



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**İŞLETME, İŞYERİ VEYA İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ
FESİH SEBEBİNİN YARGISAL DENETİMİ**

SEVDE BETÜL BAĞCI

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Doç. Dr. SEÇKİN NAZLI

İSTANBUL- 2019

T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**İŞLETME, İŞYERİ VEYA İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ
FESİH SEBEBİNİN YARGISAL DENETİMİ**

SEVDE BETÜL BAĞCI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Doç. Dr. SEÇKİN NAZLI

İSTANBUL- 2019

ÖZET

Tez konumuzu “ İşletme, İşyeri veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Sebebinin Yargısal Denetimi” oluşturmaktadır.

Tezimiz toplamda iki bölümden oluşmaktadır. Tez konusunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından ilk bölümde öncelikli olarak; geçerli sebep kavramına, iş güvencesi kapsamındaki işçide aranan şartlara, İş Kanunda yer alan geçerli sebep olarak kabul edilemeyecek hallere yer verilmiştir. Bu bölümde ayrıca tez konumuzla bağlantılı olan işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri de incelenmiştir.

İkinci bölümümüzde ise Yargıtay kararlarından da yararlanılarak, iş sözleşmesinin işletme, işyeri veya işin gereklerine dayalı işverence geçerli sebeple feshinde hukuka uygunluk esaslarına değinilmiştir. Bu kapsamda; işletmesel karar kavramına, işverenin işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan feshinde yargısal denetime, yargısal denetimin içeriği olan tutarlılık, keyfilik gereklilik ve ölçülülük denetimi ile ölçülülük denetiminin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık alt ilkelerine değinilmiştir. Yine bu bölümde feshin başvurulacak en son çare olması gerektiği (Ultima Ratio İlkesi) ve iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde uygulanan sosyal seçim ilkesi üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın sonuç bölümünde de, genel bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Geçerli Fesih Sebepleri, İşletmesel Nedenler, İşletmesel Karar, Son Çare, Sosyal Seçim, Yargısal Denetim

ABSTRACT

The subject of my thesis is “judicial review of the reason for the current termination arising from the requirements of the business or workplace”.

Our thesis consists of two parts. In order to understand the subject of better, the first part includes the concept of the reason, the conditions required by the worker under the scope of occupational security, the circumstances that cannot be considered as the reason in the labour law. In this section, the reasons for the current termination of the business, business or business related to the thesis subject are also examined.

In our second section, the provisions of the law on termination of labor contract by the employer based on the requirements of the business, workplace or work are mentioned by taking advantage of the decisions of the court of Cassation. In this context, the concept of corporate decision was referred to the sub-principles of convenience, necessity and proportionality, which are the contents of judicial control, consistency, arbitrability and measurement control, and the sub-principles of compliance, requirement and proportionality in the termination of the employer due to the requirements of the business, workplace or work. Again, this section focuses on the last resort to be dissolved (Ultima Ratio Principle) and the social choice principle in the selection of workers to be terminated.

In the conclusion part of our study, a general evaluation was made.

Keywords: Valid Termination Reasons, Operational Reasons, Corporate Decision, Last Resort, Social Choice, Judicial Review

İŞLETME, İŞYERİ VEYA İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ FESİH SEBEBİNİN YARGISAL DENETİMİ

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVERENCE FESHİNDE GEÇERLİ SEBEP GÖZETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. GEÇERLİ SEBEP KAVRAMI	4
II. GEÇERLİ SEBEP -HAKLI SEBEP AYRIMI.....	6
III. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE İŞ GÜVENCESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI...10	
A. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması.....	11
B. Otuz Veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılması.....	12
C. Altı Aylık Kıdem Şartı.....	15
D. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak.....	20
IV. GEÇERLİ SEBEP KABUL EDİLEMEYECEK HALLER.....	23

V. İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE FESİH.....	24
A. İşletme İçi Nedenlerden Kaynaklanan Haller.....	28
1. Genel Olarak	28
2. Yeniden Yapılanma	31
3. Alt İşverenlik Uygulamasına Geçiş	36
4. Teknolojik Değişimden Kaynaklanan Nedenler	40
5. İşyerinin Veya İşyerindeki Bazı Bölümlerin Kapatılması	41
6. İşyerinin Birleşmesi - İşyerinin Devri.....	45
7. Emekliliğe Hak Kazanma	55
B. İşletme Dışı Nedenlerden Kaynaklanan Haller	59
1. Genel Olarak	59
2. Ekonomik Kriz.....	62

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VEYA İŞİN GEREKLERİNE DAYALI İŞVERENCE GEÇERLİ SEBEPLE FESHİNDE HUKUKA UYGUNLUK ESASLARI

I. İŞLETMESEL KARAR KAVRAMI.....	65
I. Bağlı İşveren Kararı	69
II. Kurucu İşveren Kararı	71
II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE FESHİNDE YARGISAL DENETİM.....	73

A. Genel Olarak	73
B. Yerindelik Denetimi	77
C. Tutarlılık Denetimi	79
D. Keyfilik Denetimi.....	82
E. Gereklilik Denetimi	83
F. Ölçülülük Denetimi	85
1. Elverişlilik İlkesi	86
2. Gereklilik İlkesi	88
3. Oranlılık İlkesi.....	90
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE FESİHİNDE UYGULANACAK İLKELER	91
A. Feshin Son Çare Olması (Ultima-Ratio) İlkesi	91
1. İşverenin İşçiyi Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Başka Bir İşyerinde Çalıştırması	98
2. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılarak İşçinin İşyerindeki İşinin Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Korunması.....	100
a. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik	100
b. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılabilmesinin Şartları.....	103
3. Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Alınabilecek Diğer Tedbirler .	109
B. Sosyal Seçim İlkesi	114
SONUÇ.....	123
KAYNAKÇA.....	131

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
e.t	: erişim tarihi
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBirK	: İsviçre Birleşme Kanunu
İK	: İş Kanunu
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
ILO	: International Labour Organisation
K.	: Karar
Legal İSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: madde

MK	: Medeni Kanun
Mercek	: MESS Mercek Dergisi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
STSK.	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

İşverenin emir ve gözetimi altında ve işverene bağlı olarak çalışan işçilerin, keyfi işten çıkarılmalarını engellemek amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan bir takım düzenlemelerin kabulü yoluna gidilmiştir. Türk İş hukukunda ilk kez 4773 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile işverene, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu getirilmiştir. İş güvencesine yönelik düzenlemeler, 2003 yılında çıkartılan 4857 sayılı İş Kanunu ile de varlığını devam ettirmiştir. Böylelikle, işçinin işini kaybetme korkusunun önüne geçilmesi, işçinin ekonomik zararlardan maddi ve manevi yönden korunması ve işverenin keyfi fesihlerinin hakim tarafından denetlenmesine hizmet edilmesi amaçlanmıştır.

Türk İş hukukunda iş güvencesi hükümleri, tüm işyerlerini ve işçileri kapsayacak şekilde düzenlenmemiştir. Dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için kanun aradığı şartların mevcut olması gerekmektedir. Kanunda öngörülen şartları taşımayan işçilerin iş akdinin feshinde işverenin geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde, hangi nedenlerin geçerli sebep olarak kabul edileceği ve işverenin, iş akdi feshinde geçerli bir sebep bildirmek zorunda olduğu işçilerde aranacak şartların neler olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda Kanununun 18. maddesinde öngörülen geçerli fesih sebepleri, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklı olabileceği gibi, işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklı da olabilmektedir. Tezimizin konusunu "*işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin yargısal denetimi*" olması sebebiyle, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesih sebepleri üzerinde durulmayacaktır.

Geçerli fesih sebeplerinden biri olan işletme, işyeri veya işin gerekleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshine uygulamada sıkça başvurulmaktadır. İşletmesel nedenler; sürümün ve satış olanaklarının azalması, müşterilerin taleplerinin ve

siparişlerinin azalması, enerjide sıkıntıya girilmesi, ülkedeki ekonomik kriz, yeni çalışma yöntemlerinin işyerinde uygulanmaya başlanması, yeni teknolojinin işverenin işyerinde uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin işverence kapatılması, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebeplerdir. İşverenler, işyerinin normal işleyişini olumsuz etkileyen bu gibi durumların söz konusu olması halinde, işletme, işyeri veya işin düzenlenmesi ile ilgili tüm konularda karar alma hak ve yetkisine sahiptir. Bu kapsamda işverenler işletmesinin geleceği için işletmesi ile ilgili kararlar almakta ve bu kararları uygulamaya koymaktadır. İşverenlerin değişen ekonomik ve işletmesel durumlardan kaynaklanan işletmesel kararı sonucunda çoğu zaman işin yürütülebilmesi için işçinin emek ve mesaisine ihtiyaç duyulmamakta ve işçinin çalışmaya devam olanağı ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla da işletmesel karara dayanarak işçilerin iş sözleşmesi işverenlerce feshedilebilmektedir. Her ne kadar İş Kanunu'nda geçerli fesih sebeplerini düzenleyen 18. maddesinde işverenin işletmesel kararına ilişkin özel bir yargısal denetimine ilişkin düzenleme ya da hükme yer verilmemiş ise de, işverenin iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğuran işletmesel kararı, işçilerin feshine karşı mahkemeye başvurmaları durumunda yargı organlarınınca incelenecektir. Yargı organlarınınca, işverenin iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğuran işletmesel kararı, amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi tutulamazken, işletmesel kararın tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı, keyfi davranılıp davranılmadığı, işletmesel karar sonucu iş sözleşmesinin feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönlerinden denetime tabi tutulmaktadır. Böylelikle işverenin işletmesel kararına dayanan iş sözleşmesinin işletme, işyeri veya işin gereklerine dayalı işverence geçerli sebeple feshinin hukuka uygun olup olmadığı yargı organlarınınca değerlendirilecektir.

Ayrıca işçi ile işveren arasındaki sözleşmeye bağlılık ilkesi de dikkate alındığında asıl önemli olan işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin varlığını korumak, feshin ise istisna olmasıdır. İşveren işletmesel kararlar varmak istediği hedefe fesihten başka bir yol ile ulaşılabiliyorsa, işletmesel karara dayanarak yapılmak istenen fesih için geçerli bir nedenin varlığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla işverenin feshe başvurmadan önce, mevcut şartları değerlendirmesi, işletmesi veya işyeri ile ilgili önlemler alması gerekmektedir. Bu kapsamda işverenin, varsa fazla çalışmaları kaldırması, esnek çalışma biçimleri getirmesi, işçiyi başka işte veya işyerinde çalıştırma olanağının olup olmadığını değerlendirmesi, sonucunda da amaca ulaşma olanağının bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. İşveren bu önlem ve değerlendirmelere rağmen, işçinin işyerindeki işini kaybetmesine yine de engel olamıyorsa en son çare olarak feshe başvurması gerekmektedir.

Konunun daha iyi anlatılabilmesi için tezimiz iki ana bölümden oluşmaktadır. Tezimizin ilk bölümünde iş güvencesi hükümlerinin kabulü ile Türk hukukuna yerleşen geçerli sebep kavramına, işçilerin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi için kanunda aranan şartlara, İş Kanunda yer alan geçerli sebep olarak kabul edilemeyeceği özel olarak belirtilen hallere yer verilmiştir. Yine bu bölümde tez konumuzla bağlantılı olan işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerine ilişkin konular incelenmiştir.

İkinci bölümde ise, iş sözleşmesinin işletme, işyeri veya işin gereklerine dayalı işverence geçerli sebeple feshinde hukuka uygunluk esaslarına değinilmiştir. Bu kapsamda; işletmesel karar kavramına, işverenin işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan feshinde yargısal denetime, yargısal denetimin içeriği olan tutarlılık, keyfilik gereklilik ve ölçülülük denetimi ile ölçülülük denetiminin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık alt ilkelerine değinilmiştir. İkinci bölümde ayrıca feshin başvurulacak en son çare olması gerektiği (Ultima Ratio İlkesi) ve iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde uygulanan sosyal seçim ilkesi üzerinde durulmuş, çalışmamızın tüm bölümlerinde yeri geldikçe konu ile ilgili Yargıtay kararları ile doktrindeki görüşlere de özel olarak yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVERENCE FESHİNDE GEÇERLİ SEBEP GÖZETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. GEÇERLİ SEBEP KAVRAMI

4773 sayılı kanundan önceki dönemde işverenin, süreli fesih hakkını kullanarak işçinin iş akdini feshetmesinde bir sebep gösterme zorunluluğu bulunmamaktaydı. Sosyal devlet anlayışı ile ilerleyen yıllarda işçilerin korunması ihtiyacı hissedilmiş, bundan dolayı da işverenin özgürlüğünü sınırlayan kanuni düzenlemelerin yapılması yoluna gidilmiştir. Bu kapsamda, 22 Haziran 1982' de kabul edilen, 23 Kasım 1985 tarihinde yürürlüğe giren İş güvencesi sisteminin temeli niteliğindeki "Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı ILO Sözleşmesi" ülkemizde, 09 Haziran 1994 tarihinde, 3999 sayılı kanunla onaylanmış¹, böylece Türk İş hukukunda da iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin yapılması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

İş güvencesi kısaca, işçilerin keyfi işten çıkarılmalarına karşı geliştirilen, işçinin işini koruyabilmesi amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan haklardan oluşan bir iş hukuku kurumudur. Bu anlamda iş güvencesi; işten çıkarılacak işçiyi işsizlik nedeniyle oluşacak ekonomik zararlardan maddi ve manevi olarak koruma, işçinin işini sürekli kaybetme korkusunun önüne geçerek işçiye ek güvence sağlama, işçi ile işveren arasındaki menfaatlerin sosyal çatışmalara dönüşmesine müdahale etme, fesih hakkının kötüye kullanılmasını engelleme veya hakim tarafından denetlenmesine hizmet eden iş hukuku kurumudur².

¹ RG. 18.06.1994, S.21964.

² Keser, Hakan, **4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2016, s. 62; Subaşı, İbrahim, "İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 7, Eylül 2007,s.46.

158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin sınırlarını, kapsamını ve yöntemini belirlemektedir. Sözleşme kapsamında *“iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işverenin geçerli bir sebebe dayanması gerektiği, geçerli sebep teşkil etmeyen hallerin neler olduğu, sözleşmenin feshinde takip edilmesi gereken usul ve esaslar ile feshi bildirimine itiraz ve geçersiz feshin sonuçları”* gibi konular düzenlenmiştir.

158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmenin 4. maddesinde, *“işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez”* hükmüne yer verilmiş, sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde ise iş akdine son vermek için geçerli sebep sayılmayacak durumlar düzenlenmiştir.

Hukukumuzda da 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesine paralel nitelikte olan 4773 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi³ ile ilk kez iş güvencesi kapsamındaki işçilerin işveren tarafından keyfi işten çıkarılmalarını engellemek amacıyla geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu getirilmiş, böylece keyfi fesihler önlenmek istenmiştir⁴. Daha sonra iş güvencesine yönelik düzenlemeler Türk Hukuk sisteminde 2003 yılında çıkartılan 4857 sayılı İş Kanunu⁵ ile de varlığını devam ettirmiştir. Geçerli sebep kavramına 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 4. maddesine paralel nitelikte olan 4857 sayılı İş Kanunu m. 18 / I' de değinilmiştir⁶. Düzenlemeye göre *“...belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”*. Bu kapsamda geçerli fesih sebepleri,

³ RG. 15.08.2002, S. 24847

⁴ Mollamahmutoğlu, Hamdi /Astarlı, Muhittin /Baysal, Ulaş; **İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası**, Ankara 2014, s.983; Güzel, Ali, *“İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima-Ratio İlkesi ve Esasları”*, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005, s.59.

⁵ RG. 10.06.2003, S. 25134; Demir, Cuma Arif, *“Fesih Nedenleri, Geçerli-Haklı Neden Ayrımı”*, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.91, S. 4, 2017, s.18.

⁶ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.983; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim; **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, s.185; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nursen/ Canbolat, Talat; **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 29. Bası, Beta Yayın Evi, İstanbul 2016, s. 377; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut; **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008, s.197; Keser, s.63.

“işletme gerekleri” olarak özetlenebilen işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ile “işçiye ilişkin nedenler” olarak nitelenen işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler olarak iki gruba ayrılmıştır. Avrupa Birliği ülkelerindeki iş güvencesi sisteminde de aynı şekilde geçerli fesih sebepleri bu iki temele dayandırılmıştır⁷.

Özetle, işçinin iş sözleşmesini hukuken kabul edilebilecek meşru ve makul bir sebep olmamasına rağmen, iş sözleşmesinin keyfi olarak sona erdirilmesinin engellenmesi böylece iş ilişkisinde devamlılığın sağlanması amacıyla işçinin feshine karşı korunması amaçlanmıştır. Bu kapsamda da, işçilerin iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda işverenlere, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu getirilmiştir. Aksi halde mahkemelerce yapılacak yargılama neticesinde işverenler, feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesi kararıyla karşı karşıya kalacaklardır.

II. GEÇERLİ SEBEP -HAKLI SEBEP AYRIMI

158 sayılı ILO Sözleşmesi düzenlemesi ile örtüşen 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinin birinci fıkrasında, *“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda”* olduğu hüküm altına alınmıştır.

⁷ Gülsevil, Alpagut, *“Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”* İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, **İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı İstanbul**, Galatasaray Üniversitesi – İstanbul Barosu, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.88; Süzek, Sarper; **İş Hukuku**, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017, s.586.

Bu hüküm ile işverenin, işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalıştırması halinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve en az altı aylık kıdemi olan işçinin, iş akdinin feshedilebilmesi için, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. İş sözleşmesi feshedilen işçi, işverenin fesih bildiriminde herhangi bir sebep gösterilmediğini yahut gösterilen iş akdi fesih sebebin geçerli bir sebep olmadığını belirterek, işverene karşı fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren bir aylık hak düşürücü süre içerisinde işe iade talebiyle arabulucuya⁸ başvurma hakkına sahiptir⁹.

Doktrinde geçerli sebep; işletmeye, işyerine zarar vermeksizin “iş ilişkisinin devamını olanaklı kılmayacak ağırlıkta bir neden¹⁰” olarak tanımlandığı gibi, “iş sözleşmesini hemen sona erdirmeyi gerektirecek ağırlıkta olmayan fakat işçinin iş görme borcu üzerinde ciddi olumsuz bir etki oluşturarak gerektiği şekilde işin ifasına imkân vermeyen sebep”¹¹; haklı bir fesih nedeni oluşturacak ağırlıkta olmamakla birlikte, işverene bildirim sürelerine uyarak belirsiz süreli iş sözleşmesine son verme

⁸ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun m.2/1-b göre; “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemine” arabuluculuk denmektedir. Arabulucu ise, m. 2/1-a; “Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi” ifade etmektedir.

⁹ 25.10.2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan, 12.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte iş hukukunda zorunlu arabuluculuk düzenlemesine yer verilmiştir. Bu yeni düzenleme ülkemizde 01.01.2019 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Kanununun 3. maddesi; bireysel ve toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi alacakları(ücret, fazla mesai, hafta tatili, kıdem, ihbar, yıllık ücretli izin gibi) ile işe iade taleplerinde dava açmadan önce arabulucuya başvuruda bulunulmasının dava şartı olduğunu kabul edilmiştir. Bu sebeple tarafların arabulucuya başvuruda bulunmaksızın doğrudan dava açılması durumunda usulden reddine karar verilecektir.

¹⁰ Ertekin, Özkan, **İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları**, Ankara, 2012, Adalet Yayın Evi s. 504; Demir, Deniz, “*Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı*”, Karar İncelemesi, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2007/3, S. 14, s. 16; Mollamahmutoglu/ Astarlı/ Baysal, s.984; Demir, Cuma Arif, s. 19; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.387.

¹¹ Ulucan, Devrim “*4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı*” İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, **İş Güvencesi Temel Kavramlar Ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul 2003 s.25; Çankaya, Osman Güven/ Günay, Cevdet İlhan/ Göktaş, Seracettin, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, 2. Bası, Ankara 2006, s.64.

olanağı tanıyan neden¹² ; işverenin fesih hakkını kötüye kullanması kapsamına girmemek üzere hukuken meşru ve makul nitelikte kabul edilebilecek tüm nedenlerdir.¹³

Özetle, işyerinden kaynaklanan veya işçinin kendisinden kaynaklanan sebeplerle işçinin iş görme borcunu ciddi biçimde olumsuz etkileyen ve gerektiği şekilde yerine getirmesine imkan vermeyen, bu şartlar altında iş ilişkisini sürdürmesinin işveren bakımından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği hallerde gerçekleştirilen feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmektedir¹⁴.

Bu kapsamda geçerli sebep ile haklı sebeple fesih kapsamında giren nedenleri birbirinden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak gerekmektedir. İş kanununun 18. maddesi ile hüküm altına alınan, işçinin kişiliğinden, yeterliliğinden veya işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli sebepler, kanununun 25. maddesinde belirtilen nedenlerden kadar ağır olmayan ancak işin ve işyerinin işleyişini olumsuz yönde etkileyen nedenlerdir. Nitekim, İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde *“...geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir¹⁵”* ifadeleriyle geçerli sebep kavramı açıklanmıştır. Öğretide de kabul edilen görüşe göre geçerli sebep, İş Kanun 25.

¹² Centel, Tankut, “4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu (Konferans Notları)”, İstanbul, **Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını**, İstanbul 2003, s. 18.

¹³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.984.

¹⁴ Keser, s.65.

¹⁵ <https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is-kanunu-yenilenmis-4-baski/pdf-is-kanunu-yenilenmis-4-baski.pdf>, e.t:10.02.2019

maddesinde düzenlenen haklı nedenle fesih gerekleri kadar ağır olmamakla birlikte, iş sözleşmesine hemen son vermeyi gerektirecek nitelikte olmayan fakat işin normal işleyişini bozan işyerini olumsuz yönde etkileyen, işin gerektiği gibi ifasına engel olan haller olarak tanımlanmaktadır¹⁶.

Kısaca, işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisinin devam etmesinin işveren tarafından makul ölçüler içinde beklenemeyecek durumda olması halinde, gerçekleştirilen feshin geçerli sebebe dayandığının kabulü gerekecektir. İş kanun 25. maddesi kapsamında haklı sebep oluşturan her durumda aynı zamanda fesih için geçerli sebepte oluşmaktadır. Buna karşın fesih için geçerli sebebin bulunduğu her durumda haklı nedenin varlığı her zaman için mümkün olmayabilir.

İş Kanununda geçerli sebebe ilişkin somut bir tanımlamanın yapılmamış olması nedeniyle, hakime geçecek bütün şatları ve taraflar arasındaki menfaat dengesini de dikkate alarak karar verme olanağı tanımaktadır. Böylece hakim, her somut olaya göre, taraflar arasındaki iş ilişkisinin niteliği ve özelliğini de dikkate alarak, iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden gösterilip gösterilmediği, dayanak olarak gösterilen geçerli sebepler ile işçinin işyerinde yürüttüğü iş arasındaki illiyet

¹⁶ Tuncay, A. Can, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 2003 Sayısı, s.6; Subaşı, s.47; Kar, Bektaş, **İş Güvencesi ve Uygulaması**, Genişletilmiş, Yenilenmiş ve Son İlke Kararları Eklenmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s.343; Demir, Deniz, s.18; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.984; Y.9.HD., E. 2005/34, K.2005/2720, T.31.01.2005 "Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının işverenin diğer işçisine sen kim oluyorsun, sendikalıları zorla istifa ettiriyorsun, sen bizim kim olduğumuzu biliyor musun şeklinde sözler sarf eden işverenin işçilerinden Z'ın yanında yer aldığı anlaşıldığından davacının bu davranışları haklı feshi gerektirmese de geçerli fesih nedeni olduğundan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır" Aynı Dairenin E.2004/30102, K.2005/20420, T.06.06.2005 kararı "Davacının 24.06.2004 Cumartesi ve 26.06.2004 Pazartesi günleri işe gelmediği aradaki 25.06.2004 tarihinin hafta tatili olduğu, böylece devamsızlığın ardı ardına 2 işgününü takip etmediği anlaşılmaktadır. Davacı hasta olduğunu ve işverenden izin aldığını iddia etmesine rağmen bu konuda herhangi bir kanıt sunmamıştır. Aksine dinlenen tanıklar devamsızlığı doğrulamışlar, davacı tanığı da sadece 26.06.2004 tarihinde davacıyı rahatsızlığı nedeni ile ziyaret ettiğini beyan etmiştir. Buna göre haklı fesih nedeni gerçekleşmemiş ise de geçerli fesih nedeni mevcuttur. Davacının işe iade isteğinin bu nedenle reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü hatalıdır"(Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.65 dn.64).

bağının olup olmadığı, gösterilen nedenin geçerli olup olmadığını hakkaniyete uygun olarak değerlendirecektir¹⁷.

III. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE İŞ GÜVENCESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

4857 sayılı İş Kanun uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için;

- İşçinin iş kanununa ve basın iş kanununa kapsamında çalışması
- İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışması
- Çalışan işçi sayısının en az otuz kişi olması,
- İşçinin en az altı aylık kıdemini olması,
- İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile; işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmama koşulları gerekmektedir.

Özetle, İş Kanununa ve Basın İş Kanunu kapsamında olan bir iş yerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi sayısı otuzun altında ise ya da otuzun üstünde olmakla birlikte kıdemi altı aydan az ise, ya da işyeri iş kanunu kapsamında değilse iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep aranmayacaktır¹⁸. Diğer yandan İş Kanununa tabi bir iş yerinde çalışan işçi sayısı otuzun üzerinde ve işçinin kıdemi altı aydan fazla olsa bile, kanunda belirtildiği gibi özellik arz eden nitelikte işveren vekili ve yardımcısı sıfatıyla çalışıyor ise, bu işçinin iş akdinin feshinde de geçerli sebep aranmayacaktır.

¹⁷ Keser, s.65; Güzel, Ultima Ratio, s.61.

¹⁸ 5953 Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun m.6/son fıkrası, bu kanuna tabi çalışanlara "İş Kanununun, 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyasen uygulanacağını" hüküm altına alınmıştır.

A. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışma

İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, işçinin iş sözleşmesini geçerli bir nedene dayanarak işveren tarafından feshedebilmesi için, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekmektedir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi, İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Kanuna göre, *“iş ilişkisinin belirli bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”* düzenlemesi ile belirsiz ve belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Kanun ile işçileri koruyabilmek amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma serbestîsi işveren açısından sınırlandırılmış ve bu tür sözleşmelerin kurulabilmesini objektif koşulların varlığına bağlı tutmuştur. Objektif koşullar ise, işin özelliğinden dolayı belirli süreli olması veya belirli bir işin tamamlanmasına veyahut belirli olgunun ortaya çıkmasına yönelik olmasıdır¹⁹. İş sözleşmesinin tarafları belirli bir süre belirtmek suretiyle iş sözleşmesi yapsalar dahi, kanun aradığı objektif koşulların mevcut olmaması halinde sözleşme belirsiz süreli sayılmakta ve bu tür iş sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim kapsamında hüküm ve sonuç doğurur²⁰.

