüşlerde mevcuttur: “İş güvencesi sisteminin benimsediği bir yasal düzenlemede sosyal seçim ölçütlerine ayrıca yer verilmemiş olması bu ölçütlerin dışlandığı anlamına gelmemektedir. Sosyal seçim ölçütlerinin yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız işlevleri dikkate alındığında, iş güvencesi sisteminin özünde varolan ve onu

² BİR BEN, age, s.14.

³ Yrg. 9. HD'nin 03.04.2006 tarihli ve E: 2006/4878, K:2006/8253 sayılı kararı.

⁴ ULUCAN D. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku dergisi 2007 sayı 14 s.498

etkinleştiren araçların başında yer aldığı hususu tartışmasız bir gerçektir. Bir yandan işverenin fesih hakkını sınırlayan ve keyfi feshleri engelleyen iş güvencesini kabul etmek, öte yandan da işverenin yönetim hakkına ve işletmesel karar alma özgürlüğüne dayanarak işyeri gerekleriyle işten çıkaracağı işçileri seçmede geniş bir serbestiye sahip olduğunu iddia etmek çok ciddi bir çelişki oluşturmaktadır.”⁵

İş Kanununda yer bulmamış olsa da, kaynağını işverenin işçiyi koruma borcu ilkesinden alan sosyal seçim iş hukukunda iş güvencesi ile birlikte yer bulmuş önemli bir kurumdur. Sosyal seçim kriterleri olarak uluslararası hukukta genel kabul görmüş sosyal ölçütleri şunlardır: İşçinin kıdemi (son giren ilk çıkar), bakmakla yükümlü olunan kişi sayısı, emeklilik (yaşlılık aylığına hak kazanma), ağır engelli olmak. Ancak bu kriterlere rağmen işverenin kendisi açısından vazgeçilmez (stratejik) konumda olan personelini sosyal seçim uygulaması dışında tutması ise belirli koşullar çerçevesinde kabul edilmektedir. İşverenin sosyal seçimden hariç tutacağı işçi alelade bir işçi değildir. Bu işçinin işletmenin varlığını sürdürebilmesi için vazgeçilmez olması şarttır⁶.

Sosyal Seçim Kriterinin Dikkate Alınmaması

Sosyal seçim kriterlerinin uygulanmasına gerek olmadığı feshin geçerli sebeple yapıldığının anlaşılmasının⁷ göre davanın reddi gerekirken yanlılgılı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

Ülkemizde işgücü fazlalığının giderilmesinde işverence bir takım sosyal seçim kriterlerinin uygulanması zorunluluğunu öngören yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Somut olay açısından böyle bir zorunluluğu hükme bağlayan toplu veya bireysel iş sözleşmesi hükmünün varlığı da ileri sürülmüş değildir. Bu nedenle, sosyal seçim kriterlerinin de uygulanmadığından söz edilerek feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmış olması doğru olmamıştır⁸.

Elektrik teknisyeni olan davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından sondaj faaliyetlerinin askıya alınarak durdurulması sebebiyle ihtiyaç ve istihdam fazlalığının ortaya çıktığı ve şirket bünyelerinde çalıştırılabilecek başka bir pozisyon bulunmadığı gerekçesiyle feshedilmiştir. Her ne kadar mahkemece sondaj faaliyetlerinin askıya alınması sebebiyle personel azaltılmasına gidilmesinden dolayı davacının sözleşmesinin feshi açısından, sosyal seçim kriterine uyulmadığı gerekçesiyle kabul kararı verilmişse de hukukumuzda sosyal seçim kriteri diye bir kriterin olmadığı göz önüne alındığında davalı işverenin aldığı işletmesel kararın kapsamı, kararı davacı yönünden tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmazlığına bağlı olarak başvurduğu hususların tespiti bakımından bilirkişi raporu alınarak sonuca gidilmesi gerekirken, yeterli araştırma ve inceleme yapılmaksızın karar verilmesi hatalıdır⁹.

Dikkate Alınan Kriter: İşletmesel Kararın Tutarlı Uygulanması

Davalı işveren, norm kadro çalışması sonrasında işten çıkarılacak bölge müdürlerinin seçiminde uzmanlıkları, tecrübeleri, yetkinlikleri ve 2013 yılı hedeflerini gerçekleştirme performanslarının dikkate alındığını savunmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere işten çıkarılacak işçiler yönünden yasal bir kriter ve sosyal seçim şartı hukuk düzeninde yer almamakla

⁵ Ali GÜZEL – Emre ERTAN, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, Sayı 16, s.1304.

⁶ Devrim ULUCAN, “İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2007, Cilt:4, Sayı: 14, s.507.

⁷ Yrg. 22. HD’nin 09.04.2014 tarihli ve E: 2014/7744, K: 2014/7665 sayılı kararı.

⁸ Yrg. 22. HD’nin 18.11.2011 tarihli ve E: 2011/11425, K: 2011/5223 sayılı kararı, yine aynı dairenin 24.10.2011 tarihli ve E: 2011/1453, K: 2011/3253 sayılı kararı.

⁹ Yrg. 22. HD’nin 22.06.2016 tarihli ve E: 2016/16958, K: 2016/18809 sayılı kararı.

birlikte, işverence işten çıkarmada birtakım kriterler gözetildiği ileri sürülmüş ise işverenin kendisini bağlayan bu kriterlere uyup uymadığı, keyfi davranıp davranmadığının da mahkemece denetlenmesi gerekmektedir. Mahkemece, işverenin aldığı işletmesel karar sonucu davacının istihdam fazlası olduğu, bu kararı tutarlı şekilde uyguladığı, feshin kaçınılmazlığı ve feshe son çare olarak başvurulduğu, işverenin işçi çıkarmada kendi belirlediği kriterlere uygun davranıp davranmadığı hususlarında yeterli araştırma ve inceleme yapılmaksızın karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir¹⁰.