Yukarıda daha önce açıklandığı üzere, belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesih sürecinde işverenin geçerli sebebe dayanma zorunluluğu mevcut iken belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işverenin geçerli sebebe dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır²¹. Nitekim, belirli süreli iş

¹⁹ Süzek, Sarper, İş Hukuku, s.250; Çelik /Canikoğlu/Canbolat, s. 129; Özkaraca, s. 152.

²⁰ Süzek, İş Hukuku, s.250; Ekonomi, Münir, *“Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”*, **İş Kanunu Toplantı Dizisi**, I. TÜSİAD, İstanbul 2005, s.41; Tuncay, A. Can, *“Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları”*, **İş Kanunu Toplantı Dizisi, IV**, TÜSİAD, Aralık 2007, s.18, Keser, s.80.

²¹ Manav, Eda, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçeriz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s.49-50; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi s.41; Günay, Cevdet İlhan, *“Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi”*, **A. Can Tuncay’a Armağan**, 2005, s.184.

sözleşmesi kapsamındaki işçilerin, iş sözleşmeleri belirli sürelerin sonunda kendiliğinden sona ermekte ve süre devam ederken bildirimli fesih yoluyla feshedilemediklerinden bu tür sözleşmelerin sona erdirilmesinde geçerli sebebe dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır²².

B. Otuz Veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

İşverenin keyfi işten çıkarmalarını engellemek amacıyla geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğuna ilişkin getirilen iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalışması gerekmektedir.

4733 sayılı yasa döneminde iş güvencesine tabi işçi sayısının belirlenmesinde 10 işçi ölçütü esas alınmışken, bu sayı 4857 sayılı kanun da en az 30 işçiye çıkartılmıştır²³. İş Güvencesi sistemini uygulayan ülkelerden İtalya'da bu sayı 15, Fransa'da 11, Almanya'da 10, Avusturya'da 5 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinin iş güvencesi kapsamına gireceği yönünde kabul edilmiştir²⁴. İş güvencesi sistemini uygulayan bu ülkelerde öngörülen işçi ölçütü, Türkiye'ye göre daha düşük tutulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen en az otuz işçi çalıştırma şartı ile bu sayıdan az işçi çalıştırmakta olan işyerlerini, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin dışında tutmak, ekonomik olarak zayıf küçük işletmelerin iş güvencesinin getirdiği yükü kaldıramama rizikosunu engellemek maksatlıdır²⁵. 158 sayılı ILO Sözleşmesi ile de, işletmenin büyüklüğü ve niteliği bakımından önemli sorunların söz konusu olması durumunda işverenin işyerinde çalışan işçilerin bir kısmının iş güvencesini

²² Keser, s.79.

²³ Çelik, Nuri, "İş Güvencesi Kapsamı İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 12, Y.6 Güz 2007/2, s.4; Ertekin, s.191; Çankaya/Günay/Göktaş, s.199; Süzek, İş Hukuku, s.573.

²⁴ Süzek, İş Hukuku, s.573; Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.199; Tuncay, Geçerli Neden, s.19; Krichel, Ulrich, "Alman İş Hukukunda İşyeri Gerekerinden Kaynaklanan Nedenlerle Fesih ve Sosyal Tercih", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.5, Mart 2007, s. 177.

²⁵ Süzek, İş Hukuku, s.574.; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.34; Çankaya/Günay/Göktaş, s.197, Keser, s.70; Çelik, Otuz İşçi, s. 3; Çelik /Canikoğlu/Canbolat, s.378.

düzenleyen hükümlerden yararlanması bakımından kapsam dışında tutulabileceği öngörülmüştür²⁶.

4773 sayılı kanun, işçi sayısının belirlenmesi ile ilgili olarak yalnızca işyerini esas almışken, 4857 sayılı İK. ise, otuz işçi sayısının belirlenmesinde işverenin aynı iş kolundaki işyerlerini dikkate almaktadır²⁷. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununun m.18/IV fıkrasında “İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir” hükmü yer almaktadır. Kanunun bu hükmü ile işverenlerin iş güvencesine ilişkin hükümlerden kaçabilmek maksatlı işçilerini, her bir işyerinde otuzdan az sayıda işçi çalıştırmak suretiyle bölmesinin engellenmesi amaçlanmıştır²⁸. Doktrinde, işyerinde

²⁶ 158 Sayılı ILO madde 2 “İşçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan sınırlı bir kategori, gerektiği takdirde, bir ülkedeki yetkili makam veya uygun bir kuruluşça, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra bu sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakabilir”. Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.199.

²⁷ Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.199, Süzek, İş Hukuku, s.575; Odaman, Serkan, “Yurt Dışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 6, Haziran 2007, s.84.

²⁸ Kılıçoğlu Mustafa/ Şenocak Kemal; **Prof. Dr. Turhan Esener’in Önsöz’üyle İş Kanunu Şerhi**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2013, s.279; Evren, Öcal Kemal, **İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı**, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, 2015, s. 104; Centel, Tankut; **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.41; Kılıçoğlu, Mustafa “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Analitik Yorumu”, **Yargıtay Dergisi**, C. 31, S. 3, Temmuz 2005, s. 341; Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.200; Kılıçoğlu, Mustafa “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Yorumu”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005, s.465; Süzek; İş kanunu işçi sayısının tespitinde, işverenin aynı il sınırları içerisindeki işyerlerini değil, aynı işkolunda olmalarını aramaktadır. Dolayısıyla otuz işçi sayısının hesaplanmasında aynı işkolunda faaliyet gösteren yurt dışındaki işçilerinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir (Süzek, İş Hukuku, s.575). Yargıtay 9. HD., E. 2009/46271 K. 2011/131 T. 24.01.2011 tarihli doktrinde çok tartışma yaratan kararında ise; “Dosya içeriğine göre davalı şirketin unvanı olan Herbalife’nin doğrudan satış sisteminin dünyadaki en büyük şirketlerinden biri ve 66 ülkede faaliyette bulunduğu, Türkiye’de aktif distribütör (dağıtıcı) sayısının 57 olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle yasanın büyük ölçekli işverenleri esas aldığı dikkate alındığında, Ulu slararası çalışan ve Türkiye’de şubesi bulunan bir şirketin bu şubede çalışan işçisini Türkiye’deki işyerinde çalışan işçi sayısının 30 işçiden az olduğu gerekçesi ile iş güvencesinden yoksun bırakılması yasanın gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlandığı kabul edilerek, feshin geçerli olup olmadığı konusunda işin esasına girilmeli, bu konuda tarafların delilleri toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır.” <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2009-46271-k-2011-131-t-24-01-2011> (21.01.2018), Tuncay, Geçerli Neden, s.19, yazara göre; 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının başka ülkelere teşmil etmeyeceği, iş sözleşmesine ilişkin yasaların uygulanmasında ülkesellik ilkesinin geçerli olduğu gerekçesi ile Yargıtay’ın bu görüşünü uygun bulmamaktadır.

en az otuz veya daha fazla işçinin çalışması koşulunun hangi zamana göre belirleneceği hususu tartışma konusu yapılmıştır. Otuz işçi sayısının belirlenmesinde işçinin iş akdinin feshedildiği tarihteki işyerinde çalışan işçi sayısına bakılması gerektiği yönünde görüşler²⁹ olduğu gibi, işletmenin kapasitesine göre otuz işçinin çalıştırılmasının gerekli olduğunun tespitinin yeterli sayılması gerektiği yönündeki Alman hukukunda kabul gören durumun, Türk hukukunda da kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşlerde³⁰ bulunmaktadır. Doktrinde bu görüşü kabul edenler, işverenin işyerinde otuz işçi çalışmakta iken işçilerden birinin ölmesi sebebiyle iş ilişkisinin sona ermesi durumunda kalan yirmi dokuz işçinin iş güvencesi kapsamı dışında olduğunun, işyerinde iş güvencesini düzenleyen hükümlerin uygulanmayacağına kabul edilmesinin doğru bir çözüm yolu olmayacağını belirtmektedirler. Yargıtay'ın kararları ise, Alman Hukukunda kabul gören bu durumun tam tersi yönde, işçinin iş akdinin feshedildiği tarihteki işyerinde çalışan işçi sayısına bakılması gerektiği yönündedir³¹.

Yargıtay'ın emsal kararlarında aşağıda belirtilen bazı kriterlere yer verildiği görülmektedir;

“Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirim yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor

Yine aynı yönde bkz. Odaman, s.85 vd.; Taşkent, Savaş, “Otuz İşçi Ölçütü ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.721, yazar; Otuz işçi sayısının hesabında işverenin yurt dışında bulunan işyerlerinin de dikkate alınmasının önemli bir işkolu sorunu oluşturacağını belirtmektedir. Keser s.74, ise, işçi sayısının hesabına yurt dışındaki işçilerinde katılması gerektiği görüşündedir.

²⁹ Kandemir, Murat, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Y.III, S.6, Eylül 2005, s.274; Süzek, İş Hukuku, s.576; Tuncay, Geçerli Neden, s.20; Keser, s.76; Kılıçoğlu, Analitik Yorum, s. 343.

³⁰ Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.199; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.37 vd. ; Günay, Cevdet İlhan, İş Güvencesi, s.182; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi s.282.; Ekonomi, Münir, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003, s.4.

³¹ Yargıtay 22. HD., E. 2014/6783 K. 2014/7919 T. 10.4.2014, 22. HD., E. 2015/34681 K. 2016/889 T. 18.1.2016.

olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar”³² tespitleri ile Yargıtay otuz işçi sayısının belirlenmesindeki kıstas ve kriterlere ayrıntılı bir şekilde yer vermiştir.

C. Altı Aylık Kıdem Şartı

4857 sayılı İş Kanununun 18/I fıkrası uyarınca, en az altı aylık kıdem koşuluna sahip olan işçide iş güvencesini düzenleyen hükümlerinden yararlanabilecektir. Kanundaki düzenlemenin amacı ve anlamı, işçiye en az altı ay süre çalışması koşuluyla feshe karşı koruma sağlamak, işverene de bu süreçte işçiyi tanıma, tecrübe etme imkânı sağlamaktadır. Kural olarak kıdem başlangıcı, hizmet akdinin işçi ile yapıldığı tarih değil, işçinin fiilen işe başladığı gündür³³. Alman Feshe Karşı

³² Benzer yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 9. HD., E. 2014/35478, K. 2015/6290 T. 12.2.2015, Yargıtay 9. HD., E. 2008/28790, K. 2009/14187 T. 25.05.2009, Yargıtay 9. HD., E. 2007/27699, K.2008/6006 T. 24.03.2008.

³³ Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.203; Günay, İş Güvencesi, s.185; Kandemir, s.270; Keser, s.84.

Koruma Kanununun 1. maddesine göre de, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu tarih değil, işçinin taraflarca kararlaştırılan işe başlama tarihi kıdem süresinin başlangıcı kabul edilmektedir. İşçinin işe başlaması gereken tarihte işverenin ifayı kabulde temerrüde düşmesi halinde kıdem süresinin başladığı kabul edilmelidir. Buna karşın, işçin kendinden kaynaklanan bir kusur nedeniyle işe başlamamış olması halinde, kıdem süresi işlememektedir³⁴.

Kıdem süresinin hesabında önemli olan işveren tarafından iş akdi fesih bildiriminin işçiye yapıldığı tarihte işçinin İş Kanununa tabi olmasıdır. Kanun 18. maddesi dördüncü fıkrasında ise, *“İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir”*³⁵. hükmü yer almaktadır. Doktrinde kabul görmüş görüşe göre; altı aylık kıdem süresinin hesabında, işverenin farklı işyerlerinde çalışan işçinin aynı iş kolunda çalışmış olması aranmamakta, işyerinde geçirilen sürelerin toplamı göz önünde tutulmaktadır³⁶. Alman hukukunda, Feshe Karşı Koruma Kanununda açıkça, aynı işyeri veya işletmede “kesintisiz” olarak geçirilen altı aydan fazla süre ifadesine yer verilmesine karşın³⁷, Türk İş Hukukunda kanunda bu yönde açık bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, işverenin aynı veya farklı işyerlerinde çalıştığı süreler ile aynı iş yerinde aralıklarla çalışması diğer bir ifadeyle hizmet akdinin kesintilerle devam etmesi halinde de geçen süreler birleştirilerek hesap edilir³⁸.

³⁴ Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.42; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.284; Keser, s.84.

³⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> ; Yargıtay 7. HD., E. 2014/17207 K. 2015/797 T. 28.1.2015; “4857 sayılı Kanunda bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır.” <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2014-17207-k-2015-797-t-28-1-2015> e.t:03.08.2019

³⁶ Keser, s.84; Çelik /Canikoğlu/Canbolat, s.384.

³⁷ Krichel, s.177.

³⁸ Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.204; Süzek, İş Hukuku, s.578 vd.; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.43; Tuncay, Geçerli Neden, s.19.; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.283, 286; Kandemir, s.270 ; Keser, s.83; Evren, s. 104 ; Mollamahmutoğlu, Hamdi, **İş Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitapevi Ankara, 2008, s. 118; Çelik /Canikoğlu/Canbolat, s.384.

İş Kanunda altı aylık sürenin kesintisiz çalışmayı gerektirdiği hususuna ilişkin bir hükmün yer almaması sebebiyle aralıklı çalışmalarda dikkate alınacaktır. Mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlar gibi diğer aralıklarla çalışanlarında askı dönemleri kıdem süresine eklenmemek koşuluyla altı aylık iş güvencesi koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenecektir³⁹.

İş Kanununun 18/II. fıkrasında, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında yasanın 66. maddesi kapsamındaki sürelerin dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁰. Burada önemli olan husus, günlük çalışma sürelerinden sayılan hallerden ziyade İş Kanununun 55. maddesi kapsamında çalışılmış gibi sayılan sürelerin altı aylık kıdem hesabında dikkate alınması gerektiğidir⁴¹.

İşçinin iş sözleşmesinde deneme süresi kabul edilmişse, işçinin deneme süresinden sayılan bu sürelerde işçinin kıdem hesabında dikkate alınacaktır⁴².

³⁹ Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.204.

⁴⁰ İK. m.66 "Aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır: a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler. b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler. c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler. d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler. e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler. f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler. İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz"

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> e.t: 10.02.2019.

⁴¹ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.283; Keser, s.82; Mollamahmutoglu, s. 718; Süzek, İş Hukuku, s.578; Günay, İş Güvencesi s.186; Kılıçoğlu, İş Kanunu Yorumu, s.463; Ekonomi; İş Kanun 18. maddesinde yer alan "altı aylık kıdem hesabında bu kanunun 66. maddesindeki süreler dikkate alınır" hükmünün isabetli olmadığı, hatalı yoruma sevk edeceği, nitekim, kanunun 66. maddesi gereği sözü edilen süreler işçinin çalışma süresinden sayılmaktadır. Ayrıca kanunun 18. maddesinde bu sürelerin kıdemden sayılacağına ilişkin açıklamada bulunmak, bunlar dışında işçinin fiilen çalışmadığı sürelerin işçinin hastalık, izinli ve diğer durumlarda kıdem hesabına katılmayacağı şeklinde bir yoruma götürebileceği görüşündedir (Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.43).

⁴² Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.205; Günay, İş Güvencesi, s.185; Keser, s.85.

Yargıtay'ın, işçinin ileride yürüteceği iş ile ilgili belirli bir mekanda eğitilmesi, eğitime bağlı olarak eğitim süresinde fiilen çalışma yapılmaması, eğitim sonrasında ise, işçinin SGK girişinin yapılması durumunda, söz konusu eğitimin sözleşme öncesi işveren bilgilendirmesi niteliğinde olması sebebiyle, işçinin çalışma öncesi aldığı eğitim süresinin kıdemden sayılmaması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁴³.

İşyerinin veya iş sözleşmesinin devredilmesi halinde, İş Kanununun 6. maddesi 2 fıkrasına göre; devralan işverenin, işçinin devreden işverende işe başladığı tarihi dikkate alma yükümlülüğü bulunduğundan, altı aylık kıdem hesabında devreden işveren yanında işe başladığı süreyi göz önünde tutması gerekmektedir⁴⁴. Ancak devirden önce işçinin iş sözleşmesi kıdem ve ihbar tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiş ve işçi daha sonra devralan işveren nezdinde çalışmaya başlamış ise, devreden işveren nezdinde geçen çalışma süreleri kıdem hesabında dikkate alınmayacaktır⁴⁵.

Çıraklık ilişkisi, İş Kanununun istisnalar başlıklı 4. maddesi kapsamında yer aldığından, altı aylık kıdem süresinin hesabında çıraklıkta geçirilen süreler dikkate alınmazlar.

⁴³ Y. 22. HD., E. 2011/14966, K. 2012/12869, T.08.06.2012; "Somut olayda davacı 02.10.2006-30.03.2007 tarihleri arasında paketleme teknisyeni olarak çalışmıştır. Davacı işverence sözleşmenin imzalandığı 16.08.2006 tarihinden 01.10.2006 tarihine kadar eğitim programına alınmıştır. Buna ilişkin bir sözleşme yoktur. Belirtilen tarihler arasında, davacının ileride yürüteceği iş konusunda işverence belli bir mekânda eğitildiği, bu zaman zarfında fiilen çalışmadığı sabittir. Eğitim sonrasında SGK girişi 02.10.2006 tarihinde yapılmıştır. Söz konusu eğitim sözleşme öncesi işveren bilgilendirmesi niteliğindedir. Yapılan işin gıda üretimine ilişkin ağır ve tehlikeli olması en küçük beceri eksikliğinde işçinin çalıştığı paketleme bandında ciddi kazalara yol açma riskinin büyük olması sebebi verilen eğitimde başarısız olan davacının çalışma öncesinde aldığı eğitim süresi kıdemden sayılmamalıdır. İşçinin fiilen çalışması SGK kayıtlarında yer aldığı gibi 02.10.2006-30.03.2007 tarihleri arası çalışmaya ilişkindir. Davacının kıdemi beş ay yirmi dokuz gün olarak altı ayın altında kalmaktadır. Davacının iş güvencesinden yararlanma şartı gerçekleşmemiştir. İşe iade talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"

<http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/karar/ise-iade-davasi-o-alti-aylik-kidem-o-egitim-donemi-fasilali-calisma/y2GE> e.t: 10.02.2018.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, Münir/ Eyrenci, Öner "Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, C.II, s.1221-1223; Süzek, İş Hukuku, s.577; Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.209; Tuncay, Geçerli Neden, s.19; Soyer, Uygulama Sorunları, s.36; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.287; Keser, s.85.

⁴⁵ Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.209.

Holding yahut şirketler topluluğu bünyesindeki farklı tüzel kişiliğe haiz şirketlerin işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesi mümkün değildir. Çünkü holding bünyesinde yer alan şirketler, işçi karşısında ayrı bağımsız birer işverendir⁴⁶.

Kesintisiz bir şekilde sürdürülen çalışmalar bakımından, işçinin işe başladığı ayın gününden başlanarak hesaplanan altıncı ayın aynı günü altı aylık kıdem gerçekleşmiş olmaktadır⁴⁷.

Kıdem süresinin hesabında fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarih esas alınması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle işçi fesih bildirim süresi içerisinde çalıştırılmış olsa bile bu süreler kıdem hesabında dikkate alınamazlar⁴⁸.

Kanunun aradığı en az altı aylık kıdem bulunmasına ilişkin süresinin nispi emredici nitelikte olması, bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle işçi lehine kısaltılabilmesine veya tamamen kaldırılabilmesine olanak vermektedir. Buna karşın bu süre sözleşme ile uzatılamaz⁴⁹.

İşveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin, altı aylık kıdem süresi dolmadan iş akdinin feshedilmesinde, işverenin yalnızca İş Kanununun 17. maddesindeki bildirim sürelerine uyması yeterli olup, geçerli bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁰. Ancak işçinin feshe karşı koruyucu hükümlerden yararlanmasını engellemek amacıyla, işçinin iş sözleşmesini altı aylık sürenin

⁴⁶ Süzek, İş Hukuku, s.577; Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.209; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.44; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.287; Keser, s.86; Soyer, s. 37; Centel, İş Güvencesi, s.48.

⁴⁷ Günay; işçinin işe başladığı tarihten itibaren altı aylık süresinin geçmiş olmasının yeterli olmadığını, bir başka ifadeyle, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe başladıktan sonra aldığı uzun süreli rapor sonucu işe gelmemesi halinde iş sözleşmesinin aslında askıda olduğunu, bu sebeple sürenin, altı aylık kıdemden sayılmayacağı görüşündedir(Günay, İş Güvencesi, s.185).

⁴⁸ Süzek, İş Hukuku, s.578; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.43; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.284; Keser, s.87; Soyer, s.33; Çelik /Canikoğlu/Canbolat, s.383.

⁴⁹ Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.42; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.283-287; Mollamahmutoğlu, s. 719; Keser, s.80.

⁵⁰ Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.44; Subaşı, s.47.

bitmesine yakın bir süre kala feshedilmesi, dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kılınabilir⁵¹.

D. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak

158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun olarak İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrasında da işverence geniş temsil yetkisi verilenler, iş güvencesinin uygulanma alanı dışında bırakılmışlardır. İş Kanununun 18. maddesinin beşinci fıkrasına göre bu kişiler;

- İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile,
- İşyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir⁵².

⁵¹ Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.283; Kandemir, s.271; Keser, s.88; Y. 9. HD., 2009/30688 E., 2010/29172 K. 15.10.2010 T. “Somut olayda, davacının 15.10.2008 tarihinde işe başladığı ve iş sözleşmesinin 13.4.2009 tarihinde sona erdiği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, 6 aylık kıdeminin dolmasına 2 gün kala iş sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Borçlar Kanununun 154.maddesinde yer alan “şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnü niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur” kuralına göre işverence iyiniyet kurallarına aykırı olarak 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleşmesi engellenmiş ise, şartın gerçekleştiği kabul edilerek davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında düşünülmesi gerekecektir. Davacı işçi, tasarımlar mühendisi olarak işini yapması için gereken programların alınmadığını bu nedenle yapılan feshin iyiniyetli ve geçerli olmadığını ileri sürmüştür. Mahkemece işyerinde 6 aylık kıdemi doldurmadan işçi çıkarılmasına ilişkin genel bir uygulamanın bulunup bulunmadığı, fesihten sonra yeni işçi alınıp alınmadığı gibi hususlarla birlikte işverenin kötü niyetli olup olmadığı etraflıca araştırılarak, tarafların bu konudaki delilleri toplanarak sonucuna göre davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2009-30688-k-2010-29172-t-15-10-2010_e.t: 04.05.2019; Y. 9. HD. 2012/35856 E., 2013/10606 K., 01.04.2013 T. “Somut uyuşmazlıkta 26.01.2011 tarihinde işe başlayan davacının iş sözleşmesi 25.07.2011 tarihinde, ay olarak süreye vurulduğunda 5 ay 29 gün sonra davranışlarından kaynaklanan nedenle, ancak savunması alınmadan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca feshedilmiştir. Öncelikle davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilip, savunması alınmadığından geçerli nedene dayanmadığı gibi altı aylık kıdem koşuluna bir gün kala iş sözleşmesinin bu şekilde feshi dürüstlük kuralına aykırıdır. Davalının davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile hareket ettiği açıktır. Diğer taraftan davacının başlangıç olan 26.01.2011 tarihi ile fesih bildiri yapılan 25.07.2011 tarihinde çalıştığından, altı aylık kıdeme sahip olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarı ile mahkemece davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir” https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=49&t=45897_e.t:05.05.2019.

İş Kanununun 18. maddesinin son fıkrasında, işveren vekillerine m.18, m.19, m.21 ile 25'inci maddenin son fıkrasının uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Bu kapsamda iş güvencesinden yararlanamayacaklar işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri ve yardımcılarıdır. İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları için kullanılan unvanın herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Genellikle işveren vekillerine "genel müdür" ve "genel müdür yardımcısı" gibi unvanlar verilmektedir. Verilen bu unvanlar tek başına bu kişilerin iş güvencesi kapsamı dışında tutulması sonucunu doğurmamaktadır. Asıl önemli olan husus, kendilerine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işverene ait işletmenin bütününe yönetip yönetemedikleridir⁵³.

Yargıtay konuyla ilgili kararında şu hususlara yer vermiştir;

"İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününe yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir... Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacının satış kordinatörü olarak genel kordinatöre bağlı şekilde çalıştığı sabittir. Ancak dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işletmenin bütününe yöneten ve işçiyi

⁵² <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>.

⁵³ Süzek, İş Hukuku, s.582; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.44; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.288; Günay, İş Güvencesi s.187; Çankaya/Günay/Göktaş, s.214 vd.; Keser, s.90; "Somut olayda, işyerinin işletme bazında olduğu ve davacının Genel Müdür Yardımcılığı görevinde bulunduğu, banka acentelerinden sorumlu olduğu, bu şekilde işletmenin bütününe sevk ve idare eden konumda olduğu, işletme bazında sorumluluğu nedeni ile burada işe alma ve işten çıkarma yetkisinin aranmayacağı, davacının işveren vekili sıfatını taşıdığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz" (Yargıtay 9.HD., 2005/21058 E., 2005/30347 K., 19.09.2005 T., <http://www.calismatoplum.org/sayi7/yargitay7.htm> e.t:15.02.2018).

işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahip bir işveren vekili konumunda değildir. Davacı iş güvencesi kapsamında kalmakta olup işverence yapılan fesih geçersizdir⁵⁴.”

İşyerinin bütününe yöneten ve aynı zamanda işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahip bulunan işveren vekilleri de iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanamazlar. İş kanunda yer alan “ ve” ifadesi karşısında, işveren vekilinin iş güvencesine ilişkin hükümler bakımından kapsam dışında tutulması için, işyerinin tümünü yönetmesinin yanı sıra işçiyi işe alma ile birlikte işçiyi çıkarma yetkisinin de bir arada olması gerekmektedir. İşyerini tamamen yönetmekle birlikte o işyerinde işçiyi işe alma ve aynı zamanda işten çıkarma yetkisi de bulunan işveren vekili hakkında iş güvencesi hükümleri uygulanmaz. Buna karşın kendisine işyerinin bütününe sevk ve aynı zamanda idare etme yetkisi verilmekle birlikte, işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi verilmeyen işveren vekili ise, iş güvencesinden yararlanacaktır⁵⁵.

Yargıtay kararında konuyla ilgili olarak şu hususlara yer vermiştir;

“İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününe yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütününe sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütününe sevk ve idare edenlerin 18’nci madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Bu işyeri işletmeye bağlı bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş

⁵⁴ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2014-18411-k-2014-33640-t-11-11-2014> e.t: 04.05.2019.

⁵⁵ Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.289; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s. 45; Süzek, İş Hukuku, s.583; Kılıçoğlu, Mustafa, İş Kanunu Yorumu, s.466; Çankaya/ Günay/ Gökaş, s.217.; Kandemir, s.272; Keser, s.91-92; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.386.

Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır”⁵⁶.

IV. GEÇERLİ SEBEP KABUL EDİLEMEYECEK HALLER

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrası ile 158 sayılı İLO Sözleşmesinin 5. ve 6. maddesine paralel bir düzenleme getirilmiştir. İş Kanununun m.18/3 fıkrasında, geçerli sebep oluşturmayan hallerin neler olduğu tek tek sayılmak suretiyle hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeye göre ;

“a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık” geçerli sebep olarak kabul edilemez”.

Kanunun geçerli sebep oluşturmayan halleri düzenleyen 18. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bu hallerin varlığı durumunda işveren tarafından işçinin iş

⁵⁶ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2014-18414-k-2014-33641-t-11-11-2014> e.t:04.05.2019.

akdi feshedildiği takdirde fesih geçersiz sayılacaktır. Doktrinde, geçerli sebep oluşturmayan hallerin kanunda tek tek gösterilmiş olması sebebiyle sınırlı sayıda olduğu bunların genişletilemeyeceği yönünde görüşler bulunmakla birlikte⁵⁷, kanunda belirtilen hallerin sınırlı sayıda olmadığı, benzer olaylara örnek oluşturabilecek nitelikte olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁵⁸.

Kanunun geçersiz fesih nedeni olarak belirttiği nedenlere bakıldığında bu nedenlerin aslında T.C Anayasasının, İş Kanununun, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun izin vermiş olduğu faaliyetler veya durumlar olduğu görülmektedir. Kanunda sayılı olan bu nedenlerin mevcut olması durumunda işverence yapılan fesihler geçersiz sayılacaktır.

V. İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE FESİH

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi, işçinin iş sözleşmesinin süreli fesih bildirim yoluyla geçerli sebeple feshini düzenlemiştir. Madde kapsamında işçinin, iş sözleşmesinin işletme, işyeri veya işin gereklerine dayanılarak geçerli sebeple feshedilmesi mümkündür. Tezimizin konusunu *“işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin yargısal denetimi”* olması sebebiyle, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesih sebepleri üzerinde durulmayacağını daha öncede belirtmiştik.

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde, iş sözleşmesi fesih sebebinin işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayandırılması gerektiği belirtilmesine karşın, işletme işyeri ve işin gereklerinin neler olduğu konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından işletme, işyeri ve işin tanımından bahsetmenin yararlı olacaktır. İşletme işyerini de kapsayan, işyerinden daha kapsamlı olan iktisadi bir kavramdır. Genel

⁵⁷ Çankaya / Günay/Göktaş, s.69; Centel, , İş Güvencesi, s.60.

⁵⁸ Süzek, İş Hukuku, s.622; Göktaş, Secarettin, *“İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Ve İş Güvencesi”*, Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.1, 2008; s.41.

manada işletme “*iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı organize edilmiş bir bütün*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁹.

İş Kanununun 2. maddesine göre işyeri; “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” dir. Devamındaki fıkrada ise, “*İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün*” olduğu hüküm altına alınmıştır.

İş ise, çalışan açısından; bir ücret karşılığında emeğini ortaya koyarak, mal ve hizmet üretiminde yardımcı olmak maksadıyla iş görme borcunun yerine getirilmesi amacıyla yapılan faaliyettir. Ekonomik açıdan bakıldığında ise, mal ve hizmet üretmektir⁶⁰.

Alman hukukunda da, hukukumuzda olduğu gibi, işletme gerekleri yasada belirtilmemiş, fesih nedeni “kaçınılmaz işyeri gerekleri” olarak tanımlanmıştır⁶¹. Fransız hukukunda ekonomik sebeplerden kaynaklı olan feshin, ekonomik ve teknolojik değişiklik ve farklılıklara bağlı olarak, işçinin çalışma olanağını ortadan kaldıran, işin niteliğini değiştiren ya da iş sözleşmesinde esaslı değişiklik gerektirmesi nedeniyle yapılan fesih olarak tanımlanmaktadır⁶². İki hukuk sistemi de aslında

⁵⁹ Keser, s.394; Kar, İş Güvencesi, s. 630; Köseoğlu, Ali Cengiz, “*İş Yerinin Kapanması*”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.4, Y.1, Aralık 2006, s. 46; Özkaraca, Ercüment, **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2008, s. 19; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.85, 98.

⁶⁰ Kar, Bektaş, “*İşletme İşyeri Ve İşin Gerekerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim*”, **Çalışma Ve Toplum**, 2008/2, s.107; Kar, İş Güvencesi, s.633.

⁶¹ Keser, s.395; Kar, Yargısal Denetim, s.103; Subaşı, s.47; Kar, İş Güvencesi, s. 630.

⁶² Engin, Murat, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekeri İle Feshi**, Beta Yayın, İstanbul 2003, s.35; Keser, s.395; Kar, Yargısal Denetim, s.103; Subaşı, s.47; Kar, İş Güvencesi, s. 630; Topal, Güneş, **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesi Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Ankara 2008, s.68-69.

özetle, işletme gerekleri ile fesih için belirli objektif nedenler dolayısıyla, işçinin, işverenin işyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olmasını aramaktadır.

Doktrinde, *“işletme, işyeri ve işin gereklerine dayanılarak yapılan fesih gerekçeleri ise, işi yahut iş sözleşmesini ortadan kaldırıcı, değiştirici nitelikte olan, işletmeye, işyerine ve işe ait ekonomik güçlükler, rekabet ve verimlilik gerekleri ile teknolojik değişiklikler sonucu işçinin, işinin ortadan kalkması yahut nitelik değiştirmesinden dolayı, işe devam olanağının ortadan kalkmasına sebebiyet veren nedenler”* olarak belirtilmiştir⁶³. Bu durum, fesih sebebinin işçinin şahsından kaynaklanmadığını, fesih sebeplerinin oluşmasında işçinin doğrudan etkisinin bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde işletme içi ve işletme dışından kaynaklanan sebeplerin neler olduğu belirtilmiştir. İş Kanun 18. Maddesinin gerekçesinde;

“İşyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi.

İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal

⁶³Nazlı, Seçkin, **Anayasanın Çalışma Hak Ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri, Ankara 2015**, s. 165; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s.43; Şahlanan, Fevzi, *“Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Akdinin Feshi”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 06, s.16; Engin, İşletme Gerekleri, s.35-36; Güzel, Ali, *“İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”*, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 62; Demir, Fevzi, *“Geçerli Sebep Fesih Kavramı Ve Uygulama”*, **Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.10, 2006 s. 488; Soyer, Polat, *“Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi Ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”*, **Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, 2005 s. 47; Süzek, İş Hukuku, s.606; Kar, İş Güvencesi, s.630.

edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir” ifadelerine yer verilmiştir.

Kanunun gerekçesinde işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepleri; işletme dışından kaynaklanan sebepler ile işletme içi sebepler olmak üzere iki kısma ayrılarak incelenmiştir. Her ne kadar İş Kanununda işletme, işyeri ve işin gereklerinin neler olduğu hususunda bir açıklamaya yer vermemiş ise de, maddenin gerekçesinde yer alan örnekler dikkate alındığında konun somutlaştırılmasının yargı kararlarına⁶⁴ bırakıldığı tespit edilmektedir. İşletme dışından yahut işletme içinden kaynaklanan sebeplerin işyerinin normal işleyişini olumsuz yönde etkilemesi halinde işverenin iş ilişkisini devam ettirmesinin kendisinden beklenemeyeceği (işin sürdürülmesinin imkânsız hale gelmesi) durumlarda, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığını kabul etmek isabetlidir. Bu kapsamda işletme dışından kaynaklanan nedenler; işverenin etkisi ve müdahalesi olmaksızın ortaya çıkmakta olup üretime etki eden sipariş ve taleplerdeki düşmeye, sürüm ve satış olanaklarının azalmasına yol açan nedenlerdir. Yine ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, hammadde darlığı gibi nedenlerde işletme dışından kaynaklanan nedenleri oluşturmaktadır⁶⁵. İşletme içinden kaynaklanan nedenler ise, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, bazı bölümlerin, iş türlerinin kaldırılması gibi sebeplerde iş yeri içi fesih nedeni olarak örneklendirilmiştir. Bu nedenler işverenin işyerinde iş yokluğuna, azalmasına ve bu

⁶⁴ “İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini olanaksız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir”(Y. 22. HD., 2014/6702 E., 2014/7420 K., 09.03.2014 T. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2014-6702-k-2014-7420-t-9-4-2014>, e.t: 25.02.2018).

⁶⁵ Kar, Yargısal Denetim, s.109; Keser, s.396; Subaşı, s. 48.

duruma bağılı olarak iş gücü fazlalığının oluşmasına sebep olduğu takdirde geçerli sebep olarak kabul edilecektir⁶⁶.

Değişen ekonomik ve işletmesel durumlardan dolayı işin yürütülebilmesi için işçinin emek ve mesaisine ihtiyaç duyulmaması, çalışmaya devam olanağının ortadan kalkması halinde işletme gereklerinden kaynaklı olarak geçerli bir nedenin varlığı kabul edilir. Öte yandan işyerinde aynı nitelik ve nicelikte üretime devam edilmesi durumunda işgücü ihtiyacı değişmiyorsa işveren zarar etse bile işletme gereği ortaya çıkmayacaktır. Buna karşın işverenin işletmesi kazanç sağlasa bile, faaliyet gösterdiği alandaki diğer ticari işletmeler ile rekabet için yeniden yapılanma önlemleri alması gerekmekte ise ve bu durumun sonucunda işçinin emek ve mesaisine ihtiyacın ortadan kalkması halinde işletme gereklerine dayanan geçerli bir nedenin varlığı kabul edilir⁶⁷. İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ile yapılan feshin geçerli bir fesih olarak kabul edilebilmesi için öncelikle, belirtilen işletme gerekleriyle, fesih arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bir başka ifadeyle fesih herhangi bir sebepten dolayı değil işletme gereklerinden kaynaklı olarak yapılmış olmalıdır⁶⁸.

A. İşletme İçi Nedenlerden Kaynaklanan Haller

1. Genel Olarak

İşverenler, işletmesi ile ilgili gerekli gördükleri her konuda serbestçe işletmesel karar alabilmektedir. Bu kapsamda işverenin işletme yönetiminin esasını oluşturan, işletme politikasını gerçekleştirmek amacıyla, gerek teknik gerek

⁶⁶Engin, İşletme Gerekleri, s. 36; Güzel, İş Güvencesi, s. 66-67; Kar, Yargısal Denetim, s.109; Keser, s.396; Subaşı, s. 48; Demir, Cuma Arif, s.33.

⁶⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s.82, Engin, Murat, "İşletme Gerekleri İle Fesih ve Ücretsiz İzin", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 2, 2004, s. 538; Subaşı, s. 49.

⁶⁸ Keser, s.396; Güzel, İş Güvencesi, s. 69.

ekonomik gerekse de işyeri organizasyonu kapsamında aldığı bütün işletmesel tedbirler işletme içi sebeplerden kaynaklanmaktadır⁶⁹.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde işletme içinden kaynaklanan ve geçerli sebeple feshe yol açabilecek durumlar örnek;

- Yeni çalışma yöntemlerinin işyerinde uygulanmaya geçirilmesi,
- İşyerinin küçültülmesi,
- Teknolojik yeniliklerin uygulanması,
- İşyerinin bazı bölümlerinin kapatılması,
- Birtakım iş çeşitlerinin kaldırılması gibi sebepler gösterilmiştir.

Bunların yanında, tam gün çalışmayı yarım gün çalışmaya dönüştürme, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya konulması, masrafların kısılması, çalışma sürelerinin azaltılması, işyeri bölümlerinin birleştirilmesi işyerinin kapatılması, üretimde değişiklik yapılması, üretim kapasitesinin azaltılması, bazı faaliyetlerin alt işverene veya başka bir firmaya aktarılması gibi nedenler örnek gösterilebilirler⁷⁰.

İşveren, verimlilik, rekabet ve teknolojik değişimleri dikkate alarak işletmesi ile ilgili dilediği gibi karar almakta serbesttir. İşveren bu bağlamda, işletme içi önlemin alınmasının zorunlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Ekonomik risk işverene ait olup işletme içi veya dışı kaynaklı iş gücü fazlalığının işverenin kusuru neticesinde ortaya çıkması da önem arz etmemektedir. Önemli olan işletme içi nedenlere dayanılarak yapılan fesihlerde işveren, hangi önlemleri aldığını, alınan önlemlerin iş sözleşmesi feshedilen işçileri nasıl etkilediğini ortaya koya bilmesidir. İşletme içi nedenlere dayanılan fesihlerde, mahkemeler işletmesel kararın fiilen

⁶⁹ Kar, İş Güvencesi, s.639; Keser, s. 433; Kılıçoğlu/Şenocak İş Güvencesi, s.242.

⁷⁰ Keser, s. 433-434.

yerine getirilip getirilmediğini, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığını inceleyeceklerdir⁷¹. Dolayısıyla, işveren, alınan işletme içi önlemlerin, amacına uygun olup olmadığını ve gerekli olup olmadığını gerekçelendirmek zorunda değildir. Buna göre, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri işletme içi fesih sebebi oluşturabilmesi için, işletmesel kararın ciddi ve kalıcı bir şekilde uygulaması neticesinde, işçinin iş sözleşmesinin feshinin artık gerekli ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle fesih için, işçinin çalışma olanağının sürekli ve kesin bir şekilde ortadan kalkmış olduğunun işverence ispatı gerekmektedir⁷².

İşletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle feshi söz konusu olduğunda, İş Kanununun 20. maddesi ikinci fıkrası kapsamında işveren genel anlamda,

- Feshin şekli koşullarına uyulduğunu;
- Fesihle ilgili işletmesel kararın alınmış olduğunu;
- Alınan bu kararın tutarlı bir şekilde uygulandığını;
- Feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamak zorundadır⁷³.

İşveren işletme, işyeri ve işin gereklerinin ortaya çıkması durumunda fesihten önce başkaca önlemler alabiliyor ve bu önlemler sonucunda başarı sağlayabiliyor ise fesih yolunu tercih etmemesi gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, iş güvencesinin önem arz etmesinin bir özel nedeni de feshin, en son başvurulacak çare olmasıdır. Ancak işveren alabileceği tüm önlemlere rağmen, işçinin iş yerindeki işini

⁷¹ Keser, s. 435; Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, s. 47; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.306.

⁷² Keser, s.436; Astarlı, Muhittin, "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.17, Mart 2010. s. 77.

⁷³ Kar, İş Güvencesi, s.640; Keser, s.435.

kaybetmesine engel olamıyor ise bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilir⁷⁴.

2. Yeniden Yapılanma

Günümüz çalışma hayatında, şirketlerin dış çevrelerinde sürekli ve köklü değişikliklerin meydana geldiği görülmektedir. Bu durum aynı zamanda şirketlerin, ekonomik kriz ile savaşılabilmesi, rekabet edebilmesi, gelişebilmesi ve en önemlisi piyasada varlıklarını sürdürebilmesi için içyapılarında da sürekli ve köklü radikal iç değişikliklerin yapılmasını zorunlu hale getirmektedir.

Değişen koşullara uyum sağlamak amacıyla işletme organizasyonlarında meydana gelen değişiklikler yeniden yapılanma olarak nitelendirilmektedir. Günümüzde en küçük işyerinden en büyük işletme ve hatta en büyük kamu kurumuna kadar hemen her birim rekabet edebilmek için yeniden yapılanmaya gitmektedirler. İşverenler teknolojik, ekonomik nedenlerle yeniden yapılanma kararı alabileceği gibi, verimliliği veya rekabet gücünü arttırmak içinde yeniden yapılanma gerekçesiyle işletmesinde değişikliğe gidebilir. Hatta henüz ekonomik güçlük olmasa bile, gerçekleşmesi olası riskleri dikkate alarak, işverenin ileriye yönelik işletmesiyle ilgili tedbirler alması da söz konusu olabilir⁷⁵. Uygulamada genellikle, müşteri memnuniyetsizliğinin artmış olması, müşterilerin isteklerinin değişmesi, şirket devri, şirketlerin birleşmesi, şirket giderlerinin içinde bulunulan iş alanında olması gerekenden daha yüksek olması veya rakip firmalara oranla daha yüksek olması, özelleştirme gibi nedenlerle yeniden yapılanmaya başvurulmaktadır⁷⁶.

⁷⁴ Keser, s.436; Güzel, Ultima Ratio, s.72; "Geçerli bir fesih için işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan işyeri içi veya işyeri dışı nedenlerin; işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, onun işyerinde çalışmaya devam ettirilmesi ihtiyacını ortadan kaldıracı ni telikte olması gerekir"(Şahlanan Fevzi, Şirket Birleşmeleri, s.16).

⁷⁵ Keser, s.439; Özcan, Durmuş, **Öğreti Ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi**, Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s.175.

⁷⁶ Keser, s.439.

İşverenin yeniden yapılanmaya karar vermesi tek başına geçerli sebep teşkil etmemektedir. Yeniden yapılanmaya ilişkin alınan kararın işletmede, işyerinde uygulamaya konulmuş olması, tutarlı bir şekilde uygulanması ve elbette ki işverenin, fesih ile çelişmekte olan uygulamalardan da kaçınması gerekmektedir⁷⁷. Farklı amaçlarla gerçekleştirilen yeniden yapılanma sonucunda işyerinde işçilerin çalışma olanakları bulunmuyorsa, işverenin geçerli sebep ile iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür. Aksi halde sadece kağıt üzerinde kalan, işyerinde uygulamaya dahi konulmayan göstermelik yeniden yapılanmalar feshin geçerli bir nedene dayanmadığını göstermektedir.

Kaynakların daha etkin ve verimli kullanılması, en iyi örgütsel hedeflere ulaşmak kalitenin arttırılması, amacıyla norm kadro gibi bakış açıları getirilmiştir. Norm kadro, bir örgütte, benzer nitelikteki ödevlerden oluşan, görevlerin yönetilmesine olanak veren yapının amaca göre düzenlenmesidir. Bir başka ifadeyle norm kadro; işletmelerin faaliyetlerini etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmeleri için, olması gerekenden az olmayacak ya da fazla olmayacak kadronun nitelik ve nicelik yönüyle saptanmasıdır⁷⁸. Her ne kadar norm kadro uygulaması ağırlıklı olarak kamu kurum ve kuruluşlarında görülse de, günümüzde işletmeler de yeniden yapılanmaya ilişkin olarak norm kadro çalışmasına önem vermektedir.

Yeniden yapılanmaya ilişkin olarak norm kadro uygulamasına gidilmesi sonucunda, ortaya çıkan norm kadro sayısı, hâlihazırda işyerinde çalışmakta olan işçi sayısından az olması durumunda, ortaya çıkan iş gücü fazlalığının giderilebilmesi amacıyla, işçilerin iş sözleşmeleri işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle feshedilebileceği kabul edilmektedir. Buna karşın norm kadro sayısı, hâlihazırda işyerinde çalışmakta olan işçi sayısından fazla yahut mevcut kadro sayısı ile eşit

⁷⁷ Çankaya/Günay/Göktaş, s.120; Evren, Öcal Kemal, "İş Güvencesi Bağlamında İşletme İşyeri Veya İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih Kavramı", İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası(İSMMM), **Mali Çözüm Dergisi**, Kasım-Aralık 2011, s.181.

⁷⁸ Keser, s.440.

olması halinde ise, kadro fazlalığından söz edilemeyeceği için işçilerin iş sözleşmeleri norm kadro uygulamasına dayanılarak, işletme işyeri ve işin gereklerine dayanılarak feshedilemeyecektir⁷⁹.

İşveren tarafından yeniden yapılanmaya ve norm kadroya dayanılarak gerçekleştirilen iş akdi fesihlerinin genel, objektif ve somut olarak yapılması, kanuna uygun bir şekilde uygulanması gerekmektedir⁸⁰.

İşveren norm kadro uygulaması sonucu oluşan personel fazlalığının gidermek amacıyla, işçilerin iş sözleşmelerini işletme işyeri ve işin gereklerine dayanarak feshedebilmektedir. İşveren kendisine karşı açılacak işe iade davasında sırasıyla; işyerinde norm kadro uygulamasına ilişkin işletmesel karar aldığını, norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkan norm kadro sayısının hâlihazırda işyerinde çalışmakta olan işçi sayısından az olduğunu, iş akdi fesihlerini norm kadro sayısına göre yaptığını ispatlamak zorundadır⁸¹.

İşverenlerin norm kadro yönünde almış oldukları işletmesel kararları, mahkemelerce yerindelik ve amaca uygunluk yönünden denetlenmeleri mümkün değilse de, kararları tutarlı şekilde uygulayıp uygulanmadığı (tutarlılık denetimi), iş akdi feshinde keyfi davranılıp davranılmadığı (keyfilik denetimi) ve son olarak da işverenin işletmesel kararı sonucunda fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı (ölçülülük –gereklilik) denetime tabi tutulacaktır.

⁷⁹ Keser, s.441.

⁸⁰ Yargıtay 9. HD., E. 2006/9693 K. 2006/12593 T. 08.05.2006
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2006-9693-k-2006-12593-t-08-05-2006> e.t: 10.11.2018.

⁸¹ Yargıtay 9. HD., E. 2008/36616 K. 2009/19476 T. 06.07.2009
<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2008-36616-k-2009-19476-t-06-07-2009> e.t: 11.11.2018.

Yargıtay 2016 tarihli bir kararında, işçinin iş sözleşmesinin norm kadro çalışması sebebiyle feshedilmesiyle ilgili olarak;

“...Dosya içeriğine göre, ... Holding bünyesinde yeniden yapılanma kararı alındığı ve bu kapsamda ... San. ve Tic. A.Ş ve ... Araştırma Geliştirme A.Ş'nin davalı... San. Ve Tic. A.Ş'ye devredildiği, devir sonrasında oluşturulacak yeni yapılanmadaki birimler ve bu birimlerdeki personel sayılarının norm kadro çalışmaları yapılarak belirlendiği, fazlalık teşkil eden personelin çıkarılması yönünde toplu işçi çıkarma kararı alındığı ve usulüne uygun olarak ilgili kurumlara bildirimlerde bulunduğu anlaşılmaktadır. ... Davalı işveren, norm kadro çalışması sonrasında işten çıkarılacakların 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 birlikte, işverence işten çıkarmada birtakım kriterler gözetildiği ileri sürülmüş ise işverenin kendisini bağlayan bu kriterlere uyup uymadığı, keyfi davranıp davranmadığının da mahkemece denetlenmesi gerekmektedir. ...Sonuç olarak; 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 hatalıdır....”⁸²

Yine Yargıtay'ın 2008 tarihli bir başka kararında ise;

“...Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi, davalı işverenin kamu borçlan, bazı işlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılması, norm kadro ihdas edilmesi ve ortaya çıkan personel fazlalığı yanında hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle feshedilmiştir. Belirtilen nedenler işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan

⁸² Yargıtay 7.HD., E. 2016/29721, K. 2016/16996, T. 20.10.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=7hd-2016-29721.htm&kw=norm+kadro+ge%C3%A7erli+fesih#fm> e.t: 05.11.2017.

nedenlerdir. Ancak emsal dosyalarda ve sunulan kayıtlara göre işyerinde norm kadro çalışması yapılmadığı gibi, davacının istihdam fazlası olduğu kanıtlanmamıştır. Bunun yanında davalı işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek aynı bölüme vasıfsız işçi aldığı, bu şekilde tutarlı davranmadığı anlaşılmaktadır. Davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin 32. maddesindeki tenkiset kuralına uymadığı da emsal davalarda keşif sonrası alınan ve dosyaya sunulan bilirkişi raporunda da belirtilmektedir. Davalı işveren istihdam fazlalığını, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlamış değildir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır...”⁸³

şeklindedir.

Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin norm kadro uygulaması nedeniyle feshedilmesi durumunda işveren; işverenin işyerinde norm kadro uygulamasına ilişkin işletmesel karar aldığını, iş akdi fesihlerini norm kadro sayısına göre yapıldığını, fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmadığını, feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamak zorundadır.

Norm kadro, bir yeniden yapılanma tedbiri olup norm kadroya gerekçesiyle gerçekleştirilen fesihler geçerlidir. Ancak, yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay’ın emsal kararında da belirttiği gibi işveren işgücü fazlalığı ispatlanmak zorundadır. Ayrıca işverenin bu yöndeki işletmesel kararının tutarlı olması gerekmektedir. Bu nedenle işveren bir taraftan norm kadro uygulaması ile işçinin iş akdine son verirken diğer taraftan yeni işçi alımı yapıyor ise tutarlı bir uygulamadan söz edilemez⁸⁴.

⁸³ Yargıtay 9. HD., E. 2007/32500, K. 2008/11101, T. 5.5.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2007-32500.htm&kw=`2007/32500`#fm> e.t: 05.11.2017.

⁸⁴ Özcan, s.175; Yargıtay 9.HD. E. 2005/20429, K.2005/25962, T. 14.7.2005 “...Somut olayda olduğu gibi çok sayıda fesih gerçekleştiren kurumların ve özellikle yasında da hüküm olmakla yeniden yapılandırmaya ve norm kadroya dayanan fesihlerde bu belirlemelerin rasyonel, objektif ve somut olarak yapılmalı uygulamasının da yasaya uygun olması gerekmektedir. Dairemizin bir yandan hizmet akdi feshedilirken öte yandan yeni işçi alındığının iddia edilmesi durumunda yeni alınan işçilerin çıkarılanların yerine alınıp alınmadığını da denetlemek durumunda kalmaktadır. Bu tür işçi alımlarının da objektif ve ehliyete göre olması gerekmektedir...” (Çankaya/ Günay/ Gökteş, s. 121, dn.230).

3. Alt İşverenlik Uygulamasına Geçiş

İşveren, kararlaştırılan işi süresinde yerine getirebilmek, daha iyi teknoloji ve teçhizattan yararlanabilmek amacıyla veya kendi uzmanlık alanı dışında kalan işlerde de müşterilerine daha kaliteli hizmet verebilmek amacıyla, yeniden yapılanma tedbiri olarak işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünü, alt işverene devredebilmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesi altıncı fıkrası, asıl işveren-alt işveren ilişkisini; *“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...”*⁸⁵. Asıl işveren- alt işveren ilişkisinden yararlanabilmek için kanunun aradığı şartların oluşması gerekmektedir. Bu kapsamda,

- İşyerinde işçi çalıştıran işverenin olması,
- İşin, asıl işverene ait işyerinde yapılması⁸⁶
- Mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş olması,
- “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” olması halinde asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi mümkün olabilecektir⁸⁷. Ayrıca Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin⁸⁸ 9 maddesi birinci

⁸⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>.

⁸⁶ Bazı işler niteliği gereği asıl işverene ait işyerinde yapılamaz. Örneğin personel servis hizmeti de niteliği gereği işyerinde yapılmaz. Personel servis hizmetinin alt işverene verilmesi ve diğer koşullarında oluşması halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu kabul edilecektir.