Öncelikle mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı belirtilirken sosyal seçim kriterlerinin belirlenmemiş olmasına da dayanılmıştır. Daha önce Yargıtay tarafından feshin geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığı konusunda bir kriter olarak belirlenen sosyal seçim kriteri, karmaşık yapısı ve özellikle her işyeri/işletmenin kendisine özgü koşulları nedeniyle tüm işyeri/işletmede kabulü mümkün kriterlerin belirlenmesinin mümkün olmadığından artık vazgeçilmiş bir kriterdir. Ancak işletmesel nedenler sonucu işçi çıkarılması sırasında işverenin yönetim hakkını kısıtlayıcı bir kısım kararlar alınması mümkün olduğu gibi işyerinde/işletmede uygulanmakta olan ve bu yönde kısıtlayıcı ve bağlayıcı hükümler içeren TİS bulunması durumunda işverenin yönetim hakkını kısıtlayan bu hususlar dikkate alınmalıdır. Aksi halde sosyal seçim kriterleri (performans düşüklüğü, yaş, emeklilik, ilk giren son çıkar vs gibi) feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında mahkemelerce irdelenmesi gereken bir kriter olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle mahkemenin sosyal seçim kriteri ile ilgili gerekçesi dosya kapsamı ile uyumlu değildir¹¹.

Davacının iş sözleşmesinin feshi, davacının yaptığı işin alt işverene verilmesine ilişkin bir işletmesel karara dayanmaktadır. Dosyada feshe ilişkin sosyal seçim kriteri ya da kriteri objektif olarak belirlenmiş değildir. Bu sebeple başka bölümlere kaydırılan onbeş tane işçinin hangi kriterlere göre seçildiği bu noktada önem arz etmez. Zira bu durumda işverenin yönetim hakkı devreye girer. Görüldüğü gibi işveren açısından geçerli sebep vardır. Ancak geçerli sebep somut olarak bulunsa bile feshin tutarlı uygulanması ve feshe son çare olarak başvurulması gereklidir. İş sözleşmeleri feshedilmeyip çalışmaya devam eden işçilerin diğer işçilerden objektif olarak farklı özelliklere sahip olduklarının ortaya konulmamasına göre bu kişilerin değerlendirildiği birimlerde davacının çalışıp çalışamayacağı ortaya konulmadan ve bu birimlere yeni işçi alımı olup olmadığı araştırılmadan karar verilmesi yerinde değildir¹².

Sosyal Seçim Kriterinin Belli ve Bağlayıcı Olması

Her ne kadar sosyal seçim kriterleri artık dikkate alınmıyor olsa bile iş sözleşmelerinde ya da toplu iş sözleşmelerinde geçerli fesih şartı şeklinde belirtilmişse, işverenin işçileri seçim hakkı kısıtlanmıştır.

Toplu iş sözleşmesinde “davalının fesihte kendisini kesin olarak bağladığı bir sosyal seçim kriteri” bulunmamaktadır. Söz konusu maddeye bakıldığında liyakat, kıdem ve sicil gibi hususların dikkate alınacağı belirtilirken yine fesihte son giren ilk çıkar kuralının da göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesine bakıldığında ilk cümlenin işten çıkarmada kriter olarak gerek nicelik olarak gerekse nitelik olarak işverene takdir yetkisi verdiği görülmektedir. Buna göre örneğin liyakatlı bir işçi kıdemi daha düşük olsa ve en son girse bile bu hükme göre toplu işçi çıkarımında işten çıkarılmayabilecektir. Davacı tarafından işverenin toplu iş sözleşmesine aykırı olarak işçi çıkarımında bulunduğu, bu konuda sahip

¹⁰ Yrg. 7. HD'nin 14.04.2016 tarihli ve E: 2015/45017, K: 2016/8366 sayılı kararı.

¹¹ Yrg. 7. HD'nin 22.04.2014 tarihli ve E: 2014/5526, K: 2014/8735 sayılı kararı.

¹² Yrg. 22. HD'nin 24.09.2014 tarihli ve E:2014/21678, K: 2014/25435 sayılı kararı.

olduğu takdir yetkisini kötüye kullandığı da iddia ve ispat edilemediğinden davalının yaptığı feshin geçerli sebeple yapıldığı kabul edilmelidir¹³.

III- SONUÇ

İşletme gereklerine dayalı geçerli fesihlerde, işyeri içinden ya da dışından kaynaklı bir nedenle ortaya çıkan işgücü fazlalığını eritmede kullanılan kavram sosyal seçim kriteriydi. Eğer son çare, işçilerin işten çıkartılmaları ise işçilerin seçiminde kıdemi, yaşı, bakım yükümlülükleri, ağır engelli olması ... gibi kriterlerin esas alınması gerekmektedir.

Yargıtay bu yaklaşımdan, hukukumuzda sosyal seçim kriteri diye bir kriterin olmadığından dolayı vazgeçmiştir. Ancak Yargıtay, işverenin keyfi davranmasını da kabul etmemektedir. Bu kapsamda, yargı mercileri, işverenin aldığı işletmesel karar sonucu davacının istihdam fazlası olup olmadığına, bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığına, feshin kaçınılmazlığına ve feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığına ve en önemlisi işverenin işçi çıkarmada kendi belirlediği kriterlere uygun davranıp davranmadığına bakarak geçerli bir feshin varlığına karar vermektedirler.

¹³ Yrg. 22. HD'nin 27.06.2016 tarihli ve E: 2015/8319, K: 2016/19533 sayılı kararı.