⁸⁷ Engin, İşletme Gereklere, s.86-87; Taşkent, Savaş, “Alt İşveren”, **Legal İHSGHD**, Nisan, Haziran S.2, 2004, s.363; Keser, s.452; Kar, İş Güvencesi, s.641.

⁸⁸ RG.27.09.2008, S.27010.

fıkrası uyarınca, asıl işveren ile alt işveren arasındaki alt işverenlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

İş Kanun 2. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan asıl işlere ilişkin alt işveren ilişkisinin kurulmasıyla ilgili kanuni düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda doktrinde farklı yorumlamaların yapıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre; alt işverene devredebilecek asıl işlerdeki “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” kriterini hem işletmenin ve işyerinin gereği olması hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerektiğini savunmakta bu kriterleri bir bütün olarak ele almaktadırlar⁸⁹. Diğer bir görüşe göre ise; alt işverene devredebilecek asıl işlerdeki işletme ve işyeri gerekleri ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş ifadesi ayrı tutmaktadır. İşveren asıl işin bir bölümünü işletme ve işyeri gerekleri nedeniyle alt işverene devredilebileceği gibi, asıl işin bir bölümünü teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi sebebiyle de alt işverene devredebileceği görüşündedirler⁹⁰.

Kanun maddesinde yer alan “ile” bağlacından kaynaklı olarak öğretide farklı görüşler bulunsa da, Yargıtay bu konuya bir açıklık getirmiştir. Yargıtay kanun koyucunun amacından yola çıkılarak işyerinde, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin” ölçütlerinin bir bütün olarak bulunması gerektiğini, bir başka

⁸⁹ Özkaraca, s.87; Alpagut, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2006, s. 98; Aykaç, Hande Bahar, **İş Hukukunda Alt İşveren**, İstanbul 2011, s.101; Çelik ise, İşletme ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerektiğini, bütünlük gösterdiğini ve bölünemez nitelikte olduğunu belirtmektedir. Aksi durumun işverenlerin asıl işi, işletme ve işin gerekleri nedeniyle kolaylıkla bölebilmekle alt işverene verebileceklerini, bu durumun da kanun maddesinin konuluş amacıyla bağdaşmayacağı belirtmektedir (Çelik, Nuri, “Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları”, Karar İncelemesi, **Sicil İş hukuku Dergisi**, S.13, Mart 2009, s.87).

⁹⁰ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s. 98; Bu düşünceyi kabul edenler “ile” sözcüğünü “veya” olarak yorumlamakta, İş Kanununun 2. Maddesi ile getirilen ölçütün bölünebilir olduğunu bir bütün olarak yorumlanamayacağını savunmaktadırlar. Çelik ise, kanun koyucu alt işverene sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin verilmesini istemiş olsaydı “işletme ve işin gereği” ibaresine yer verilmemesi gerektiğini belirtmiştir (Çelik, Alt İşveren, s.87).

ifadeyle “ile” bağlacının “ve” biçiminde kabul edilmesi gerektiğini kararlarında belirtmiştir⁹¹.

Alt işverenlik uygulamasına geçiş bir işletmesel karardır. Alt işverenlik uygulamasındaki asıl amaç, işverenin yardımcı işlerde uzmanlıktan yararlanmasına olanak sağlayarak, iş gücü maliyetinden tasarruf edebilmesini sağlamaktadır⁹². Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene devrindeki asıl amaçta işletme verimliliğini sağlamaktır. İş gücü maliyetinden tasarruf ise ancak ikinci sırada rol almaktadır⁹³.

İşveren, asıl işin bir bölümünü alt işverene neden devrettiğini objektif olarak ortaya koyması gerekmektedir. İşveren bu kapsamda, alt işverene devredilen asıl işin bir bölümünün neden uzmanlık alanı dışında kalıp, başka bir uzmanlık gerektirdiğini veya devrin yardımcı işlerle sınırlı olduğunu ispatlamalıdır⁹⁴.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli olabilmesi için asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan bu ilişkinin muvazaalı olmaması gerekmektedir⁹⁵. Bu anlamda asıl işveren ile alt işveren arasında muvazaalı bir ilişki olmadığı sürece, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olacaktır.

⁹¹ Y. 9. HD., E. 2008/31954 K. 2009/35494 T. 15.12.2009; Y. 9. HD. 2008/31954 E., 2009/35954 K., T.15.12.2009; Y.9. HD., 2008/1950 E., 2008/19018 K., 07.07.2008 tarihli kararında; “Somut olayda, davalı Karayolları Genel Müdürlüğü’nün Anadolu Otoyolunun Gerede Kavşağı-1.Bölge Hududu (Gümüşova) kesiminde beton kanalların, menfezlerin temizliği ile otların biçilmesi işini aralarında yaptıkları Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi gereğince dava dışı F1 Turizm İnş. San. Ltd .Şti.’ne verdiği, davacının söz konusu işte yüklenici işçisi olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. ...Alt işveren olduğu iddia edilen firmaya verilen işin asıl veya yardımcı iş olup olmadığı, asıl iş ise işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirip gerektirmediği, davalı idarenin dava konusu işleri taşeronla verebilmesini öngören özel bir düzenleme bulunup bulunmadığı, sözleşmenin bir işin gördürülmesini mi yoksa işçi teminini mi amaçladığı gibi hususların da araştırılması gerekir.” <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2008-1950-k-2008-19018-t-07-07-2008-e.t>: 05.05.2019.

⁹² Engin, İşletme Gerekleri, s.87.

⁹³ Engin, İşletme Gerekleri, s.87.

⁹⁴ Engin, İşletme Gerekleri, s.87.

⁹⁵ Kar, İş Güvencesi, s.642; Keser, s.454; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.337.

İş kanununun 2 maddesinin yedinci fıkrasında muvazaaa kriterine yer verilmiştir. Kanunun ilgili maddesine göre, “*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 kanun koyucu asıl işveren-alt işveren sözleşmesine yasal sınırlamalar getirerek, mahkemelere muvazaalı halleri belirleme konusunda kolaylık tanımıştır⁹⁶.

İşyerinde asıl yapılan iş, işverenin aslında işletme konusunu teşkil eden asli ve sürekli faaliyetidir. Bu asli ve sürekli faaliyetin ise, işverenle sözleşme bağı olan işçiler tarafından sürdürülmesi gerekmektedir. Kanun koyucu bu kapsamda, asıl işin “bir bölümünde uzmanlık gerektiren işler” ile bu sınırı belirlemiştir. Asıl işin teknolojik nedenlere ve herhangi bir uzmanlığa dayanmaksızın bölünmesi ve alt işverene muvazaalı olarak verilmesi geçerli bir fesih nedeni oluşturmamaktadır. Örneğin, sırf işgücü maliyetini düşürmek amacıyla uzmanlık gerektirmemesi ve işgücü ihtiyacı değişmemesine rağmen, işverenin işi kendi işçileri yerine alt işverene vermesi halinde işçilerin iş sözleşmesinin feshi geçerli sayılmayacaktır. Ayrıca işveren, alt işverene devrettiği işte bir kısım işçilerin iş akdinin feshini gerçekleştirirken bir kısım işçilerin halen bu işte çalışmaya devam etmesi

⁹⁶ “...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...”, Çelik, bu ifade ile anlatılmak istenenin, “aksi halde ve genel olarak sözlerinin birlikte ele alınmasını sağlamak ve ilk cümledeki iki sınırlama ile muvazaalı işlem arasında bağlantı kurmak değildir. “Aksi halde” sözü muvazaaa incelemesine gerek görülmeyen bu sınırlamaları sadece ikinci cümleyi yaptırma bağlayıcı niteliktedir. “Genel olarak” sözü ise bu sınırlamalar dışında kalan hallerle ilgilidir. Kanundaki 7. fıkranın 2. Cümlesini “bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görürler” şeklinde anlamak gerekir (Çelik, Alt İşveren, s.89).

durumunda, işveren feshinin işletme gerekleri nedeniyle geçerli bir fesih olduğunu ileri süremeyecektir⁹⁷.

Genelde işletmeler, asli üretim faaliyeti dışında örneğin, özel güvenlik, yemek, nakliye, servis vs. gibi bazı faaliyetleri işletme dışı kişi veya kurumlardan temin etmek veya satın almak amacıyla işletmesel karar almaktadırlar. İşverenlerin bu yöndeki uygulamaları İş Kanununun 2. maddesi kapsamında alt işverenlik uygulaması olabileceği gibi, alt işverenlik uygulaması kapsamına girmeyen hizmet satın alma şeklinde olması da mümkündür. Önemli olan, İş Kanununun m.2 kapsamında işverenin, asıl işe yardımcı iş niteliğinde olan işleri alt işverene devretmesi ve muvazaanın olmaması durumunda o bölümde çalışan personelin iş akdinin feshinin geçerli sebebe dayandırılmasıdır⁹⁸.

Özetle, alt işveren uygulamasına başvurmak bir işletmesel karardır. Kanunda belirtilen işlerin işveren tarafından alt işveren devredilmesi ve işverenin işyerinde bu durumdan kaynaklı olarak istihdam fazlası oluşması halinde, feshin işletme gereklerine dayanan geçerli bir fesih nedeni teşkil etmesi için, asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan alt işveren-asıl işveren ilişkisinin İş Kanunu uyarınca muvazaalı olmaması gerekmektedir.

4. Teknolojik Değişimden Kaynaklanan Nedenler

İşletmenin veya işyerinin değişen ve gelişen teknolojiye uygun üretim usullerini ve araçlarını kullanarak faaliyet göstermesi, işletmenin devamlılığı, kârlılığı ve diğer işletmelerle rekabet edilebilirliği açısından önemlidir.

Günümüzde piyasa koşulları ve tüketicilerin değişen talepleri dikkate alındığında, işletmenin yeni standartlara uyum sağlaması gerekmektedir. Bu

⁹⁷Demir, Fevzi, s.490; Engin, İşletme Gerekleri, s.87,88; Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.98; Topal, s. 61.

⁹⁸Şahlanan Fevzi, Şirket Birleşmeleri s.19, Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.337; Çelik, Alt İşveren, s.86.

kapsamda ise, teknolojik gelişmelere uygun yeni makine ve teçhizatlar kullanılmakta hatta bilgisayar ve robotlu üretim sistemlerine geçiş yapılmaktadır. Böylece teknolojik değişimlere uyum sağlanarak, rekabet edilebilirlik sürdürülebilmektedir. Teknolojik değişim gereklikleri de hukukumuzda işletme veya işyeri gerekleri kapsamında kabul edilmektedir. Teknolojik değişim nedeniyle modern makine ve teçhizatın, bilgisayar ve robotlu sistemlerin kabulü sonucunda işyerinde çalışan işçilerin çalışma olanakları ortadan kalkmaktadır. Bu kapsamda, istihdamına olanak kalmayan işçilerin iş akdinin teknolojik değişimlere bağlı olarak feshedilmesi de geçerli sebep olarak kabul edilmektedir⁹⁹.

Teknolojik nedenlerden dolayı işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması durumunda işverenin, iş sözleşmesini feshetmek istemesi halinde fesih ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca iş akdi feshedilen işçilerin bir başka bölümlerde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı, işçi çıkarılan bölümdeki işçilerin objektif olarak seçilip seçilmediği ve feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığı da ayrıca ispat edilmesi gerekmektedir. Aksi halde, teknolojik nedenlerden dolayı gerçekleştirilen feshin hukuken geçerli sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

5. İşyerinin Veya İşyerindeki Bazı Bölümlerin Kapatılması

Günümüzde işletmesel karar alınmasının en temel sebepleri, şirketlerin dış ve iç çevrelerinde meydana gelen fiziksel veya materyal değerlerde, parasal değerlerde ve çalışanların niteliklerindeki değişiklikler nedeniyle işverenlerin önlem almasıdır. İşverenin almış olduğu tüm önlemlere rağmen özellikle ekonomik kriz dönemlerinde zarar etmesinin önüne geçilemediği hallerde en çok karşılaşılan işletme içi işletmesel kararlardan birisi, işyerinin kapatılması veya işyerindeki bazı bölüm-birimlerin kapatılmasıdır. İşyerinin kapatılması yoluna başvurulması işverenin

⁹⁹Nazlı, s.166; Centel, İş Güvencesi, s. 11; Engin, İşletme Gerekleri, s.53; Subaşı, s.50; Korkmaz Fahrettin/Alp Nihat Seyhun, **Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s.209.

artık faaliyetine kesin ve sürekli olarak son vermek istediğini göstermektedir. İşyerinin kapatılmasıyla işveren, işçi arasındaki birliktelik ile birlikte üretim ve işletme arasındaki birliktelikte sona ermektedir¹⁰⁰.

1982 Anayasasının “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48’inci maddesi ve “Çalışma hakkı ve ödevi” başlıklı 49’uncu madde gereği işveren, herhangi bir sebep göstermeksizin dilediği zaman işyerini kapatabilme hakkında sahiptir¹⁰¹. İşverenin işyerini kapatmasını sınırlayan, engelleyen herhangi bir düzenlemenin İş Kanunumuzda da bulunmaması nedeniyle işveren istediği sebeple işyerini kapatabilmektedir. İşverene işyerini kapatması sebebiyle tanınan bu fesih imkânı işyerinin kapatılmasının kesin ve sürekli olması kaydıyla geçerlidir¹⁰².

İşyerinin kapatılması ifayı kabul engellerinden dolayı ortaya çıkabileceği gibi, ekonomik kriz, verimlilik, işverenin sağlık durumunun ve yaşının ilerlemiş olması gibi çeşitli nedenlerle de gerçekleştirilebilir. Önemli olan feshin geçerliliği bakımından işyerinin geçici olarak değil, sürekli ve kesin olarak kapatılmasıdır¹⁰³. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununun işyerinin kapatılması nedeniyle toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29/VI maddesi kapatmayı işyerinin faaliyetine kesin ve devamlı suretle son vermesi olarak tanımlamaktadır. Bu nedenle de işverenin işyerini geçici olarak kapatması durumunda işverenin fesih hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Keser, s. 504-505.

¹⁰¹ Subaşı, s.52; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.343; Köseoğlu, s.51; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 97.

¹⁰² Keser, s.505; Şahlanan Fevzi, Şirket Birleşmeleri, s.18; Keser, s. 448; Alpagut, Gülsevil, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, **Bankacılar Dergisi**, S. 65, 2008, s. 94; Subaşı, s.94; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.345; Köseoğlu, s.45.

¹⁰³ Engin, İşletme Gerekleri, s.44, 80; İşyerinin mücbir sebepler nedeniyle geçici olarak kapanması söz konusu olması halinde iş sözleşmesi askıya alınacaktır. İşyerinin geçici olarak kapanması mücbir sebepten kaynaklı değil de işletme riski olarak kabul edilebilecek olan umulmayan haller nedeniyle gerçekleşirse, işçinin rızası olmadıkça iş sözleşmesi askıya alınamayacak ve işverenin ücret ödeme borcu devam edecektir(Köseoğlu, s.49).

¹⁰⁴ Engin, İşletme Gerekleri, s.80; Keser, s. 506.

İşverenin, işyerini kesin ve süreklilik niteliği taşıyacak şekilde kapatması durumunda fesihte son çare ilkesi göz önüne alınmalı, işçinin iş akdi feshedilmeden önce işverenin aynı yahut başka bir şehirdeki işyerinde istihdam olanağının bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer, iş akdi feshedilen işçinin işverenin başka iş yerinde çalışma imkanı mevcut ise, işveren tarafından gerçekleştirilen feshin geçerli sebebe dayanmadığı kabul edilecektir¹⁰⁵.

Konu ile ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2013/9591, K. 2014/4491,T. 13.2.2014 sayılı kararında;

“...Davalı vekili, 18.05.2012 tarihli bildirimle davacıya işyerinin kapanacağını, yeni bir iş ve iş olanağı bulunamadığını, tazminatlarının ödeneceğinin bildirdiğini, davacının fesih yazısını almaktan imtina ettiğini, fason üretim yapan şirketin kapanması sebebiyle sadece davacının değil işçilerin tamamı ile üretimi kontrol etmekle yükümlü olan ve davalı şirket için çalışan işçilerin de iş sözleşmelerinin feshedildiğini, feshlerin sendika üyesi olunmasıyla ilgisi olmadığını, davalı şirkette çalışan işçi sayısının 30'un altında olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir....İşyerinin kapatılmış olması veya faaliyetin durdurulmasının, işyerinin gereğinden kaynaklanan geçerli bir sebep olduğu açıktır. Ancak, geçerli fesih nedeni yapılan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulmasının gerçek ve sürekli olması gerekir. Başka bir anlatımla, işyerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması muvazaalı veya geçici nitelikte ise buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez. Zira muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise gerçek bir kapatma veya faaliyet durmasından söz edilemez. Gerçek ve süreklilik niteliğini taşıyan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulması, işverenin başka bir işyeri yoksa veya başka bir

¹⁰⁵ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s.309-310; Keser, s. 507; Ertabak, Ünal, **İş Güvencesinin Kapsamı Geçerli/Geçersiz Feshin Sebepleri ve Fesih Usulü Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları**, İstanbul 2012, s.288; Evren, İşletme Gereklere, s.182; Köseoğlu, s.58.

işyerinde değerlendirme imkânı bulunmuyorsa işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmelidir”¹⁰⁶.

Görüldüğü üzere Yargıtay’da kararlarında, kesin ve süreklilik niteliği taşıyacak şekilde işyerinin kapatılmasını veya faaliyetinin durdurulmasını aramaktadır. İşçinin, iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayandığının kabul edilebilmesi için ise, işverenin başka bir işyerinin mevcut olmaması veya başka bir işyerinin olması durumunda işçinin bu işyerinde istihdam olanağının bulunmaması gerektiğini belirtmektedir.

İşveren tek bir işyerini kapatabileceği gibi, birden fazla işyerini de kapatabilme hakkına sahiptir. İşverenlerin bu kapatma kararları amaca uygunluk denetimine, gereklilik denetimine ve yerindelik denetimine tabi tutulmazlar. Nitekim hiç kimseyi işyeri açması için zorlayabilme hak ve imkânına sahip olmadığımız gibi işyerini kapatmaya yahut kapatmama yönünde karar almaya zorlama hak ve imkânımızda bulunmamaktadır. İşverenin işyerini kapatmaya yönelik kararının mahkemelerce denetimi, tutarlı olup olmadığı, işletmesel kararın nesnel, akla ve mantığa uygun olup olmadığı, keyfi nitelik taşıyıp taşımadığı, ölçülü, gerekli olup olmadığı ve hakkın kötüye kullanımını teşkil edip etmediği yönünde olacaktır.

İşçi tarafından işverenin bir amaca ulaşmak için, hukuka aykırı olarak görünüşte işyerini kapattığı iddia ve ispat edilirse, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü, asıl amacına dayanmadığı tespit edilen bu durum hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmekte olup işverenin gerçekleştirmiş olduğu fesih geçersiz kabul edilir¹⁰⁷. Ancak işverenin işyerini önce kapatıp, aradan belirli bir süre geçtikten sonra yeniden açması her zaman hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemekte, somut olaya göre durum değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Örneğin işveren

¹⁰⁶ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2013-9591.htm&kw=%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N+BA%C5%9EKA+B%C4%B0R+%C4%B0%C5%9EYER%C4%B0NDE+DE%C4%9EERLEND%C4%B0RME+%C4%B0MKANI+OLMASI+kapanmas%C4%B1#fm> e.t: 07.11.2017.

¹⁰⁷ Engin, İşletme Gereklileri, s.80; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.344; Köseoğlu, s. 52.

geleceğe yönelik ekonomik tahminlere dayalı olarak kesin ve sürekli kapatma kararı ile işyerinin bir bölümünü yahut tamamını kapatabilir. İşyerinin kapatılmasından sonra yeniden faaliyete başlamak için uygun koşullar oluşunca işyeri işveren tarafından tekrar açılabilir. Böyle bir durumda işverenin işyerini kapatmaya bağlı olarak gerçekleştirdiği fesihlerin geçerli sayılabilmesi için, fesihten önce alınan kapatmaya yönelik kararın ciddi olduğunun, hiç olmazsa kapatma kararının kısa sayılmayacak bir süre için aldığı ispat edilmesi gerekmektedir¹⁰⁸.

Uygulamada karşılaşılan bir başka işletmesel kararda işyerinin bazı bölümlerinin kapatılmasına ilişkindir. İşveren almış olduğu tüm önlemlere rağmen zarar etmenin önüne bir türlü geçememesi nedeniyle, işletmesinde kar getirmediğini düşündüğü bazı bölümleri kapatma yolunu tercih etmektedir. İşverenin kapatılmasına karar verdiği bölümdeki işçilerin, istihdam fazlalığı oluşturması durumunda, bu işçilerin işletmenin bir başka bölümünde çalıştırma olanağının bulunmaması halinde iş sözleşmesinin feshi geçerli sebep olarak kabul edilecektir¹⁰⁹. İşverenin bu yöndeki işletmesel kararı, amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi tutulamazken, mahkemelerce işletmesel kararın tutarlı uygulanıp uygulanmadığı(tutarlılık), keyfi davranıp davranmadığı(keyfilik), işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz nitelikte özellik arz edip etmediği (gereklilik-ölçülülük) denetimine tabi tutulacaktır¹¹⁰.

6. İşyerinin Birleşmesi- İşyerinin Devri

İşyeri devri, işveren değişikliği, işyeri birleşmeleri gibi durumlarda iş sözleşmesini akibetinin ne olacağı, devralan ve devreden işverenin sorumlulukları iş hukukunun önemli konulardan birisini oluşturmaktadır. İş kanununun 6. maddesi İşyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin düzenlemeler içermektedir. İş kanununun

¹⁰⁸ Engin, İşletme Gereklere, s.80; Topal, s. 59.

¹⁰⁹ Keser, s.448-450; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.349; Köseoğlu, s.45.

¹¹⁰ Keser, s.449.

6.maddesi birinci fıkrası uyarınca, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”. İş kanununa göre, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devredilmesi iş sözleşmesinin gerek işveren gerekse de işçi tarafından feshi için haklı bir sebep oluşturmamaktadır¹¹¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da İş Kanununda olduğu gibi bölünme, birleşme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümler içermektedir. Türk Ticaret Kanununun 159. maddesinde tam ve kısmi bölünme kavramlarına yer verilmiştir. Tam bölünmede, bölünecek olan şirketin mal varlığının tamamı bölünür, mal varlığı mevcut şirkete veya yeni kurulacak olan şirkete geçer, bölünen şirketin varlığı ise son bulur. Bölünen şirket ortakları da, devralan şirketin ortakları olur. Kısmi bölünmede ise tam bölünmenin aksine, kısmi bölünmede bölünen şirket varlığını devam ettirir. Bölünen şirketin malvarlığının yalnızca belirli bir kısmı bölünmeye tabi tutulur.

TTK'nın 136. maddesi birinci fıkrasında ise, birleşme hüküm altına alınmış ve birleşmenin iki farklı şekilde olabileceği belirtilmiştir. Kanuna göre, “Bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şeklinde birleşme” veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”, yoluyla birleşebilirler” hükmünü ihtiva etmektedir. Devralma şeklinde birleşme söz konusu ise devir alan ve devir eden iki şirket mevcuttur. Birleşmeyi kabul eden şirket “devralan” olarak adlandırılır, katılan şirket ise “devrolunan” olarak adlandırılır. Birleşme devralan şirket bünyesinde olacağından, devralan şirketin tüzel kişiliği devam edecek yani varlığını sürdürecektir. Devir eden şirketin tüm varlıkları ve

¹¹¹ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.332; Keser, s.475; Özkaraca, s.148; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 93; “İşyerinin tamamen veya kısmen devrinde iş sözleşmesinin devamlılığının sağlanması yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi iş sözleşmeleri bakımından değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa tabi tüm iş ilişkileri içinde uygulanmaktadır” (Ekmekçi, Ömer, “Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/ Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık 2011, s. 155).

borçları devralan şirkete geçmektedir. Yeni kuruluş şeklinde birleşme söz konusu olduğunda, her iki şirketin tüzel kişiliği sonlanmakta ve yeni bir tüzel kişilik oluşmaktadır. Bu tür ile şirketlerin birleşmesi halinde birleşen şirketlerin varlıklarının ve borçlarının tamamı yeni kurulan şirkete geçmektedir¹¹².

Türk Ticaret Kanunu, birleşme, bölünme ve tür değiştirme söz konusu olduğunda, konuyla ilgili menfaat sahiplerinin haklarının korunmasına önem vermiştir. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanununun 178. maddesinde şirket bölünmesinin iş ilişkisine etkisi düzenlenmiştir¹¹³.

Türk Ticaret Kanununun 178. maddesine göre, “- (1) Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.

(2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

¹¹² Tulukçu, N. Binnur, “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.18, Y. 5, Haziran 2010; Özkaraca, s.64-66.

¹¹³ Ekmekçi, iş ilişkilerinin geçmesi başlıklı 178. Maddeye birkaç temel eleştiri yönelmiştir. Bu eleştirilerden birincisi, “ülkemizde taraflar arasında iş ilişkisini düzenleyen ayrı bir mevzuatın bulunduğu, şirket bölünme, birleşme ve tür değiştirmenin iş ilişkilerine etkisi Türk Ticaret kanununun konusu ve görevi olmadığı”, ikincisi ise, “TTK. 178/4’deki düzenlemenin bölünme, tür değiştirme ve birleşme ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı, farklı bir konu içermiş olmasına rağmen sırf İsviçre Kanun koyucusunun bu şekilde bir tercih yapmış olması sebebiyle tercih edilmesinin hatalı olduğu”, üçüncüsü ise, “TTK. 178/5’de işçilere birinci fıkrada öngörülen muaccel alacakların teminat altına alınmasını isteyebilme hakkı tanındığını ancak TTK. 178/1’de muaccel alacağa ilişkin bir ibareye yer verilmemiş olduğu, olmayan bir ibareye atıf yapılmasının da mantıklı olmadığı” yönündedir(Ekmekçi, s. 157).

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.

(5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.

(6) Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler”.

Madde hükmü ile TTK. hükümlerine tabi işyeri devrinde, işçinin iş sözleşmesinin devredilmesine itiraz hakkı tanınmıştır. İşçinin itiraz etmemesi üzerine iş sözleşmesinin devralana geçeceği kabul edilmiştir. Ancak İş Kanununun 6. maddesi kapsamında iş sözleşmesinin devrinin söz konusu olması durumunda işçiye itiraz hakkı tanımamıştır. TTK' nın 178. maddesi işçinin devre itiraz etmesi sebebiyle iş sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresinin sonunda¹¹⁴ fesih olunacağına ilişkin hüküm ihtiva ederken, İş Kanunu'nun 6. maddesi işçi ve işverene devirden kaynaklı fesih hakkı tanımamaktadır¹¹⁵. İsviçre Hukukunda işçiye her türlü devre itiraz hakkı ile işten ayrılma hakkı tanınmıştır¹¹⁶. Ancak gerek İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda itiraz hakkının kullanımsüresi, şekli, itirazın muhatabının kim olduğu gibi konularda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹⁷. İsviçre Hukukunda itiraz hakkının kullanım süresi, şekli, itirazın muhatabının kim olduğu gibi konularda değişik görüşler bulunmaktadır. İşçiye tanınması gereken süre bakımından ileri

¹¹⁴ TTK 178/2 'deki sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresinin sonunda ifadesi ile kastedilen, iş ilişkisinin yasal fesih bildirim süresinin sonunda sona ermesidir.

¹¹⁵ Alp, Mustafa “ Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme Ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi(TTK 178, 158, 190)” , **Çalışma Ve Toplum**, 2012/1, s. 56; Özkaraca, yasal bir düzenleme ile iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin hukuki sonuçlarının uygulanabileceği şekilde işçiye itiraz hakkının tanınmasının gerekli olduğu görüşündedir(Özkaraca, s.193, 271).

¹¹⁶ Alp, Bölünme, ayrıntılı bilgi için bkz. s. 61; Çelik/ Canikoğlu/Canbolat, s. 94.

¹¹⁷ Alp, Bölünme, s.62.

sürülen bir görüşe göre, iş akitleri için öngörülen deneme süresinin kıyasen devre itiraz içinde uygulanması gerektiği, diğer bir görüşe göre, işçiye itiraz için her somut olaya göre makul süre tanınması gerektiği yönündedir¹¹⁸. İtirazın yapılış şekli bakımından ileri sürülen görüşe göre, işçiye itiraz hakkı tanınabilmesi için devrin işçiye duyurulması gerektiğidir¹¹⁹. İtirazın yapılış şekli bakımından herhangi bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle sözlü beyanında geçerli olacağı, ancak ispat kolaylığı sağlaması için itirazın yazılı olarak yapılmasının yeğlenmesi gerektiği yönündedir¹²⁰. İtirazın muhatabının kim olduğuna ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, hem devredene hem devralana birlikte yapılması gerektiği, diğer bir görüş ise devreden veya devralandan birine yapılan itirazın yeterli olacağı şeklindedir¹²¹.

Yargıtay konu ile ilgili kararında şu ifadelere yer vermiştir;

“..İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğinin korunmasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddî ve maddî olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi, işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkânı vermez. İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir...”¹²².

¹¹⁸ Alp, Bölünme, s.62.

¹¹⁹ Alp, Bölünme, s.62.

¹²⁰ Alp, Bölünme, s.63.

¹²¹ Alp, Bölünme, ayrıntılı bilgi için bkz. s. 62-63.

¹²² Y. 9. HD., E. 2009/27247, K. 2012/560, T. 17.01.2012 (Çalışma ve Toplum Dergisi 2012/4, S.35, s.370-375), http://www.calismatoplum.org/sayi35/abc/11_29.pdf, e.t: 08.11.2017.

Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında¹²³, işyeri devrinin fesih olarak nitelendirilemeyeceğini, devir sebebiyle de feshe bağlı hakların istenmesinin mümkün olmayacağını, ayrıca işyeri devrinin de kural olarak işçiye haklı fesih imkânı sağlamayacağını belirtmektedir.

Türk Hukukunda işyeri devri ve sonuçlarını düzenleyen iki farklı kanun hükmü yürürlükte bulunmaktadır. Bu durum her ne kadar TTK. 178 ile İK. 6 hükümlerinin çatışmadığı konularda sorun oluşturmasa da, ihtilaf söz konusu olduğunda hangi kanun hükmünün öncelikli olarak uygulanacağı konusunda çeşitli ilkeler bulunmaktadır¹²⁴.

TBMM Adalet Komisyonu raporunda, konuya ilişkin İş Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile getirilen hüküm bulunmasına rağmen, konunun ayrıca Türk Ticaret Kanununda da neden düzenlendiği hususu ayrıntılı bir şekilde yer almaktadır.

Bu kapsamda oluşturulan rapora göre; *“Adalet Komisyonu Değişikliği Alt Komisyonunda, Tasarının 178’ inci maddesinin görüşmelerinde, 22 Mayıs 2013 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin varlığı karşısında, bu maddeye gerek olmadığı, bu maddenin gerekli olduğu sonucuna varılması durumunda ise iki madde arasında çelişki veya kesişme noktaların bulunup bulunmadığı sorunları tartışılmıştır.*

1. İş Kanununun 6. maddesi genel bir hüküm olup iş yerinin tam ve kısmî tüm devir hallerinde uygulanır. Bu madde, birlikte sorumluluk halleri hariç tüzel kişilerin, bu arada ticaret şirketlerinin birleşme, katılma veya türünün sona ermesi hallerinde uygulanmaz. Hüküm uyarınca devredilen, tam bölünen veya türü değiştirilen şirketin Kollektif veya komandit şirket olması halinde, Kollektif ve komandite ortaklar işçilerin alacaklarının ödenmesinden madde çerçevesinde devrolunan şirketle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır.

¹²³ Y. 9. HD., E. 2011/53597 K. 2014/3601 T. 6.2.2014; Y. 7. HD., E. 2013/1753 K. 2013/3805 T. 18.03.2013; Y. 9. HD., E. 2008/83 K. 2009/13703 T. 21.05.2009 <https://www.lexpera.com.tr> e.t: 05.05.2019.

¹²⁴ Alp, Bölünme, ayrıntılı bilgi için bkz. s.56.

2. Tasarının 178 inci maddesi ise sadece bölünme, birleşme (Tasarı m. 158, f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m. 191) hallerinde uygulanan –İş Kanununun 6. maddesine nazaran- özel bir hükümdür. Bu maddenin İş Kanununun 6. maddesine üstün tarafı işçinin lehine olarak müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak birleşme ve tam bölünmede devrolunan şirketlerin infisah etmeleri sebebiyle eski işveren bulunmadığı için 191 inci maddeden açıkça anlaşıldığı üzere bu sorumluluğu birleşmede, tam bölünmede ve tür değiştirmede şahıs şirketleri bakımından “ortakların kişisel sorumlulukları” çerçevesinde kabul etmiştir. Kısmî bölünmede ise eski ve yeni işverenler işçilerin alacakları için müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece tasarı işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanununun 6. maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirmiştir.

3. Diğer yandan 178 inci madde, işçiye itiraz hakkı tanıdığı, aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça işverenin iş sözleşmesinden doğan alacaklarını başkasına devretmesine izin vermediği, alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilmek hakkını işçiye tanıdığı için İş Kanununun 6. maddesinden daha iyidir ve amaca daha uygundur.

4. Aynı yargıyı maddenin altıncı fıkrası da desteklemektedir. Bu gerekçelerle Alt Komisyonumuz 178 inci maddenin, İş Kanununun 6. maddesi karşısında özel hüküm olarak korunmasında, düzenlediği alanlarda uygulanmasında, gereğinde İş Kanununun 6. maddesinden boşlukların doldurulmasında istifade edilmesinde yarar görmüş, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır. Alt Komisyonumuz, iki madde arasında İş Kanununun 6. maddesinin dördüncü fıkrası yönünden bile çelişki bulunmadığı görüşündedir. Aksi sonuca varılması halinde bu fıkra düzenlenecek olan Türk Ticaret Kanununun Uygulanması ve Yürürlüğü Hakkında Kanun ile kaldırılabilir.

Alt Komisyonunda tespit edilen yukarıdaki hususlar, Komisyonumuzca da yerinde görülerek, madde aynen kabul edilmiştir¹²⁵”.

Görüldüğü üzere TTK' nın 178. maddesi İş Kanununun 6. maddesi karşısında özel hüküm niteliği taşımaktadır¹²⁶. Nitekim TTK' nın ilgili maddesi sadece bölünme, birleşme ve tür değiştirme hallerinde uygulanacak, geri kalan işyeri devri durumlarında ise İK 6 ve İş kanunu kapsamı dışında onunla aynı hükümleri içeren TBK. 428. maddesi uygulanacaktır. Ayrıca ilgili maddenin işçi lehine müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olması ve işçiye itiraz hakkı da tanınması yine İş Kanununun 6. maddesinden üstün olan tarafını göstermektedir¹²⁷.

¹²⁵ Doğrusöz, Bumin/ Onat, Öznur/ Töralp, Funda Tunçel, “Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu (Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri Kıymetli Evrak Hükümleri)” C.I (Madde 1 - 849) Temmuz 2011 s. 305-306 http://www.tobb.org.tr/YayinMudurlugu/Documents/Kitaplar/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf,e.t: 08.11.2017; Alp, Bölünme, s. 58.

¹²⁶ Alp, Bölünme, s.58; Çelik/ Canikoğlu/Canbolat, s.95.

¹²⁷ Ekmekçi; “Komisyon raporu son derece yanlış ve yanıltıcı ifadeler taşımaktadır. Söz konusu komisyon İş Kanununun 6. maddesinde ve 6102 sayılı kanunun 178. maddesi ile neyin düzenlendiği hususunda fikir sahibi değildir. Nitekim şahıs şirketlerinin ortaklarının kişisel sorumluluklarından bahsederek, bölünme kurumunun yalnızca sermaye şirketleri ve kooperatiflere has olduğu hususunu atlanmıştır.

Raporda, TTK. 178. maddesinin İş Kanununun 6.maddesine oranla daha iyi, toplumsal yönden de daha güçlü ve amaca daha uygun hüküm gerektirdiğinden bu yönde bir düzenlemenin yapıldığından söz edilmişse de, devir halinde iş ilişkisinin devamlılığını sağlamayan, şirketin birleşmesi ve tür değiştirmesi halinde dahi işçiye itiraz hakkı tanınmasının çalışma hayatında yeni sorunlara yol açacak olan hükmün, nasıl toplumsal yönden güçlü olabileceğinin anlaşılmadığı, bir başka ifadeyle bir limitet şirketin anonim şirkete dönüşmesi durumunda, salt basit bir unvan değişikliği nedeniyle, işçiye bu değişikliği kabul etmeme hakkı tanınmanın izah edilebilir bir yönünün bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca iş hukukunda belirleyici olan hususun işverenin şahsi kimliğinin olmadığı, işyeri ve çalışma koşullarının olduğunu belirterek, birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi değişikliklerin işyerindeki çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana getirmesi durumunda işçiye itiraz hakkının tanınabileceği, aksi halde işçiye itiraz hakkı tanınmasının hiçbir makul ve haklı açıklamasının bulunmadığını “ belirtmiştir.

Hükme ilişkin yaptığı bir başka eleştiri ise, “işçinin değişikliğe itiraz etmesi halinde, hizmet sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona ereceğine ilişkin düzenlemenin olduğu, adalet komisyonunun her ne kadar iş kanununun 6. maddesini yetersiz bulması ve bu nedenle işçinin özel olarak korunması gerektiğini düşünse de, söz konusu maddenin İş Kanununun diğer hükümleri ile bağdaşıp bağdaşmadığının farkında olmadığını, örneğin işçiye itiraz hakkı tanındığında bu hakkı ne kadar süre içerisinde kullanması gerektiği, işçinin itirazı fesih iradesi olarak değerlendirilip, değerlendirilmeyeceği, fesih iradesi olarak kabul edilmesi halinde haklı nedenle fesih olup olmadığı,

Bir veya daha fazla işverenin bir başka işyerince devralınması veya iki veya daha fazla sayıdaki işyerlerinin birleşerek yeni bir işyeri kurulması ile işgücü fazlalığının oluşması halinde, işverenler çeşitli işletmesel karar almaktadırlar. Birleşme sonucunda yeniden yapılanmaya gidilmiş, bu durumdan kaynaklı işyerinde gerçekten işgücü fazlalığı doğmuş ise, işveren işçilerin hizmetine ihtiyaç duyulmadığını ispat ederek işçilerin iş sözleşmesini feshedebilir¹²⁸. Konuyla ilgili İş Kanununun 6. Maddesinin 5.fıkrasında, *“Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır”*. denilmektedir.

Birleşme sonucunda iki ayrı tüzel kişilik tek tüzel kişilik halini almakta ya da her iki işveren şirketin aynı sermaye grubuna bağlı mevcut tüzel kişilikleri ile faaliyetlerine devam edilmekte, teknolojik alt yapı teke inmektedir. Ekonomik ve teknolojik bakımdan daha verimli çalışabilmek amacıyla iş organizasyonunda yapılan

işçinin itirazı durumunda kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı gibi soruları beraberinde getirdiğini” belirtmiştir.

Bir diğer konuya ilişkin husus ise, “178. maddenin gerekçesinde, hükmün ilk altı fıkrasının İsv. BK 333 üncü maddesinden alınmış olduğu ve İBK. 49. maddesinin anılan hükme gönderme yaptığı belirtilmiştir. TTK. ile hemen hemen aynı tarihlerde yürürlüğe girmiş olan TBK’na atıfta bulunulmamış, TTK ilgili maddesinde İsv. BK. 333 maddesi düzenlemiştir. İşyerinin tamamen veya kısmen devri durumunda işçiye itiraz hakkı Türk hukukunda bulunmamakta, devir halinde iş ilişkilerinin durumdan etkilenmemesi yolunda sistem benimsenmiştir. Oysa İsviçre Borçlar Kanununda ise, işçiye itiraz hakkı tanımlanmıştır. Bu durumda ortaya çelişkilerin çıkmasına sebep olduğunu belirtmiştir”.

Yine Yazar’a göre; *“6102 sayılı TTK’ nın öncelikli olarak uygulanmayacağı nitekim aynı tarihte İş Kanununun 6. maddesine paralel bir düzenleme içeren TBK’ nın 429. maddesinin yürürlüğe girdiği, ayrıca TTK’ nın birleşme, bölünme, tür değiştirme halinde iş ilişkilerinin akıbetine ilişkin özel bir kanun olamayacağı, iş ilişkilerini düzenleyen özel kanunun iş kanunu olduğu ve TBK’ da iş ilişkilerine ilişkin hükümleri ile bu konuda TTK ‘ya oranla uygulama önceliğine sahip olduğu”* görüşündedir (Ekmekçi, s. 157). Alp ise, tür değiştirme söz konusu olduğunda işçinin itiraz hakkının bulunmadığını, ancak tür değiştirme ile birlikte işverende değişmesi durumunda ise itiraz hakkının olduğu görüşündedir. (Alp, Bölünme, s. 62).

¹²⁸ Keser, s.479; Tulukçu, s.136.

değişiklikler sebebiyle bazı bölümlerde çalışan işçilerde istihdam fazlalığı meydana gelmekte, işçilerin iş sözleşmeleri bu yeni organizasyon gereği işletme gereklerine dayanarak geçerli sebeple feshedilmektedir¹²⁹. İşverenin girişim özgürlüğüne dayanarak aldığı kararların sonucunda feshin geçerli sebeple yapıldığının kabulü için, işçinin işyerinde çalışma imkânının fiilen kalmamış olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle iş akdi feshedilen işçilere başka bir bölümde uygun bir iş imkânı bulunmuyor ise fesih, geçerli bir fesih oluşturur¹³⁰.

Yargıtay 2012 tarihli kararında şu ifadeler yer vermiştir;

“...Dosya içeriğine göre, davalı işveren banka bünyesinde gerçekleştirilen yapılanma çerçevesinde Kozyatağı ve İstanbul Takas Merkezinin birleştirildiği, bundan dolayı oluşan personel fazlalığı sebebiyle davacının iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiğini ileri sürdüğüne göre, öncelikle işverence alınan işletmesel karar sonucu personel fazlalığı meydana gelip gelmediği, gelmiş ise bu fazlalığın bankanın başka birimlerinde değerlendirilme imkânının bulunup bulunmadığı, böyle bir imkân mevcut değil ise davacının hizmet sözleşmesinin feshinde objektif davranılıp davranılmadığı hususlarında üçlü bilirkişi marifetiyle, bilirkişilere işyeri kayıtlarında inceleme yapma yetkisi de verilmek suretiyle araştırılıp tespit edilmeli, bundan sonra deliller yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak oluşacak sonuç uyarınca karar verilmelidir...”¹³¹.

Şirketlerin birleşmeleri sonucunda, yeni şirket bünyesinde oluşan istihdam fazlalığına dayalı olarak, iş akdi feshine ilişkin işletmesel kararlar, belirli koşulların varlığı halinde mahkemelerce kabul edilmektedir. Mahkemelerce söz konusu kararlar, yerindelik ve uygunluk denetimi yönünden her ne kadar denetlenemeyecek olsalar da, kararların tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı,

¹²⁹ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s.13,15; Keser, s. 476, Özkara, s. 279-280.

¹³⁰ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri s.18; Keser, s.477.

¹³¹ Y.22. HD., E.2011/14975, K. 2012/12511T. 05.06.2012, (Çalışma ve Toplum Dergisi, Hakemli Dergi 2012/4 S.35 s.434-436), http://www.calismatoplum.org/sayi35/abc/11_51.pdf, e.t: 08.11.2017.

işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı hususlarında sırasıyla tutarlılık, keyfilik, ölçülülük denetimine tabi tutulacaklardır.

7. Emekliliğe Hak Kazanma

Emeklilik, belirli bir süre çalışmış olan bir kimsenin çalışma hayatını sonlandırması, aktif çalışma statüsünden çıkmasıdır¹³². İş hukuku kapsamında emeklilik, çalışanın bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşunun ilgili olduğu mevzuatının öngördüğü şartların oluşması durumunda yaşlılık aylığını kazanması anlamına gelmektedir. Emekli ise bu işlemlere konu olan çalışanlardır.

Uygulamada işverenlerin, işçinin belirli yaşa gelmiş olması nedeniyle veya emekliliğe hak kazanmış olması nedeniyle, işçinin iş akdini feshetmeleri sıkça karşılaşılan durumlardan birisidir. Ancak söz konusu durum kural olarak tek başına geçerli bir fesih nedeni oluşturmamaktadır¹³³.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün, 166 Sayılı İşverenin Girişimiyle İş İlişkisinin Sonlandırılması Yönündeki Tavsiye Kararında da, işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasının fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca ülkenin iç mevzuatıyla yahut uygulamasıyla emekliliğe hak kazanmanın fesih nedeni olarak kabul edilmesinin durumun istisnası olacağı kabul edilmiştir¹³⁴.

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesine bakıldığında ise, emeklilikten söz edilmiş ve emekliliğin, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde geçerli sebep olacağı belirtilmiştir. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan, işletme içi veya dışı bir sebep söz konusu olduğunda,

¹³² Keser, s. 463.

¹³³ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.192; Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.123; Keser, s. 464; Baysal, Ulaş "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması Ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik", **Sicil İş Hukuku** Dergisi, S.28 Aralık 2012, s.148; Ekonomi, Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler", **Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası**, Ekim 2002, s.9 <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/isGuvencesi.pdf> .

¹³⁴ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.192.

emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi, geçerli sebep olarak kabul edilmektedir¹³⁵.

Genellikle işverenler, yaşlılık kavramı ile emeklilik kavramını birlikte ele almaktadır. Bu durumun nedeni, emeklilik hakkını kazanan çalışanın, yaşla birlikte konsantrasyonunun düşeceği ve işinde verimli olamayacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple işverenler, emekli olmaya hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, belirli bir yaşa gelmiş olmasından kaynaklı olarak iş görme borcunu gereği gibi ifa edemediklerini, işe yoğunlaşamadıklarını, verimlerinin düştüğünü iddia etmektedir. Dikkat edilmesi gereken önemli nokta, 4857 sayılı İş Kanun 18. maddesinin gerekçesinde, emekliliğin geçerli sebep olacağı açıkça belirtilmiş olmasıdır. İşçinin belirli bir yaşa gelmiş olmasından kaynaklı olarak iş görme borcunu gereği gibi ifa edememesi, işe yoğunlaşamaması gibi durumlar İş Kanunda düzenlenen işçinin davranışı ve yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerdendir. Bu sebeplerin, işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri olmamaları nedeniyle, işveren işçinin davranışı ve yetersizliğinden kaynaklanan bu sebepleri ispatlamak ve ayrıca İş Kanununun 19. maddesi uyarınca işçinin savunmasını da almak zorundadır¹³⁶.

Bununla birlikte, işverenin fesih bildirim sebebiyle bağlı olması kuralı çerçevesinde, işveren fesih bildirim sebebinin salt emekliliğe dayandırmış ve başkaca bir neden bildirmemiş ise, işverenin daha sonra bildirmiş olduğu fesih sebebinin

¹³⁵ Keser, s. 465.

¹³⁶ Keser, s.466 ; Y. 9. HD., E.2004/33744, K.2005/2727, T. 31.01.2005; "Dosyada ki bilgi ve belgelere göre davacının iş sözleşmesi "emekli aylığı bağlanmasına hak kazanması, işe yoğunlaşmasının ve iş veriminin giderek azalması ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması sebebiyle" gerekçesi ile feshedilmiştir. Belirtilen işe yoğunlaşmama ve verim azlığı işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerdir. 4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesi uyarınca, İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. İşverenin sözü edilen kanunun, 25 inci maddesinin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklı olmak şartı ile, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Somut olayda davalı işveren davacının savunmasını almadığı gibi, hizmetine ihtiyacı olmadığını da kanıtlamış değildir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı bulunmuştur" (Çankaya/ Günay/ Göktaş, s.123, dn.234).

değiştirme olanağı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla işverenin fesih sebebi olarak emekliliği belirtmiş olmasının yanında işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan başkaca bir nedenin bulunmaması durumunda feshin geçerli sebebe dayanmadığı kabul edilecektir¹³⁷.

Toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliklerine konulan bir hüküm ile emekliliğe hak kazanan çalışanın iş akdinin feshedilmesi uygulamada sıkça karşılaşılan durumlardan birisidir. Yargıtay'da konu ile ilgili birçok kararında, toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliklerine konulan hüküm ile emekliliğe hak kazanan işçinin iş akdinin feshedilmesinin genel ve objektif bir biçimde uygulanması durumunda geçerli olduğunu kabul etmektedir¹³⁸. Özetle, emeklilik ile ilgili düzenlemenin işyerinde genel ve objektif bir şekilde uygulanması durumunda, iş sözleşmesinin feshinin geçerli olacağı kabul edilmekte olup bu iki ölçütünde bir arada bulunması gerekmektedir¹³⁹. Sosyal seçim ölçütü olarak işveren, işgücü fazlalığını azaltmak amacıyla işletmede emekliliğe hak kazanan işçileri göz önünde bulunduruyor ve bu işçilerden yalnızca birkaçı işten çıkarılıyor ise, bu işçilerin

¹³⁷ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.193; Keser, s.467.

¹³⁸ Y. 22. HD., E.2017/699, K. 2017/719, T. 23.01.2017

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2017-699.htm&kw=emeklilik+fesih+genel+objektif+y%C3%B6netmelik#fm>, e.t: 19.11.2017; Y. HD., E. 2005/34142, K.2005/36780, T. 21.11.2005; "Davalı Banka anılan Kanun ve Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde özelleştirmeye hazırlanırken yeni teknolojilerin uygulanması, yeni bankacılık yöntem ve işlemlerinin devreye sokulmasını sağlamak yolunda yeniden yapılanmaya gitmiş; 08.08.2001 tarih ve 423 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile 20 / 200 olarak belirlenen norm kadroya göre ihtiyaç fazlası personel bulunduğu sonucuna varılarak bir kısım işçinin işten çıkarılması gerektiği sonucuna varmıştır. Davalı Banka Yönetim Kurulu, çıkarılacak işçilerin seçiminde "sosyal seçim ölçütü" oluşturmak amacıyla 25.05.2005 tarih ve 158 sayılı karara ile İnsan Kaynakları yönetmeliğinin "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi" başlıklı 110. Maddesinin 110. 3 fıkrasına D bendi olarak "Emekliliğe tabi 30 hizmet yılını dolduranlar Bankada çalıştırılmaz. Bu durumdaki personelin yasalar ve yönetmelikten doğan tüm parasal hakları ödenmek kaydıyla sözleşmeleri feshedilir." hükmünün eklenmesine karar vermiştir. Davalı işveren, yukarıda işletme gerekleri ile birlikte Yönetmeliğin anılan hükmüne uygun olarak 30 hizmet yılını dolduran ve emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerini feshederek ülke çapında genel ve objektif bir uygulama yapmıştır. ... Bu maddi ve hukuki olgulara göre, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir". (Çankaya/ Günay/ Göktaş s.124 dn. 235); Baysal, s.151; Şahlanan, Fevzi, "Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol İle Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi-Geçerli Neden(Karar İncelemesi)" **Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Dergisi**, S. 394, Ekim 2013, s. 3, Keser, s. 486.

¹³⁹ Baysal, s.150-151; Keser, s. 468. ;Çankaya/ Günay/ Göktaş s.124; Şahlanan, Karar İncelemesi, s.4.

seçiminde emeklilik koşulu haricinde başkaca hangi kriterlerin dikkate alınıp alınmadığına bakılmalıdır. Aksi halde bu uygulama objektif ve genel bir uygulama olarak kabul edilmeyecek ve feshin geçerli sebebe dayanmadığı kabul edilecektir¹⁴⁰.

Personel yönetmeliği ile emekliliğe hak kazanan işçinin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilmesi, düzenlemenin objektif ve genel olarak uygulanması şartının yanı sıra, personel yönetmeliği ile getirilen hükmün işçinin işe girdiği tarihte mevcut olması ya da daha sonra işçi tarafından kabul edilmesi şartına da bağlıdır¹⁴¹.

Baysal ise, toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliklerine konulan bir düzenleme ile emekliliğe hak kazanan veya belirli bir yaşa gelmenin fesih nedeni olacağına ilişkin hükmün bulunmasının tek başına işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan feshi mümkün kılmayacağını belirtmektedir¹⁴². Bunun nedenini ise, işletme, işyeri ve işin gerekleri kaynaklanan bir nedenin fesih için geçerli bir neden olabilmesi için her şeyden önce işçinin işyerinde çalışma imkanını ortadan kaldırması gerektiği olduğunu belirtmektedir¹⁴³. Bir başka ifadeyle, iş yerinde işçi sayısının azaltılmasını gerektirecek bir işletmesel karar mevcut değilken, emekliliğe hak kazanmanın fesih nedeni olacağına ilişkin hükme dayanılarak yapılan feshin geçersiz olacağını belirtmiştir¹⁴⁴. Bu durumun, İş Kanununun 18. maddesinde sayılan geçerli sebeplerin emredici nitelik taşıması ve tarafların anlaşması ile arttırılmasının, değiştirilmesinin mümkün olmamasından kaynaklı olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, tarafların anlaşarak emekliliğe hak kazanmayı veya belirli bir yaşa gelmeyi geçerli sebep olarak kabul edemeyecekleri görüşündedir¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Çankaya/ Günay/ Göktaş s.124-125.

¹⁴¹ Keser, s. 469.

¹⁴² Baysal, s.151.

¹⁴³ Baysal, s.151

¹⁴⁴ Baysal, s.151

¹⁴⁵ Baysal, s.151.

B. İşletme Dışı Nedenlerden Kaynaklanan Haller

1. Genel Olarak

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan, geçerli fesih sebebi olarak kabul edilen, işyeri dışından kaynaklanan nedenlere İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde yer verilmiştir. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler kanunun gerekçesine göre; *“sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi...”* sebeplerdir¹⁴⁶.

İşçinin iş akdinin feshedilmesine yol açan işletme dışı nedenler, piyasadaki değişikliklerden kaynaklı olarak meydana gelmektedir. İşletme dışı sebeplerin meydana gelmesinde işletmenin doğrudan bir etkisi, müdahalesi bulunmamaktadır¹⁴⁷.

İşletme dışı nedenlere dayanarak işçinin iş akdinin işyeri, işletme ve işin gerekleri nedeniyle işverence geçerli sebebe dayanarak feshedilebilmesi için, işletme dışı nedenin fiilen mevcut olmasının yanında, işyerinde işgücü fazlalığı meydana getirmesi, neticede işçinin çalışmaya devam etme olanağının ortadan kalkması gerekmektedir.

İşveren, işçinin iş sözleşmesinin feshinde işletme dışı nedenlere dayanmış ise bu gerekçeyle bağlıdır. Bunun anlamı aleyhine işe iade davası ikame edilen işveren, işletme dışı sebeplerin fiilen mevcut olduğunu, işletme dışı sebeplerin hangi kapsam ve yoğunlukta olduğunu, işçilerin çalışmaya devam etme olanağının ortadan kalktığını ispat etmek, işletme dışı sebeplerle işyerindeki işçi sayısının azaltılması

¹⁴⁶ Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu 18. Madde gerekçesi, <https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is-kanunu-yenilenmis-4-baski/pdf-is-kanunu-yenilenmis-4-baski.pdf>, s.94-98.

¹⁴⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s. 300; Keser, s. 514.

arasındaki bağlantıları somut ve ayrıntılı olarak belirtmesi gerekmektedir¹⁴⁸. Ayrıca işveren iş sözleşmesinin feshinde sadece işletme dışı sebep nedeniyle ortadan kalkan işte çalışan işçi ya da işçileri seçtiğini de ispat etmelidir¹⁴⁹. Mahkemelerce de bu kapsamda, işletme dışı sebeplerin işverenin işine etki edip etmediği, etki ediyor ise bunun ölçüsü, söz konusu durumun doğrudan işçi sayısına etki edip etmediği, işçi sayısına etki etmesi halinde ne kadar işçiye etki edip etmediği konusu araştırılacaktır¹⁵⁰.

Yargıtay'ın 2008 tarihli kararında şu ifadelere yer vermiştir;

"...İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu İşyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına

¹⁴⁸ Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.301; Kar, İş Güvencesi, s.638; Keser, s. 515; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.239.

¹⁴⁹ Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.249-250.

¹⁵⁰ Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.238; Kar, İş Güvencesi, s.638, Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.302; Keser, s.515.

doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır...¹⁵¹

İşveren, işletme dışı nedenlere dayalı olarak, işletme dışı nedenlerin doğrudan etki ettiği işçilerin tamamını işten çıkarabilir. İşletme dışı sebep, işten çıkarılacak işçilerin sayısının belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Elbette ki, işletme dışı sebeplerin ne oranda ve miktarda işyerindeki işçi sayısının azalmasına neden olduğunu tespit etmek oldukça zordur. Önemli olan işveren tarafından, işletme dışı sebeplere dayanılarak alınan işletmesel karar neticesinde yapılan fesihlerde, işverenin herhangi bir kişisel etkisi olmaksızın meydana gelen işletme dışı olayların sebep olduğu, iş ve işletme organizasyonundaki değişikliğin iş sözleşmesinin feshini kaçınılmaz duruma getirmesidir¹⁵².

İşverenlerin işletme dışı sebeplere dayanarak işletme içinde yeniden yapılanma tedbirlerini uygulayabilmeleri mümkündür. İşverenler, işletme ve işyerinin yönetimi ve yeniden yapılanma kararının alınması için, işletme dışı sebepleri neden olarak görmektedirler. İşverenin işletme dışı sebeplere dayanarak aldığı yeniden yapılanma kararı ile işletme gereklerine dayanan fesih gerçekleşirse, işletme dışı sebepler işçinin iş akdinin feshinde doğrudan sebep oluşturmaz. Mahkemelerce de işe iade davalarında, işletme dışı sebepler üzerinde durulmaz, onun yerine işverenin yeniden yapılandırıcı işletmesel kararları üzerinde durulur.

¹⁵¹ Y.9. HD., E. 2008/30271, K. 2008/25206, T. 6.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2008-30271.htm&kw=`2008/30271`#fm>, e.t: 12.11.2017.

¹⁵² Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.250-252.

İşletme dışı sebepler, işletmedeki iş yoğunluğuna doğrudan doğruya etki etmesi durumunda işletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde dikkate alınmalıdır¹⁵³.

2. Ekonomik Kriz

Ekonomik kriz, işletmelerin varlıklarını tehdit eden, işletmede çalışan işçileri ciddi anlamda etkileyen işletmelerin mali yapısını değiştiren, işletmelerde yapısal ve organizasyonel değişikliklerin yapılmasına sebebiyet veren durumdur.

Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik¹⁵⁴ 3/1-b maddesinde genel ekonomik krizin tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğe göre “*genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları*” ifade etmektedir. Küreselleşmeyle birlikte artan ekonomik krizler, çalışanlar ve işverenler üzerinde oldukça ağır sonuçlar doğurmaktadır. Ekonomik kriz dönemlerinde birçok işletme, maliyetleri azaltma, küçülmeye gitme gibi önlemlerle ayakta kalabilmeye çalışmaktadır. Bu kapsamda, ekonomik kriz dönemlerinde işletmelerde öncelikli olarak işçi sayısının azaltılması, iş sözleşmesinin feshedilmesi durumu gündeme gelmektedir.

İşveren, “ekonomik kriz” sebebi ile işçinin sözleşmesini geçerli sebeple feshedebilir. İş Kanunu, tek başına ekonomik krizi geçerli bir fesih sebebi olarak düzenlememiş, işletme, işyeri ve işin gerekleri kavramının içerisinde değerlendirmektedir. Nitekim İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde “*ülkede yaşanan ekonomik kriz*” den söz edilmektedir.

İşletmenin ekonomik güçlüklerle karşı karşıya kalması geçerli fesih nedenini oluşturmaktadır. Ekonomik krizin temel özellikleri, işletmelerin varlıklarını tehdit ederek faaliyetlerinin önemli derecede ve devamlılık arz edecek biçimde düşmesi,

¹⁵³ Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.303; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.240-241; Keser, s.515.

¹⁵⁴ RG. T. 13.01.2009, S. 27109.

bu durumun acil müdahale gerektirmesi, kontrol edilememesi, işletmelerin önleme mekanizmalarının yetersiz kalmasıdır.

Ekonomik kriz sonrasında ortaya çıkan üretimde, fiyatlarda, satışlarda ve siparişlerde sürekli azalma, müşteri kaybı, finansman ve bütçe açığı işyerini ve işletmeyi objektif olarak etkileyen sebepler olarak kabul edilecektir. Bu sebeplerin ortaya çıkmasıyla, işverenin işyerindeki faaliyetini eskisi gibi sürdürme imkânı ortadan kalkmış ve işyerinde personel fazlalığı oluşmuş, işçinin işyerinde çalışma olanağı da artık bulunmuyor ise geçerli bir feshin varlığından söz edilecektir¹⁵⁵.

Ekonomik kriz işyeri/işletmeyi yukarıda saymış olduğumuz gibi etkilemiyor ve bu duruma bağlı olarak personel fazlalığı oluşturmuyorsa, işverenin ekonomik krizi bahane edilerek iş sözleşmesinin feshetmesi geçerli sebep oluşturmayacaktır¹⁵⁶.

İşveren, iş sözleşmesini geçerli sebeple feshederken genel ve soyut bir ifade olan “ekonomik kriz” ifadesini kullanmakla yetinmemeli, ekonomik krizin işyerinde oluşturduğu etkileri ve bu etkilerin nelerden ibaret olduğunu açıklamalı ve ispat etmelidir¹⁵⁷. Ayrıca işveren ekonomik krizin sürekli bir engel yarattığını da kanıtlamalıdır. Süreklilik ve genel nitelik arz etmeyen ekonomik krizler geçerli fesih hakkı doğurmamaktadır. Bu gibi hallerde işveren, işçilerle anlaşma yoluna giderek ücretsiz izin veya esnek çalışma yahut kısa çalışma gibi uygulamaları tercih etmelidir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Keser, s. 519.

¹⁵⁶ Demir, Fevzi, s.489; Nazlı, s.166; Korkmaz/ Alp, s.208; Mollamahmutoğlu, s.732; Evren, İşletme Gereklere, s.179; Alp, Mustafa, “Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”, **Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukuku’na ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2002 s. 95-96; Süzek, İş Hukuku, s.610; Kar, İş Güvencesi, s. 643.

¹⁵⁷ Alp, Çözüm Önerileri, s. 95-96; Mollamahmutoğlu, s. 732; Evren, İşletme Gereklere, s. 180; Süzek, İş Hukuku, s.609-610; Özcan, s. 174.

¹⁵⁸ Centel, Tankut, “Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Karar İncelemesi, S.286, Ekim 2003, s.32-35; Keser, s. 518.

İşveren tarafından işçinin iş akdinin ekonomik krize dayanarak geçerli sebeple feshedilmesi halinde mahkemelerce ilk önce denetlenecek husus genel ekonomik krizin var olup olmadığı yönünde olacaktır. Genel ekonomik krizin var olduğu sonucuna varılmasının ardından ise, işverence her türlü tasarruf tedbirinin alınıp alınmadığı, işverenin ekonomik kriz karşısında almış olduğu işletmesel kararın istihdam fazlalığı oluşturup oluşturmadığı, işverenin işletmesel kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverence feshe başvurulmadan önce alternatif çözüm yolları mevcut ise bu yollara başvurulup başvurulmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı hususları incelenecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Keser, s. 521; Y.9 HD., E. 2009/39824, K. 2009/29938, T. 02.11.2009, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/2008-2009%20YARGITAY%20KARARLARI-4857-1.pdf>, e.t: 12.11.2017.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VEYA İŞİN GEREKLERİNE DAYALI İŞVERENCE GEÇERLİ SEBEPLE FESHİNDE HUKUKA UYGUNLUK ESASLARI

I. İŞLETMESEL KARAR KAVRAMI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş olmasına karşın, işyeri ve işin gereklerinin neler olduğu hususunda kanunda açıklamaya yer verilmediğini, maddenin gerekçesinde ise, örneklerle açıklanmaya çalışıldığına yukarıda değinmiş bulunuyoruz. İşverenin, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanan işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek istemesi halinde, her şeyden önce fesih bildirimini, hukuken kabul edilebilecek bir işletmesel karara dayandırması gerekmektedir. Zira, işletme gerekleri nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin işe iade davası açması halinde, Yargıtay işverenin bu davranışını haklı gösteren işletmesel kararın varlığını aramaktadır¹⁶⁰.

İşletmesel karar kavramı, İş Kanununda ve kanunun gerekçesinde yer almamaktadır. İş Kanunda yalnızca "işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri" kavramına yer verilmiştir. İşletmesel karar kavramı daha çok Yargıtay kararlarında yer almaktadır. Öğretiye göre işletmesel karar, işin düzenlenmesi konusunda işverenin alternatif seçenekler arasından işyeri ve işletmesi ile ilgili almış olduğu kararlardır¹⁶¹. Bir başka anlatımla işyeri içinde yahut işyeri dışından kaynaklanan bir durumun işyerinin normal işleyişini olumsuz etkilemesi söz konusu olması halinde, işverenin içinde yanlış seçeneklerinde bulunduğu alternatif seçenekler arasından,

¹⁶⁰ Keser, s.397; Demir, Cuma Arif, s.34; Evren, s. 172; Günay, Cevdet İlhan, **İş Davaları**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2016, s. 1101.

¹⁶¹ Keser, s.397.

kendi için en doğru olanını seçerek, işletmesinin geleceği hakkında karar vermesidir¹⁶².

İşletmesel karar alma işverenin yönetim hakkına dayanmaktadır¹⁶³. İşveren sahip olduğu yönetim hakkı kapsamında işletmesi, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili ve yine iş sözleşmesinin yapılmasından iş sözleşmesinin feshine kadar tüm konularda karar alma hak ve yetkisine sahiptir. İşverenin yönetim hakkı kapsamında, iş sözleşmesinin feshi de dahil olmak üzere almış olduğu her türlü karar işletmesel karardır¹⁶⁴.

İşveren yönetim hakkına dayanarak işletmesel karar alma ve uygulama hakkını kullanırken TMK.'nın "dürüst davranma" kenar başlıklı 2. maddesini¹⁶⁵ gözetmek, yani dürüstlük kurallarına uymak zorundadır¹⁶⁶. Aksi halde bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağından yargı organlarınca geçersiz sayılacaktır.

Yargıtay, kararlarında işletmesel karar kavramına sıkça yer vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarından birinde işletmesel kararı şu şekilde tanımlamıştır;

¹⁶² Kar, İş Güvencesi, s. 635; Keser, s. 398.

¹⁶³ "Yasalar çerçevesinde toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak şartıyla, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleme konusunda işverenin sahip olduğu talimat verme yetkisine işverenin yönetim hakkı denir" (Sarper, Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı Ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan, 1998, s.225); "Bilindiği üzere, işverenin yönetim hakkı, işverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümlerine, toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına denmektedir" (Keser, s. 399).

¹⁶⁴ Keser, s.398-399; Evren, İşletme Gereklere, s.173.

¹⁶⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanun madde 2 "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>.

¹⁶⁶ Keser, s.404; Balkır, Z. Gönül, "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, Aralık 2008, s.74.

“4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir”¹⁶⁷.

Yargıtay'ın kararlarından da anlaşıldığı üzere; işletme, işyeri ve işin gereklerine dayanan fesihlerin temelini, işverenin işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi konusunda almış olduğu işletmesel kararları oluşturmaktadır.

Alman Hukukunda işverenin işletme gereklerine dayalı olarak gerçekleştirdiği feshin temelinde işletmesel kararın olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁸. İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltmaya yönelik almış olduğu karar işletmesel karar olarak nitelendirilmekle birlikte iş yerinde işçi sayısının azaltılma kararının nedenlerinin açık bir şekilde ortaya konulması ile işletmesel karar hukuka uygun kabul edilebilir. Bu durumda işçinin iş akdinin feshedilmesi de işletmesel karar kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Y. HGK. E. 2012/22-1407 K. 2013/708, 15.5.2013 T.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2012-22-1407.htm&kw=i%C5%9Fletmesel+karar#fm> e.t:26.10.2017.

¹⁶⁸ Çankaya/ Günay/Göktaş, s.91.

¹⁶⁹ Kar, İş Güvencesi, s.636.

İşletmesel anlamda işverenlerin üç tip kaynağı bulunmaktadır. Bunlar, parasal kaynaklar (nakit, kredi vb.) , materyal ve fiziksel kaynaklar(tesisat, stoklar vb.), ve çalışanlardır. İşverenler genellikle elindeki bu kaynaklarını üretime veya pazarlamaya yöneltilmektedirler. İşverenin işletmeci kimliği ile işletmenin verimliliğini arttırma gayesiyle aldığı işletmesel kararların sınırlarını ise, işçinin iş sözleşmesinin feshine karşı koruyan hükümler oluşturmaktadır¹⁷⁰. Özetle, işveren tarafından alınan işletmesel karar salt kar gütme amacı taşımamalı, işletmeyi ve işyerini tüm unsurları ile koruyan meşru bir amaca hizmet eden karar olmalıdır.

Uygulamada karşılaşılan işletmesel karar almaya gerekçe gösterilen sebepler genel olarak aşağıdaki gibidir:

- ❖ Talep ve sipariş azalması
- ❖ Teknolojik gelişmeler
- ❖ Yeni teknolojik ürünlerin kullanılmaya başlanması,
- ❖ Nitelikli, ileri teknoloji kullanabilen personel gereksinimi,
- ❖ Ekonomik kriz kaynaklı iş yoğunluğunun azalması
- ❖ Piyasa şartlarına uyum sağlamak,
- ❖ Sektörde oluşan yoğun rekabet,
- ❖ Verimliliğin arttırılması,
- ❖ Üretim giderlerinin, maliyetin artması,
- ❖ Sürüm ve satış olanaklarının düşmesi, siparişlerin azalması,
- ❖ Hammadde sıkıntısı,

¹⁷⁰ Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s.220; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.998; Demir, Cuma Arif, s.35.

- ❖ Zarar edilmesi sebebiyle faaliyete devam etmenin imkânsızlaşması,
- ❖ Firmanın faaliyet alanının değişmesi
- ❖ Küçülmeye gidilmesi,
- ❖ Şirket birleşmesi sonucu yeniden yapılanma.
- ❖ Ekonomik durgunluk ve talep azlığı gibi sebeplerdir.

İşletmesel olarak gösterilen durumlar nedeniyle işverenin işletmesel karar olarak işçinin iş ahdini feshetmesi halinde fesih, denetime tabi tutulmaktadır. Bu nedenle feshin işletme gereklerine dayandığını işveren kanıtlayamazsa işçinin menfaatinin işletmesel kararın üstünde tutulması gerekmektedir¹⁷¹.

I. Bağlı İşveren Kararı

İşverenin arzusu ve isteği olmaksızın ortaya çıkan ve ifa ile ifayı kabule engel nitelikteki işletme risklerinden dolayı işverenin almış olduğu kararlar bağlı işveren kararı olarak kabul edilmektedir¹⁷².

Bir sözleşme ilişkisinde ifa ve ifayı engelleyen nedenler olarak, umulmayan haller ve zorlayıcı nedenler gösterilmektedir. Umulmayan haller, önceden öngörülmemeyen fakat borçlunun risk ve sorumluluğundan kaynaklanan, borçlu bakımından sübjektif olarak kaçınılmayan olgulardır. Umulmayan haller nispi nitelik taşımakta olup, söz konusu kaçınılmazlık sorumlu kişi yönünden etkilidir. Zorlayıcı neden ise, kimse tarafından önceden öngörülemeyen, bertaraf edilmesine olanak bulunmayan ve ifayı imkânsız kılan olgulardır. Zorlayıcı nedenler mutlak nitelik taşımakla birlikte söz konusu kaçınılmazlık ise, borçlu dâhil herkese etki etmektedir¹⁷³. Türk Borçlar Kanundaki genel hükümlere göre, zorlayıcı nedenin

¹⁷¹Tuncay, Geçerli Neden, s.24.

¹⁷² Kar, İş Güvencesi, s 637;Nazlı, s.167; Engin, İşletme Gerekleri, s.47-48.

¹⁷³ Engin, İşletme Gerekleri, s.37; Süzek, İş Hukuku, s.510.

ortaya çıkması durumunda borcun ifası mümkün hale gelmez ise, sözleşme kendiliğinden sona ermekte ve sonucunda da borçlu borcundan kurtulmaktadır¹⁷⁴. Zorlayıcı nedenlere örnek olarak, savaş, doğal afetler, yangın gibi örnekler verilebilir. Önemli olan zorlayıcı nedenin herkes için geçerli objektif bir ifa imkânsızlığı yaratmış olmasıdır¹⁷⁵. İş Hukuku kapsamında değerlendirildiğinde ise; zorlayıcı neden sonucunda geçici ifa imkânsızlığının oluşması halinde, iş sözleşmesini askıya alıcı bir neden olarak kabul edilir. Buna karşın zorlayıcı neden, sürekli ifa imkânsızlığına sebep olmuş ise iş sözleşmesinin feshini gerektiren bir neden olarak kabul edilir. Sürekli ifayı engelleyen bir nedenin ortaya çıkması borçlar hukukundaki gibi sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmemektedir. İşletme gereklerine dayanarak süreli fesih hakkı tanımaktadır. Örneğin İfa ve ifayı engelleyen nedenlerden biri olarak işyerinin tamamen yanması, tahrip olması durumunda işçinin fiilen artık çalışma olanağı kalksa bile, iş sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkmaz, bu yönde mutlak iradi bir işlem gerekmektedir. Bir başka ifadeyle işverenin, işçinin iş akdini feshetmesi gerekmektedir.

İfa ve ifayı engelleyen neden olarak, işyerinin tamamının yanması, tahrip olması durumunda işçinin, artık işçinin fiilen çalışma olanağı ortadan kalkmış olur. Böyle bir durumda işletmesel karar tek aşamalı olup yalnızca fesih beyanından oluşmaktadır. İşverenin iş sözleşmesinin feshine yönelik irade beyanı bir işletmesel karardır. Bunun dışındaki hallerde ise, örneğin işyerinde işletme riski sebebiyle üretim seviyesinin azalması ve eski seviyesine getirebilmenin mümkün olmadığı durumlarda ise, işverenin yeniden yapılanma tedbiri olarak işyerinin belli bölümünü kapatması, üretim bantlarının belli bölümünü devreden çıkarması durumunda fesih yönündeki işveren kararı iki aşamadan oluşmaktadır. İşveren ilk aşamada işletme riskinin etkisini yansıtacak işletmesel karar almalı ve aldığı kararı uygulamaya koymalıdır. Alınan bu işletmesel karar fesih irade beyanının kurucu unsurunu

¹⁷⁴ 6098 sayılı TBK madde 136; “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer”.

¹⁷⁵ Engin, İşletme Gerekleri s.39.

oluşturmaktadır. İkinci aşama ise, işverenin işçi sayısını, feshe yönelik olarak alınan tedbir sonrasında ortaya çıkan işgücü ihtiyacına uyarlamasıdır¹⁷⁶.

İşverenin gerçekleşen işletme riski sebebiyle, kar oranının düşmesi, zarar etmesi, finansal zorluk çekmesi, üretimde aksaklıkların meydana gelmesi, siparişte azalmaların olması gibi olguların olması durumunda fesih için önce işletme riskini yansıtan bir işletmesel karar alması ve bu kararı uygulaması gerekmektedir.

Özetle, bağlı işveren kararına dayalı olarak, gerçekleştirilen feshin geçerli sayılabilmesi için, işverenin süreklilik arz eden ifa ve ifayı kabule engel nedenlerin ortaya çıktığını ispat etmesi gerekmektedir. Burada öncelikli olarak ifayı kabul engelinin varlığının süreklilik arz edip etmediği, ardından da ifayı kabul engelinin işverenin işletmesini doğrudan ve olumsuz etkileyip etkilemediği hususunun var olup olmadığı aranacaktır. Geçici ifayı kabul engellerinin meydana gelmesi işverene fesih hakkı tanımamaktadır. Nitekim işletmeye ve işçiye ilişkin aksaklıklar her zaman ortaya çıkabilmekte, işverende tipik işletme risklerine katlanmak zorunda olması sebebiyle geçici ifa imkânsızlığında fesih hakkı doğmamaktadır. İşveren eğer fesih hakkını kullanmayı tercih ediyor ise, bu durumda engelin sürekli nitelik taşıdığını ispat etmesi gerekmektedir¹⁷⁷.

II. Kurucu İşveren Kararı

İşverenin işletmeci kimliği ile işletme ve işyeri verimliliğini arttırmaya yönelik almış olduğu kararlara kurucu işveren kararı denilmektedir¹⁷⁸. Kurucu işveren kararının bağlı işveren kararından farkı, henüz gerçekleşmemiş olan fakat muhtemel

¹⁷⁶ Çankaya/Günay/Göktaş, s.90; Engin, İşletme Gereklere, s.47.

¹⁷⁷ Engin, İşletme Gereklere s.43-72; Köseoğlu, s.47.

¹⁷⁸ Kar, İş Güvencesi, s.637; Engin, İşletme Gereklere, s.48.

risklerin meydana geleceği dikkate alınarak geleceğe yönelik planların yapılmasıdır¹⁷⁹.

Kurucu işveren kararında bağlı işveren kararında olduğu gibi, gerçekleşmiş bir işletme riski taşımamakta dolayısıyla da ifayı kabule engel nitelik taşıyan bir neden bulunmamaktadır¹⁸⁰. İşvereni kurucu işveren kararı almasına sevk eden neden rekabet gerekleri ve verimliliğin artırılmasıdır¹⁸¹. İşveren bu yönde yeni teknolojik yatırımlar yapabileceği gibi iş akışı ile iş gücünü yeniden düzenleyebilir, ekonomik kriz nedeniyle de yeniden yapılanma tedbirleri alabilir¹⁸². İşverenin buradaki amacı, henüz ortaya çıkmayan, işyerini henüz etkilemeyen bir duruma karşı tedbir niteliği arz ettiğinden işveren kararı kurucudur¹⁸³.

Kurucu işveren kararı da bağlı işveren kararında olduğu gibi iki aşamalıdır. İşverenin işletmesel karar alması ilk aşamayı oluştururken, işveren tarafından alınan bu tedbirlerin işgücü fazlalığını sürekli meydana getirmesi ve fesih kararı alması da ikinci aşamayı oluşturmaktadır¹⁸⁴.

Kurucu işveren kararının anayasal temelini, işverenin girişim özgürlüğü ve sözleşme yapma özgürlüğü oluşturmaktadır. İşverenin işletmesel karar alma özgürlüğü ölçünlülük ilkesi çerçevesinde ve özüne dokunulmaması şartıyla sınırlandırılabilir.

¹⁷⁹ Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.91; Kar, İş Güvencesi, s.636-637.

¹⁸⁰ Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.91; Kar, İş Güvencesi, s.637.

¹⁸¹ Engin, İşletme Gerekleri, s.48; Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.91; Kar, İş Güvencesi, s.637.

¹⁸² Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.91; Engin, İşletme Gerekleri, s.48.

¹⁸³ Engin, İşletme Gerekleri, s.49.

¹⁸⁴ Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.91.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE FESHİNDE YARGISAL DENETİM

A. Genel Olarak

İşyerini daha verimli hale getirme, rekabet gücünü arttırma, yeni teknolojik gelişmeler ve iş yeri organizasyonu konusunda karar alabilme hak ve yetkisine sahip olan işverenin; işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili işletmesel kararlar alması yönetim hakkı ve girişim özgürlüğü kapsamındadır. Türk Hukukunda iş sözleşmesinin, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle gerçekleştirilen feshinde, işverenin işletmesel kararının yargısal denetimi ve bu denetimin sınırları büyük önem taşımakta ve işverenin işletmeye, işyerine ve işin düzenlenmesine yönelik işletmesel kararlar alması mahkemelerin sınırlı denetimine tabi tutulmaktadır¹⁸⁵. Bu bölümde iş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin yargısal denetiminin nasıl olacağı ile fesihte uygulanacak ilkelerin neler olduğuna değinmeye çalışacağız.

İşverenin işletmeye, işyerine ve işin düzenlenmesine yönelik bazı işletmesel kararlar alması, Anayasasının 48. maddesi uyarınca girişim özgürlüğü ve yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. İşverenin girişim özgürlüğü ve işletmesel karar alması kapsamındaki kararları ile işçinin işini koruyabilmesi ve iş sözleşmesinin devamlılığının sağlanabilmesi için hassas bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir¹⁸⁶. Nitekim iş hukukunda, işçinin korunması temel bir ilke olarak kabul edilmekle birlikte, işletmeye ilişkin teknik ve ekonomik kararlar ile üretime ve verimliliğe ilişkin planların da göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹⁸⁷. Türk Hukukunda işverenin, yönetim hakkı ve girişim özgürlüğü çerçevesinde işletmesi, işyeri veya işin düzenlenmesi ile ilgili işletmesel karar alabilmesinin temelini Anayasanın 48.

¹⁸⁵ Güzel, Ali, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare(Ultima Ratio) İlkesinin Getirilmesi(karar İncelemesi)", **Çalışma Ve Toplum**, 2005/4, s. 165-166.

¹⁸⁶ Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 166; Subaşı, s. 49.

¹⁸⁷ Süzek, İş Hukuku, s.17.

maddesi olduğu kabul edilmiştir¹⁸⁸. Çalışma özgürlüğü, şahısların ekonomik yaşama girişimci olarak katılmalarını güvence altına alarak, örgütlenerek işletme kurmalarına, işletmesel faaliyetlerde bulunmalarına olanak sağlayan işletmesel karar alma özgürlüğü tanır¹⁸⁹. Ancak bu durum, işletmesel karar alma hakkının yargı denetimine tabi olmayacağı anlamına da gelmemektedir. Nitekim İşverenlerin girişim özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 48. maddesinin sınırlarını, Anayasanın 13 ve 49. maddeleri oluşturmaktadır. Anayasanın *“Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması”* başlıklı 13. maddesinde; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* düzenlenmesine yer verilmiştir. Anayasanın *“Çalışma Hakkı ve Ödevi”* başlıklı 49. maddesinde ise, *“Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”*

Görüldüğü gibi Anayasanın 48. maddesinden doğan işverenin girişim özgürlüğü temel hakkının sınırları, 13 ve 49. maddeleri ile belirlenmiştir. Böylece hukuk düzeni, işçiyi koruyabilmek için işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü sınırlamakta, iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda geçerli sebep aramaktadır¹⁹⁰.

4857 sayılı İş Kanununun 18 vd. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin, işletme gereklerine dayanarak işletmesel karar sonucunda feshedilmesi durumunda işverenin işletmesel kararı

¹⁸⁸ Kar, İş Güvencesi, s. 637.

¹⁸⁹ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s.14; Özcan, s.173.

¹⁹⁰ Kar, Yargısal Denetim, s.111; Kar, İş Güvencesi, s. 1004.

Anayasanın 13., 48. ve 49. maddeleri kapsamında denetime tabi tutulacaktır¹⁹¹. Mahkemelerin işverenin almış olduğu işletmesel kararların amaca uygun olup olmadığını, alınan kararın yerinde olup olmadığını denetleme yetkileri bulunmamaktadır¹⁹². Yani işletmesel karar söz konusu olduğunda, işletmesel kararın doğru, yararlı yahut amaca uygun olup olmadığını mahkemeler denetleyemeyecektir. İşveren kendi zararına olacak veya mantıksız kararlar vermiş olsa bile hakim, işveren yerine geçerek işletmeye ilişkin kararlar alamayacaktır¹⁹³. Yargı organlarınca yargısal denetim yapılacak ise, işletmesel bir karar alınıp alınmadığı, işvereni işletmesel karar almaya sevk eden işletme içi veya işyeri dışı sebeplerin mevcut olup olmadığı, işverenin işletmesel kararın işletmede veya işyerinde gerçekten uygulanıp uygulanmadığı ve alınan bu işletmesel karar ile çalışma yerleri olanağı ortadan kalkmış ise bu durumla arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin var olup olmadığı yönünde yapılmalıdır¹⁹⁴. Örneğin yardımcı işlerde alt işverenliğin kurulmasının gerekleri ve sebepleri denetim kapsamı dışında olmasına rağmen, alt işverenlik ilişkisinin hukuka uygun, tutarlı olup olmadığı bir başka ifadeyle muvazaalı olup olmadığı ciddi bir denetime tabidir¹⁹⁵.

Yargıtay istikrarlı biçimde kararlarında, işletmesel kararın yerindelik denetimine tabi tutulamayacağını belirtmekte, ardından da işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde, işverenin uyması gereken ve mahkemelerinde araştırılarak göz önüne alması gereken ilkeleri sıralamaktadır.

¹⁹¹ Kar, İş Güvencesi, s.1004.

¹⁹² Engin, İşletme Gerekleri, s.72-73; Kılıçoğlu/ Şenocak, "İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve *Ultima Ratio Premsibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu*", **Osman Güven Çankaya'ya Armağan**, Kamu İş, Ankara 2010, s.194; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.322; Keser, s.412-414; Engin, Ücretsiz İzin, s. 539; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s. 297; Evren, İşletme Gerekleri, s.174.

¹⁹³ Bodur, Mehtap Yücel, "İşverenin İşletmesel Karar Özgürlüğü" **İş ve Hayat Dergisi**, C.1, S. 2, 2015, s.152; Özcan, s. 173.

¹⁹⁴ Kar, İş Güvencesi, s. 1004; Kar, Yargısal Denetim, s.112.

¹⁹⁵ Bodur, s.153.

İşveren işletmesel karar sonucunda almış olduğu tedbiri ciddi, sürekli olarak ve kalıcı bir şekilde uygulamalıdır. Feshe ilişkin alınan işletmesel kararın işveren tarafından tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı ise, mahkemelerin denetimine tabidir. Yargıtay bu denetimi tutarlılık denetimi olarak adlandırmaktadır¹⁹⁶. Tutarlılık denetiminde dikkat edilmesi gereken husus, işverenin işletmesel kararının kalıcı olması, işverenin işyerinde, işletmesinde işletmesel kararın gerçekten uygulanıyor olması gerekmektedir.

İşverenin işletmesel karar almaktaki asıl amacı eğer içerisinde iş sözleşmesini fesih iradesini barındırıyorsa, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağından hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. İşverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) hususu mahkemelerce denetlenecek olup bu denetim Yargıtay'ca keyfilik denetimi olarak adlandırılmaktadır.

İşletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle alınan işletmesel karar ile bu kararın uygulanması amacıyla başvuru araçlarının ölçülü olup olmadığı da yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Bu tür denetim ise Yargıtay'ca ölçülülük denetimi olarak adlandırılmıştır.

Bu denetimler dışında, işverenin ulaşmak istediği amaç ve hedefi gerçekleştirmeye elverişli aynı derecede birden çok araç bulunması durumunda, bu araçlardan temel hak ve hürriyetlere en az müdahale teşkil edeninin seçilmesi ve uygulanmasının kaçınılmaz olup olmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yapılacak denetim ise gereklilik denetimi olarak adlandırılmaktadır.

Alman Hukukunda denetim ilkeleri ile ilgili olarak *“feshe karşı koruma hukuku çerçevesinde uygulanması uygun görülen ilkeler, mevcut feshe karşı koruma hukukuna üstünlük taşımaz; bunlar sadece yasadaki kuralların yorumlanmasına hizmet eden bir işlev görürler. Geçekten de bir fesih işleminin geçerliliği yasa da yer*

¹⁹⁶ Yargıtay 9. HD., E. 2010/4378 K. 2010/3528 T. 15.02.2010, Yargıtay 9. HD., E. 2017/19901 K. 2017/6567 T. 17.04.2017 www.lexpera.com.tr e.t: 29.10.2018.

almayan ilkelere göre değil, yasadaki kurallara göre belirlenir. Sonuçta sözü edilen ilkeler yasadaki kavramların somutlaştırılması için yardımcı olabilir; ama bir fesih işleminin geçerliliği tek başına, sözgelimi “menfaatler tartısı” gibi yasada yer almamış olan ilkelere dayandırılmaz”¹⁹⁷ şeklinde görüş bulunmaktadır. Türk Hukuk sisteminde de bu kapsamda; ilkeler ve kavramların kanunu aşacak şekilde uygulanması sonucunda feshin, geçerlilik denetimine tabi tutulması Anayasanın 48. maddesi ile teminat alınan sözleşmeyi fesih özgürlüğüne aykırı olduğu belirtilmektedir¹⁹⁸.

Sonuç olarak; işveren tarafından feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, mahkemelerce öncelikle işverenin almış olduğu işletmesel bir kararın olup olmadığı, işyerinde istihdamı engelleyen bir durumun olup olmadığı, işletmesel karar neticesinde istihdamda fazlalık meydana gelip gelmediği denetlenecektir. Yine işverenin işletmesel kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı konularında da denetim yapılabilecektir. Ancak, işletmesel kararın amacına uygun olup olmadığı, yerinde olup olmadığına ilişkin denetim yapılamayacaktır.

İşletmesel kararlar öncelikle tutarlılık, keyfilik, ölçülülük ve son olarak da feshin kaçınılmaz olup olmadığı hususunda gereklilik denetimine tabi tutulacak ancak yerindelik denetimi yapılamayacaktır¹⁹⁹.

B. Yerindelik Denetimi

İş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gereklerine dayalı olarak işveren tarafından feshinde, feshin işletmesel karara dayanması gerektiği hususunu daha öncede belirtmiştik. Kural olarak Anayasanın 48. maddesi uyarınca işveren yönetim

¹⁹⁷ Bodur, s.155.

¹⁹⁸ Bodur, s.155 .

¹⁹⁹ Yargıtay 9. HD., E. 2007/31229 K. 2008/8687 T. 14.04.2008 www.lexpera.com.tr e.t:29.10.2018; Ertabak, s. 285.

hakkı ve girişim özgürlüğü kapsamında, işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili her türlü kararı alabilmektedir²⁰⁰. İşverenin işletmesel kararı söz konusu olduğu durumlarda kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığına ilişkin yerindelik denetimi yapılamayacağı hususu doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüştür²⁰¹. Bu kapsamda “İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ve amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmaz, yerindelik denetimine tabi tutulmaz” tespitleriyle işvereni işletmesel kararının yerindelik denetimi bakımından yargı denetiminin dışında kaldığı belirtilmiştir²⁰².

İdari yargıda hukuka uygunluk denetimi yapılacağı ancak yerindelik denetimi yapılamayacağı kural olarak benimsenmiştir. Anayasa yargısında ise, yerindelik denetimi kapsamında iki farklı karara yer verildiği görülmektedir. Anayasa mahkemesinin yerindelik denetimi yapılamayacağı yönünde kararları²⁰³ bulunmakla birlikte, yerindelik denetimi yapılabileceğine²⁰⁴ ilişkin kararları da bulunmaktadır. Yargıtay ise kararlarında, işçinin iş sözleşmesinin işletmesel sebeplerle feshedilmesi sonucunu doğuran, işverenin işletmesel kararının yararlı ve amaca uygun olup olmadığı yönünde bir incelemenin yapılamayacağını, bir başka ifadeyle işletmesel kararın yerindelik denetimine tabi tutulamayacağını belirtmektedir²⁰⁵.

²⁰⁰ Alp, Çözüm Önerileri, s. 98.

²⁰¹ Kar, İş Güvencesi, s.1004-1005; Kar, Yargısal Denetim, s.112; Demir, Fevzi, s.490; Yıldız, Gaye Burcu, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel S. 2013, s. 695; Ekmekçi, Ömer, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, **Mercek**, S. 28, Ekim 2002, s.102; Soyer, Polat, “Ekonomik Kriz Koşullarında İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri: 13. Yıl Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.200; Alp, Çözüm Önerileri, s. 97.

²⁰² Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.232; Kar, İş Güvencesi, s.1004-1005; Kar, Yargısal Denetim, s.112; Demir, Fevzi, s.490; Krichel, s.178; Ertabak, s.283.

²⁰³ AYM., T. 17.4.2002 E. 2002/61, K. 2002/43, RG. 30.05.2002,S: 24770; AYM. T. 05.01.2006 E.2005/55, K. 2006/4, RG.20.11.2007, S.26706.

²⁰⁴ AYM., T.28.12.1998 E. 1998/16, K. 1998/88, RG. 09.07.1999, S:23750.

²⁰⁵ Y. 9. HD., E. 2008/2947 K. 2008/258 T. 18.2.2008; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2008-2947-k-2008-258-t-18-2-2008>; Y. 22. HD., E. 2018/8048 K. 2018/13942 T.

İşveren işletmesi ile ilgili amaçlarını serbestçe belirleyebilme hakkına sahiptir. İşverenin ekonomik kararlarının başarılı yahut başarısızlıkla sonuçlanmasının rizikosu işverene aittir²⁰⁶. Dolayısıyla almış olduğu kararların yerindeliliğinin sorumlulukları ve sonuçları da işvereni ilgilendirir²⁰⁷. Mahkemeleri işveren yerine işletme politikasını belirlemeye, işveren tarafından belirlenen işletme ile ilgili amaç ve hedefleri değiştirmeye yetkili görmek işverenin Anayasal hak olan girişim özgürlüğüne meşru olmayan bir müdahale teşkil eder²⁰⁸.

C. Tutarlılık Denetimi

İşveren, işletmesel kararının amacını ve içeriğini serbestçe belirleyebilme imkânına sahiptir. İşveren geçerli sebep oluşturan durumdan dolayı almış olduğu işletmesel kararı, ciddi, sürekli, kalıcı ve birbiriyle çelişmeyen davranışlar sergileyecek şekilde uygulamalıdır. Feshe ilişkin alınan işletmesel karar işveren tarafından tutarlı bir şekilde uygulanıyor ise geçerli fesih olduğu kabul edilir²⁰⁹. Tutarlılık denetiminde dikkat edilmesi gereken husus, işverenin işletmesel kararının kalıcı yani sürekli olması, işyerinde de işletmesel kararın gerçekten uygulanıyor olması gerekmektedir. Aksi durumun söz konusu olması halinde, iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebebe dayanmadığı iddiaları gündeme gelecektir. Bir diğer dikkat edilmesi gereken husus ise, işçinin iş akdinin feshedilmesini gerektiren, işletmesel bir karar mevcut olduğunda işverenin, fesih öncesi ve fesih sonrasında fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunup bulunmadığıdır. Örneğin işverenin fesihten önce veya sonra çıkarmış olduğu işçi ile aynı vasfı taşıyan yeni bir işçiyi işe alması

31.5.2018 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2018-8048-k-2018-13942-t-31-5-2018> e.t:04.08.2019.

²⁰⁶ Süzek, İş Hukuku, s.607; Kar, İş Güvencesi, s. 1005; Ertabak, s.283.

²⁰⁷ Astarlı, s. 83.

²⁰⁸ Kar, İş Güvencesi, s; 1005; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.278; Kar, Yargısal Denetim, s.112.

²⁰⁹ Bodur, s.160; Engin, İşletme Gerekleri, 64; Keser, s. 417; Alp, Mustafa, "Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir?", **Legal YKİ**, S.2, 2006, s.150; Ertabak, s.285; Kar, İş güvencesi, s. 1007; Evren, İşletme Gerekleri, s.175; Özcan, s. 179; Demir, Cuma Arif, s.35.

durumunda, yine işverenin, iş akdi feshedilen işçinin çalıştığı bölüme işçi alımı için ilan vermesi şeklindeki durumları işletmesel kararın tutarlık denetimi sürecinde dikkate alınacak ve feshin geçerli sebeple yapılmadığı kabul edilecektir²¹⁰.

Elbette ki, işverenin çelişkili davranışının mevcut olup olmadığına yönelik denetimler her somut olayın önem arz eden özellikleri dikkate alınarak yapılmalıdır. İşveren, işletmesel karar sonucunda bazı işçileri işten çıkartırken yeni işçi alması işverenin tutum ve davranışının kalıcı, sürekli olmadığını ve çelişkili olduğunu gösterse de, yeni işe alınan işçinin, işten çıkarılan işçi ile aynı özelliklere ve konuma sahip olup olmadığına bakılmalı, farklılık mevcut ise bu husus araştırılarak, işverenin çelişkili davranışının bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, iş sözleşmesi feshedilen işçi yerine farklı özelliklere sahip, işletme açısından önemli bir elemanın alınması ise, çelişkili davranış olarak kabul edilmeyecek, işverenin tutarsız davrandığından bahsedilmeyecektir.

Yargı organlarınca tutarlılık denetimi gerçekleştirilirken, işveren tarafından ileri sürülen fesih gerekçelerini, bu fesih gerekçelerinin mevcut olup olmadığı hususlarını denetleyeceklerdir. İşverenin, işçinin iş sözleşmesini feshetmeyi tercih etmesini gerektiren bir sebep olup olmadığı, işletmesel kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı, işletmesel karar sonucunda iş gücü fazlalığı oluşup oluşmadığı, iş sözleşmesinin feshedilmesinde objektif kriterlere uyulup uyulmadığı denetime tabi olacaktır. Böylece yargı organları, tutarlılık denetimi kapsamında, karşılaştıkları farklı olaylarla ilgili farklı noktaları inceleyebileceklerdir²¹¹.

Feshin geçerli bir fesih olarak kabulü için tutarlık denetimi kapsamında, işgücüne duyulan ihtiyacın sürekli azalması ve işçinin çalışma olanağının kesin olarak ortadan kalkmış olması aranmaktadır. İşçinin çalışma olanağının ortadan kalkması, işletmesel karar sonucunda işçinin o zamana kadar yapmış olduğu işin özdeşliğini ve

²¹⁰ Bodur, s.161; Kar, İş Güvencesi, s.1007; Mollamahmutoglu/ Astarlı/ Baysal, s.1022; Ertabak, s.286; Topal, s.61; Ekmekçi, Uygulama Sorunları, s. 103.

²¹¹ Keser, s. 418-419, Yıldız, s. 697.

sürekliğini yitirmesidir. İşin niteliğinin değişmesi özdeşliğini yitirmesi durumunda yeni iş tanımına uymayan nitelikteki işçilerin iş akdinin feshi geçerli sebep sayılacaktır²¹².

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ile feshin geçerli sebebe dayandığının ispatlama yükü işverene aittir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, ilk olarak feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, ikinci aşamada ise, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlamalıdır. Bu durumu kanıtlarken işveren, fesihle ilgili karar aldığını, aldığı kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, aldığı bu kararları tutarlı şekilde uyguladığını, buna rağmen feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

Yargıtay bir kararında; *“Davacının iş sözleşmesi, davalı işverenin kamu borçları, bazı işlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılması ve ortaya çıkan personel fazlalığı yanında hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle feshedilmiştir. Davalı işveren, iş sözleşmesinin feshinde toplu iş sözleşmesinin 32. maddesinde belirtilen tenkisat kuralına uyulduğunu da ayrıca belirtmiştir. Ancak davalı işverenin objektif kriterler getirmediği, ayrıca fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek yeni işçi aldığı anlaşılmıştır. ... Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davalı işveren işletmesel kararın uygulanmasında tutarlı davranmamıştır. Davalı işveren tarafından gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı sabittir²¹³”*.tespitlerine yer verilmiştir. Yargıtay'ın kararı ile de anlaşılacağı üzere, işçinin iş akdinin işveren tarafından gerek ekonomik nedenlerden, gerekse hizmetine ihtiyacın kalmaması ve işçinin istihdam fazlalığı oluşturması gibi durumda feshin geçerli sebebe dayandığının kabul edilmesi için, işverenin işletmesel kararın uygulanmasında tutarlı davranması, fesih ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir.

²¹² Kar, İş Güvencesi, s. 1008.

²¹³ Y. 9. HD. E. 2007/11913, K.2007/29307, T. 08.10.2007.

İşverence, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle iş akdi feshinin yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikli olarak bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, işverenin işletmesel kararı sonucunda istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi)ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığının (ölçülülük denetimi feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulması gerekmektedir²¹⁴.

D. Keyfilik Denetimi

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun “Dürüst Davranma” başlıklı 2. maddesinde *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”* hüküm altına alınmıştır. Hakkın kötüye kullanılması; bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ve özellikle amacı dışında kullanılması nedeniyle, bu durumdan başkalarının zarar görmesi veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşmış olmaları anlamına gelmektedir. Keyfilik denetimi de hakkın kötüye kullanılması yasağının yansımasıdır. Keyfi yahut hakkın kötüye kullanımı teşkil eden işletmesel kararların hukuken kabulü mümkün değildir. Burada kötüye kullanıldığı belirtilen fesih hakkı değil, işverenin işletmesel karar özgürlüğüdür²¹⁵. İşverenin işletmesel karar alma özgürlüğü bulunsa da şüphesiz ki alınan kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırların içinde kalması gerekmektedir²¹⁶. Yargıtay kararlarında işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığının (keyfilik denetimi) tespitine büyük önem vermektedir.

Yargıtay kararlarında *“İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanunu 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.*

²¹⁴ Y. 9. HD. E. 2016/24328, K. 2017/3057,T. 2.3.2017; Y.9. HD. E. 2009/13760,K. 2009/11051,T. 20.4.2009; Y. 9. HD. E. 2016/7301, K. 2017/8075,T. 8.5.2017 www.kazanci.com e.t: 31.10.2017.

²¹⁵ Kar, İş Güvencesi, s. 1008; Engin, İşletme Gerekleri, s.65; Keser, s. 416.

²¹⁶ Mollamahmutoglu/ Astarlı/ Baysal, s.1020.

*Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır*²¹⁷ görüşü hakimdir.

İşverenin işletmesel karara dayanarak gerçekleştirdiği fesihlerde mahkemeler, fesih nedeninin uygunluğunu denetleyemez. Ancak fesih nedeninin, keyfi, doğru, objektif olup olmadığını denetleyebilmektedir²¹⁸. İşletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin, zorunlu hale gelmiş olması gerekmektedir. İşverenin almış olduğu işletmesel karar için, hakkın kötüye kullanıldığının iddia edilmesi durumunda karar mahkemeler tarafından keyfilik denetimine tabi tutulacaktır²¹⁹. Bu sebeple işveren işletmesel karar alırken keyfi davranmamalı, dürüst olmalıdır. Örneğin; işveren işletmesel karar gereği, işçinin iş sözleşmesini feshederken bir taraftan da daha düşük ücret ile çalışacak işçileri işe alıyor ise, yine bir başka örnek ise, yalnızca kadın işçileri işten çıkartıyorsa işverenin keyfi olarak davrandığı öne sürülebilecektir²²⁰.

E. Gereklilik Denetimi

Mahkemelerce iş sözleşmesinin feshinin kaçınılmaz olup olmadığı, işverenin almış olduğu işletmesel kararın gerekli olup olmadığı denetlenebilmektedir. Gereklilik denetimi bu kapsamda; işverenin fesih ile ulaşmak istediği amaca, daha hafif tedbirler uygulayarak ulaşabilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılmasıdır. Gereklilik denetiminin yapılabilmesi için, fesih anında fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun tedbirlerin mevcut olması

²¹⁷ Y. 9. HD., E. 2008/2947 K. 2008/258 T. 18.2.2008; Y. 9. HD., E. 2016/1765 K. 2017/347 T. 19.1.2017; Y. 9. HD., E. 2017/19901 K. 2017/6567 T. 17.04.2017 <https://www.lexpera.com.tr/e.t:04.08.2019>

²¹⁸ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.998; Krichel, s. 178; Bodur, s.153; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.357.

²¹⁹ Engin, İşletme Gereklileri, s. 74.

²²⁰ Engin, İşletme Gereklileri, s.65; Kar, İş Güvencesi, s.1009; Evren, İşletme Gereklileri, s.175; Özcan, s.178.

gerekmektedir²²¹. Yargıtay bir kararında gereklilik denetimin alınan kararın kanuna ve sözleşmeye uygun olup olmadığı hususunda yapılması gerektiğini belirtmiştir²²². Zira feshe yönelik işletmesel kararın gerekli olup olmadığı yönünde araştırılma yapılması, alınan kararın bir anlamda yerindelik denetimine tabi tutulması manasına geldiği şeklinde açıklanmaktadır²²³.

İşverenin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle almış olduğu fesih kararı, ister bağlı işveren kararına yahut kurucu işveren kararına dayanarak alınmış dahi olsa, istihdam fazlalığı nedeniyle feshin kaçınılmaz olduğunu işveren ispat etmek zorundadır. Alınan karar sonucunda istihdam fazlalığı oluşturmuyorsa, alınan kararın geçerli sebebe dayandığından söz edilemeyecek olup bu yöndeki denetim gereklilik denetimi olarak kabul edilebilir²²⁴.

Gereklilik ilkesi, işçiyi feshe oranla daha az olumsuz etkileyecek tedbirin işyerinde uygulanabilir olması halinde, iş sözleşmesinin feshedilmesinin gerekli olup olmadığının tespitine yaramaktadır. İşverenin, takip ettiği amaca ulaşmasını

²²¹ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük, s.189; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.1014; Özcan, s.178; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.192.

²²² Kar, İş Güvencesi, s. 1009; Yargıtay 9.H.D.2016 2007/35430E, 2007/35193 K “İşverenin kapatma olgusunun temel nedenleri olan işletmenin zarar etmesi, teknolojinin günün koşullarına uymaması, verimliliğin yitirilmesi nedenlerini kanıtlayamadığı, özelleştirme ile alınan işyerinin 5 yıl kullanım hakkı bulunduğu, bu sürenin dolmadığı, kapatılan fabrikanın üretim araçlarının diğer işyerlerine nakledildiği, davalıya ait diğer işyerlerinde çalışma teklifinin davacıya yapılmadığı, davalı işverenin özelleştirme ihalesine katılıp, teklif verdiği andan itibaren, feshe gerekçe gösterdiği hususları bildiği, bu koşullara göre yatırım ve üretimi sürdürmeyi kabul ettiği, önceden bilinen ve öngörülen bu nedenin yeni ortaya çıkmış gibi, işçi çıkarma gerekçesi yapılmasının doğru olmadığı, fesihten sonra sendika yetkilileri ile görüşülerek sonuç elde edilmeye çalışıldığı, fesih kararından önce tedbirlerin ve çare aranmasının gerektiği, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin işletmesel kararı tutarlı şekilde uyguladığı ve feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlayamadığı, ayrıca gereklilik denetimi kapsamında işverenin özelleştirme sonucu hisse devir sözleşmesi hükümlerine uymadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı,” (Bektaş, Yargısal Denetim s.121 dn.56) görüldüğü üzere, özelleştirme ile işyerini devralan işveren, 5 yıl süreyle işyerini çalıştırmayı kabul etmesine rağmen, bu süre dolmadan işyerini kapatması ve istihdam fazlası işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi, sözleşmeye uygunluğu bakımından gereklilik denetimi yönünden incelenmiş ve feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

²²³ Bektaş Kar, Yargısal Denetim, s.120.

²²⁴ Bektaş Kar, Yargısal Denetim, s.120.

sağlayacak fesih dışında alternatif önlemlerin mevcut olması ve bu önlemlerin işçiyi fesihle kıyaslandığında daha az olumsuz etkilemesi gerekmektedir²²⁵.

F. Ölçülülük Denetimi

1982 Anayasasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde Temel Hak ve Özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerektiği düzenlenmiştir. Anayasanın 13. maddesi uyarınca, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve özüne, demokratik toplum düzenine, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” düzenlemesi yer almaktadır.

Kaynağını Anayasadan almakta olan ölçülülük ilkesi, amaca ulaşmak için işverence başvuru aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasının yanında amaçla araç arasında başvuru yolunun ölçülü olması gerektiği manasına gelmektedir²²⁶. Ölçülülük ilkesi, çatışan hak ve menfaatler arasında, hakkaniyete uygun denge kurma tekniğidir²²⁷. Ölçülülük ilkesi daha çok idare hukukunda uygulanan bir ilkedir. Alman hukukundaki öğretiyeye göre, ölçülülük ilkesi temel hakların özünden ve hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır²²⁸.

İşletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle işveren tarafından yapılan feshin kaçınılmaz olup olmadığı noktasındaki denetiminin dayanağını ölçülülük ilkesi

²²⁵ Kar, İş Güvencesi, s.1010.

²²⁶ Bodur, s. 158; Oğurlu, Yücel, “*AlİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi”*”, **Tufan Yüce’ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 486; Astarlı, s.77; Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük İlkesi s.181; Keser, s. 425; Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 114; Kar, İş Güvencesi, s. 1011; Özcan, s. 180; Yüksel, Metin, “*Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük*” , **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, No. 1, Y. 2017, s.6; Sungurtekin, Özkan Meral, “*İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi*”, **Tufan Yüce’ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 177, Yıldız, s.681.

²²⁷ Keser, s. 425.

²²⁸ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük, s.181.

oluşturmaktadır. Fesih yoluna başvuru dışındaki bir aracın izlenen amaca uygun olup olmadığına sadece işveren karar veremez. Bu sebeple işletmesel karar ile bu kararın uygulanması amacıyla başvuru araçlarının ölçülmesi yargısal denetime tabi tutulmaktadır²²⁹. Öncelikli olarak amaca ulaşmaya elverişli diğer alternatif kaynaklara başvurulmalı, bu aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaması durumunda fesih yolu tercih edilmelidir²³⁰.

İş Güvencesi hukukuna hakim olan ölçülülük ilkesi, hem geçerli sebep teşkil eden fesihlerde hem de haklı nedene dayanan fesihlerde de uygulama alanı bulmaktadır²³¹.

Alman hukukunda ölçülülük ilkesi ile ilgili görüşe bakıldığında, bu ilkenin sadece geçerli ve haklı nedenlerle yapılan fesihler söz konusu olması durumunda değil, işveren ve işçi tarafından iş sözleşmesinin değişiklik feshi ile feshedilmesinde de uygulanması gerektiği yönündedir²³².

Ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri olmak üzere üç alt ilkeye ayrılmaktadır²³³.

1. Elverişlilik ilkesi

Elverişlilik ilkesine göre uygulanacak olan tedbirin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir²³⁴. Ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesini güçleştiren veya ulaşılmak istenen sonucun yarıda kalmasına, başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olan araç elverişli değildir. Aracın bütünüyle

²²⁹ Kar, Yargısal Denetim, s. 122; Astarlı, s.78.

²³⁰ Kar, Yargısal Denetim, s.122; Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s.17.

²³¹ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.184.

²³² Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.184.

²³³ Kar, Yargısal Denetim, s.122; Sağlam, s.114; Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.185; Astarlı, s. 78; Kar, İş Güvencesi, s.345; Özcan, s.180; Yüksel, s. 7; Yıldız, s.682.

²³⁴ Sağlam, s. 114.

elverişli olması zorunlu olmamakla birlikte kısmi elverişli olması da aracın elverişli olması için yeterlidir²³⁵.

İşverenin işletme gereklerine dayalı fesihdeki amacı, mevcut personel sayısını, iktisadi ve verimlilik elde etme amaçlı olarak işletmedeki personel ihtiyacı ile doğru orantıda uyumlaştırmasıdır²³⁶. Bir başka ifadeyle işveren, işletme gereklerine dayalı fesih ile iktisadi yük olan işyerindeki işçi fazlalığından kurtulmayı amaçlamaktadır. Örneğin işverenin işletmesindeki siparişlerde ve kazancındaki azalmaya rağmen, işçi sayısının aynı kalması durumunda ekonomik güçlülük meydana geliyor ise, işletme gereklerine dayalı fesih, işyerinde meydana gelen ekonomik güçlülükten kurtulmak için elverişli bir tedbirdir. İşverenin mevcut işçi sayısını, fiilen ihtiyaç duyduğu işçi sayısına uyumlaştırmak istemesinin arkasında; işletmenin ekonomik verimliliği, ekonomik etkinliği, gelir getiriciliği, kârlılığın muhafaza edilmesi yatmaktadır. İşveren tüm bunları işçinin iş akdini feshetmeksizin başkaca alternatif yöntemler ile de sağlayabiliyor ise, fesih yoluna başvurmaması gerekmektedir²³⁷.

Elverişlilik ilkesi kapsamında, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye uygun hangi araçların mevcut olduğu sorusu sorulur. Ardından ise, mümkün olan tedbirler arasından amacı gerçekleştirmek için uygunluk şartını sağlayan araç seçilir. Bu seçim, tahminlere dayandığından, öngörülen tedbirin istenilen sonucu gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği konusunda belirsizlik içermektedir. Alınan tedbirin izlenen amacı gerçekleştirmeye yarar bulunması halinde, tedbirin amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğu kabul edilir. Buna karşın, tercih edilen aracın izlenen amacı gerçekleştiremeyeceği açık bir şekilde tespit edilebiliyor ise elverişsiz

²³⁵ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.186; Astarlı, s. 78; Yüksel, s. 8; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 1014.

²³⁶ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.188; Alp, Mustafa, "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması –Alman Hukukuna Göre-", **Yasa Hukuk Dergisi**, C.XVII, S.205/12 (Ocak), 1999, s.1529; Engin, İşletme Gerekleri, s. 36.

²³⁷ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.189, 195; Astarlı, s.79.

olduğu kabul edilir. Hakim, seçilen tedbirin uygun olup olmadığı konusunda karar verecek olduğundan, söz konusu tedbirin işveren tarafından seçilmesine sebep olan olayı göz ardı etmemesi gerekmektedir²³⁸.

2. Gereklilik ilkesi

İdare Hukukunda gereklilik ilkesi, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılarak ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli birden çok araç bulunması durumunda, temel hak ve hürriyetlere en az müdahale teşkil eden aracın seçilmesini ve uygulanmasını ifade etmektedir²³⁹.

Gereklilik ilkesi, elverişlilik değerlendirmesi yapıldıktan sonra ulaşılmak istenen amaç bakımından, aynı derecede etkili ancak başkasının hukuka korunan alanına daha az zarar verecek tedbirin gerekli olup olmadığının deđerlendirilmesidir²⁴⁰.

İş güvencesi hukuku bakımından gereklilik ilkesi, işçiyi en az olumsuz etkileyecek başkaca elverişli tedbirlerin mevcut olması durumunda, iş sözleşmesinin feshinin gerekli olmadığı anlamına gelir. Bu ilke, muhtemel alternatif tedbirlerden hangisine öncelik verilmesi gerektiğine ilişkin inceleme yapılması gerektiğini emretmektedir. Ayrıca bu ilke uygulanacak olan tedbirin işverenin ulaşmak istediği amacı da gerçekleştirmeye elverişli olmasını öngörmektedir. Bu nedenle gereklilik ilkesi kapsamında yapılacak olan incelemede elverişlilik incelemesi de yapılması gerekmektedir²⁴¹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, alternatif tedbirin işverenin takip ettiği amaca ulaşmasına elverişli olması gerekmektedir²⁴².

²³⁸ Kılıçoğlu/ şenocak, ölçülülük s.186.

²³⁹ Astarlı, s. 81.

²⁴⁰ Kılıçoğlu/ şenocak, ölçülülük s.187; Yüksel, s. 11; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 1014; Saygın, Engin, "lllk İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı zerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/2, s.68; Sağlam, s.115; Oğurlu, s.508.

²⁴¹ Kılıçoğlu/ şenocak, ölçülülük s.190; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.1015.

²⁴² Kılıçoğlu/ şenocak, ölçülülük s.189.

Elverişli/uygun olmayan bir tedbir aynı zamanda gerekli de olmayacağından dolayı, gereklilik ilkesinin bir parçası olduğu söylenebilir, bu nedenle gereklilik ilkesi ile elverişlilik ilkesi birlikte ele alınmaktadır²⁴³.

İş sözleşmesinin feshine oranla daha hafif alternatif tedbirlerin birden fazla olması halinde, bu tedbirler arasında hiyerarşik bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla işveren bu alternatif tedbirlerden istediğini serbestçe seçebilecek olup, bazı alternatif tedbirlere öncelik verilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Doktrinde işverenin, alternatif tedbirler arasından değişiklik feshine oranla, sözleşme değişikliğine sebep oluşturmayacak tedbirleri öncelikli olarak uygulaması gerektiği savunulmaktadır²⁴⁴. İşverenin, birden çok alternatif tedbirler arasından daima diğer tedbirlere oranla hafif sayılacak olanı seçme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında, işletme gereklerine dayalı fesih yerine, işçinin boş olan çalışma alanlarından hangisinde çalışması gerektiği işverenin takdir yetkisi içerisindedir. İşçinin mevcut çalışma yeri ile aynı nitelik ve özelliklere sahip başka bir çalışma yerinin yanında, şu anki çalışma yerine oranla daha iyi niteliklere sahip, daha iyi çalışma şartları olan bu yerde çalışmayı işverenden talep hakkına sahip değildir²⁴⁵. Kılıçoğlu/Şenocak' a göre; *“İşveren işletmesel planını en başarılı şekilde nasıl gerçekleştirebileceği ve işçiye, sahip olduğu mesleki özellik ve yeteneklerine göre iş sözleşmesi kapsamında en efektif bir şekilde nerede değerlendirebileceği hususunda serbestçe karar verebilir. Bununla birlikte, işçinin faaliyetinin ve çalışma yerinin değişmesiyle bağlı olarak işçi nezdinde ortaya çıkabilecek şahsi olumsuzlukları göz önüne almak zorundadır”*.

²⁴³ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.187; Astarlı, s.81; Yüksel, s. 11; Kar, İş Güvencesi, s. 345.

²⁴⁴ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.195.

²⁴⁵ Kılıçoğlu/ Şenocak, s.196.

3. Oranlilik İlkesi

Oranlilik ilkesine göre, ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca ulaşmak için uygulanacak olan tedbir arasında ölçüsüz bir oranın bulunmaması gerekmektedir²⁴⁶. Oranlilik ilkesi, amaç ve aracı mukayese etmekle birlikte gerekli ve uygun görülen araçla yapılan müdahalenin, işverenin takip ettiği amaçla makul bir ilişki içerisinde olup olmadığı hususunun değerlendirilmesidir²⁴⁷.

Oranlilik ilkesinin, iş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle feshine ilişkin yargısal denetimde uygulanmasında ise; feshin amaca uygun olması gerekmektedir. Ancak işverenin amaca ulaşması için feshine oranla daha hafif bir önlem alabilmesi imkan dahilinde ise, fesih yoluna başvurmaması gerekmektedir. Bunun için işverenin öncelikli olarak fesih dışında hangi alternatif yollara başvurabileceğini saptaması gerekmektedir. Fesihten kaçınma yolu olarak, işçinin görevi, bölümü, işyeri değiştirilebilir. Bu değişiklik iş şartlarında esaslı değişiklik boyutuna ulaşmayan önlem olabileceği gibi, esaslı değişiklik de olabilmektedir. İşveren yönetim hakkı kapsamında fesih dışında alabileceği birçok önlem var ise, bu yollardan birini seçmelidir²⁴⁸. Buna karşın fesih dışında alınacak önlemler hukuken ve fiilen imkan dahilinde değilse ve fesih yolu tercih edilmişse işçi tarafından feshin geçersiz olduğu artık ileri sürülemeyecektir²⁴⁹.

²⁴⁶ Kar, Yargısal Denetim, s.122; Astarlı, s.81; Kar, İş Güvencesi, s. 348; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 1016; Yüksel, s.7; Özcan, s.180; Saygın, s.68.

²⁴⁷ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.188, 197; Yüksel, s. 13.

²⁴⁸ Kar, Yargısal Denetim s.123.

²⁴⁹ Kar, Yargısal Denetim s.122; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.204; Kar, İş Güvencesi, s.1012.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE FESİHİNDE UYGULANACAK İLKELER

A. Feshin Son Çare Olması (Ultima-Ratio) İlkesi

İşveren girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar almakta ve almış olduğu bu işletmesel kararları uygulamaktadır. İşverenin almış olduğu bu işletmesel karar neticesinde istihdam fazlalığı meydana gelip gelmediği, işverenin işletmesel kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı gereklilik ve ölçülülük ilkeleri kapsamında mahkemelerce denetime tabi tutulmaktadır.

İşverenin almış olduğu işletmesel karar gereği, istihdam fazlalığı meydana gelmişse yapılması düşünülen fesih zorunlu hale gelmiştir. İşverenin dayanmış olduğu geçerli sebebin varlığı, işçinin o iş yerinde çalışma olanağını ortadan kaldırmakta bir başka ifadeyle, işçinin iş sözleşmesinin sürdürülmesi imkânını ortadan kaldırmış ise, geçerli fesih sebebi ile işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağı kurulmuş olacaktır. Buna karşın, fesih sebebinin varlığına rağmen, işyerinde işçinin çalışma olanağı ortadan kalkmıyorsa geçerli sebep ile fesih işlemi arasında illiyet bağı kurulmamış olacaktır²⁵⁰. Zira işverenin işletmesel kararla varmak istediği hedefe fesihten başka bir yol ile ulaşılabiliyorsa, işletmesel karara dayanarak yapılmak istenen fesih için geçerli bir nedenin varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Yani işveren feshe başvurmadan önce, bütün önlemleri almasına rağmen işçinin işyerindeki işini kaybetmesine yine de engel olamıyorsa son çare olarak feshe başvurmalıdır²⁵¹. Fesihte son çare ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, 4857 sayılı İş Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde *“Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken*

²⁵⁰ Keser, s. 405; Kılıçoğlu /Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.350.

²⁵¹ Güzel, Ultima Ratio, s. 62; Taşkent, Geçerli Sebep, s.16; Soyer, Uygulama Sorunları, s. 51; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 172.

sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır” denilmektedir.

“Ultima Ratio” başvurulması gereken son çare, son önlem manasına gelmektedir²⁵². Söz konusu ilkenin pozitif dayanağını, Medeni Kanun 2. maddesinde düzenlenmiş olan sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kuralları doğrultusunda ifa edilmesi esası oluşturmaktadır²⁵³.

Fransız hukukunda, iş güvencesi kapsamında feshin son çare olması ilkesi önce yüksek mahkeme kararlarında benimsenmiş, daha sonra kanuni düzenlemeye konu edilmiştir²⁵⁴. Fransız Yüksek Mahkemesi, kanuni düzenlemeden önce feshin son çare olması ilkesini, Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre ifa edileceğine ilişkin hükme dayandırmıştır²⁵⁵. Yüksek mahkemenin 1992 yılında iş sözleşmesinin ekonomik nedenlerle işveren tarafından feshinin ancak işçinin işyerinde başka bir şekilde çalıştırılmasının olanaklı olmaması ve gerçek ve ciddi bir nedene dayanması durumunda mümkün olduğuna ilişkin vermiş olduğu karar, daha sonra yerleşik bir içtihat halini almıştır. Fransız öğretisi tarafından yüksek mahkemenin bu yerleşik içtihadı, ekonomik nedene dayanarak gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshinde işverenin keyfi işten çıkarmaların önüne geçmek ve yargı denetiminin etkinliğinin sağlanması açısından isabetli bulunmuştur²⁵⁶.

²⁵² Çankaya/ Günay/ Gökteş, s.97; “Ultima Ratio terimi latince bir kelime olup, ilk olarak Fransız toprakları üzerinde bulunan “Ultima Ratio Regum” kitabesi üzerinde kullanılmıştır. Kitabe Kralın Son Çaresi anlamına gelmektedir. Söz konusu kitabede anlatılmak istenen, siyasi ihtilafların silah gücü kullanmadan çözülebilmeye imkânı ortadan kalkması halinde savaşa son çare olarak başvurulmasıdır” (Kılıçoğlu/Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s.199).

²⁵³ Güzel, Ultima Ratio, s.71; Güzel, Keyfilik Denetimi, s.176; Korkmaz/ Alp, s.209; Süzek, İş Hukuku s.616; Bodur, s.156.

²⁵⁴ Güzel Ali, Ultima Ratio, s.64; Güzel, Keyfilik Denetimi, s.173.

²⁵⁵ Güzel Ali, Ultima Ratio, s.64.

²⁵⁶ Güzel Ali, Ultima Ratio, s.65.

Alman Hukukunda da feshe son çare(ultima ratio) olarak başvurmak gerektiği kabul edilmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda işverenin sözleşmeye devam etmesinin beklenemez hale gelmesi için, işletmesel kararın amacının mutlaka feshi gerekli kılması ve feshin kaçınılmaz olması gerekmektedir. Ancak fesih dışında amaca ulaşmak için başka bir yol mümkün ise, işverenin bu amaca ulaşmak için diğer hukuki araçları kullanması, feshi engellemesi beklenmektedir²⁵⁷.

Alman Federal Mahkemesi 30.05.1978 tarihli kararında ise; *“Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun veya geçerli bir nedene veya haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde işçinin daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır”*²⁵⁸. Alman Federal Mahkemesi kararında özetle, işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisini sona erdiren feshin, ister işçinin yeterliliğinden, davranışlarından yahut işletme gereklerinden kaynaklı bir sebebe dayansın, işçinin daha kötü şartlarda dahi olsa işyerinde başka suretle çalıştırılma imkânının bulunmaması halinde gündeme geleceğinden bahsetmiştir.

Feshin son çare olması ilkesi, iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olduğu tüm durumlarda uygulanacak bir ilkedir. Bir başka ifadeyle yalnızca işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihler bakımından değil, işçinin yetersizliğinden, davranışlarından kaynaklı olarak yapılacak fesihlerde de uygulanması gerekmektedir²⁵⁹. Her ne kadar İş Kanun’unun gerekçesinde işletmeye, işyerine veya işe ilişkin nedenlerin varlığı halinde feshe son çare olarak başvurulması

²⁵⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s.91; Krichel, s. 179.

²⁵⁸ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük s.198; Güzel, Ultima Ratio, s.65.

²⁵⁹ Nazlı, s.168; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.396; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s.205; Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s.201; Ocak, Saim, **Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma**, Doktora Tezi, İstanbul 2008, s.591; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.189; Kar, İş Güvencesi, s.355; Yıldız, s.693; Demir, Cuma Arif, s.37.

gerektiği belirtilmiş ise de, feshin son çare olması ilkesi işçinin yeterliliği ve davranışları sebebiyle gerçekleştirilen fesihlerde de uygulanması gerekmektedir²⁶⁰. Bu ilke gereğince, işveren işçiden kaynaklanan olumsuz durumlara rağmen aralarındaki iş ilişkisini devam ettirebilme imkânına sahipse, işveren öncelikle feshin son çare olması ilkesini değerlendirmelidir²⁶¹.

Asıl önemli olan, işçi ile işveren arasındaki sözleşmeye bağlılık ilkesi kapsamında iş ilişkisinin varlığını korumak, feshin ise istisna olmasıdır. Feshin kaçınılmazlığından söz edebilmek için ise, işletmesel karar ile öngörülen amaca fesih dışında başka bir yolla ulaşmak mümkün olmamalıdır. Bu nedenle feshe son çare olarak başvurulması gerekmekte olup sürekli olarak fesihten kaçınma imkânı bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır²⁶². Bundan dolayı, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin geçerli bir neden sonucunda işletmede meydana gelen sürekli iş gücü fazlalığının ortaya çıkması ile artık işçiye ihtiyacın kalmamış olması fesih için yeterli değildir. İşverenin mevcut şartları değerlendirmesi ve bu şartlara göre feshe en son çare olarak başvurusu gerekmektedir²⁶³.

²⁶⁰ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s.201; Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi" **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 227; Soyer, Uygulama Sorunları, s.51; Taşkent, s. 16; Alp, s. 158; Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1528; Kandemir, s. 279.

²⁶¹ Tuncay, Geçerli Neden, s.24.

²⁶² Nazlı, s.168; Engin, İşletme Gereklere, s.91; Engin, Ücretsiz İzin, s. 540; Mollamahmutoğlu, s.735; Keser, s. 406; Taşkent, Savaş, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.21, Mart 2011, s.17-18; Güzel, Ali; "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Karar İncelemesi, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, S.1, 2005, s. 175; Süzek, İş Hukuku, s.616; Çelik / Canikoğlu/ Canbolat, s.393; Manav, s.112; Centel, Tankut, İş Güvencesi, s.113; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 1002; Topal, s.64; Tulukcu, s.137.

²⁶³ Alpagut, Esaslı Değişiklik, s. 95; Evren, İşletme Gereklere, s.176; Günay, İş Davaları, s.1103; Ekonomi, Sözleşmesini Feshi, s. 50; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Güvencesi, s. 319.

Sözleşmenin devamını sağlayabilmek amacıyla, sözleşmenin taraflarından biri diğer tarafın edimini ifa edebilmesi için dürüstlük kuralları çerçevesinde her türlü çabayı göstermekle tüm seçenekleri denemekle yükümlüdür.²⁶⁴

Yargıtay kararına konu bir davada işçi, iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin geçerli sebebe dayanmadığını, feshin son çare olması gerektiği, ancak işverenin bu durumu dikkate almadığını belirterek işe iadesini talep etmiş, işverende, işçiyi başka işlerde değerlendirebilme imkânını araştırdığını, şirket bünyesinde başka iş bulunmadığını, uygun iş bulunması konusunda üzerine düşeni yaptığını ancak bu durumda yeterli olmadığını, işçiye uygun boş pozisyon bulunmadığını, işçinin yasal haklarının tamamını ödeyerek iş sözleşmesini geçerli sebebe dayanarak feshettiğini belirtmiştir. Yargıtay ise somut olay karşısında, 4857 sayılı İş Kanunu 31. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen askerlik dolayısıyla işten ayrılan daha sonra bu ödevin sona ermesi ile yeniden işe başvuran işçiyi, boş kadro olmasına rağmen işverenin işe almaması söz konusu olması durumunda işverenin, askerlik sonrasında işe başvuruda bulunup bulunmayacağı belli olmayan bu işçileri başvuru üzerine işe almasıyla işyerinde boş kadronun bulunduğu anlaşıldığını, bu boş kadroların iş güvencesi kapsamındaki işçilere feshin son çare olması ilkesi kapsamında önerilmediği gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar vermiştir.²⁶⁵

Feshin son çare olması ilkesi, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin mevcudiyeti halinde gündeme gelecektir²⁶⁶. Fesih için geçerli bir neden söz konusu değilse son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmadığının araştırılmasına da gerek bulunmamaktadır. Zaten fesih geçerli bir nedenin bulunmamasına dayanılarak geçersiz sayılacak olup, ayrıca son çare ilkesine başvuruda bulunulup bulunulmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

²⁶⁴ Güzel, Ultima Ratio, s.63- 64.

²⁶⁵ Y. 9. HD., E. 2013/15658 K. 2014/3208 T. 4.2.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2013-15658-k-2014-3208-t-4-2-2014> e.t: 20.10.2018.

²⁶⁶ Kar, İş Güvencesi, s.1013.

Sözleşmenin taraflarından her biri gerek sözleşmenin devamlılığını sağlamak gerekse de diğer tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamak için Medeni kanunun 2.maddesinin birinci fıkrasında²⁶⁷ yer alan dürüstlük kuralları çerçevesinde elinden gelen tüm çabayı göstermek zorundadır. Bu kapsamda işveren, iş sözleşmesinin devamlılığı ve işçinin iş görme edimini yerine getirebilmesi için dürüstlük kuralı uyarınca öngörülebilir tüm seçenekleri denemeli, feshe son çare olarak başvurmalıdır²⁶⁸. Bu kapsamda işveren, fazla çalışma ve uzun süreli çalışmalarını kaldırabilir, geçici iş ilişkilerine son verebilir, tam süreli çalışmalardan kısmi süreli çalışmalara geçebilir, vardiya sayısını azaltabilir, yeni işçi alımını durdurabilir, sözleşme süresi dolan taşeron firmalar ile olan sözleşmelerini yenilemeyebilir, temsil ve tanıtma giderlerinden tasarruf edebilir, işçiyi bir başka işte çalıştırabilmek gibi önlemler alabilir. İşçi ile olan iş ilişkisini sona erdirmek yerine masrafların azaltılmasına yönelik olarak da sözleşmede veya sözleşme dışı belirtilen miktarın üzerinde yapılan maaş zammı ya da prim gibi ücret eklerinin kısıtlanması yolunu da tercih etmesi ultima ratio ilkesinin bir sonucudur²⁶⁹.

Yargıtay 2005 tarihli kararında şu ifadeye yer vermiştir;

“...İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayalı fesihlerde, fesih olarak dayanak yapılan nedenle çelişki içinde olmamalı, feshin en son çare olduğu ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır. Bu kapsamda iş sözleşmesi feshedilen işçinin, mesleği ve vasfı nedeni ile başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı da

²⁶⁷ TMK. madde 2/1; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır” <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>.

²⁶⁸ Manav, s.110; Keser, s 409; Güzel, Ultima Ratio, s.62; Centel, İş Güvencesi, s.113; Güzel, Keyfilik Denetimi, s.173; Demir, Cuma Arif, s.37; Yıldız, s.694.

²⁶⁹ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük, s.206; Centel, İş Güvencesi, 114; Bodur, s.156.

araştırılmalıdır. Ayrıca olanak varsa, kısa süreli çalıştırma, fazla mesailer kaldırma gibi tedbirler öncelikle düşünülmelidir...²⁷⁰”

Yargıtay 9.HD. sinin 2006 tarihli bir başka kararında da bu ilkeyi benzer şekilde vurgulamıştır;

“Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca “fesih son çare olmalıdır”(ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir”²⁷¹ .

Yargıtay’ın emsal kararlarında da görüldüğü üzere, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapılan feshin geçerliliği açısından önemli olan, işçinin işverenin işyerinde başka bir şekilde fiilen ve gerçekten çalıştırılma olanağının olup olmamasıdır. Eğer işverenin işyerinde iş sözleşmesi feshedilen işçinin gerçekten çalışmaya devam edebileceği başka bir çalışma yeri mevcut ise işveren geçerli bir fesih nedeninin varlığına dayanamaz. İşveren fesih yoluna gitmeden önce ücretsiz izin, kısa çalışma, fazla çalışmaları kaldırma, işçinin rızasını da alarak çalışma sürelerini kısaltma gibi yollara başvurulmalıdır²⁷².

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel amaç çizmektedir. İşverenin, işletmesel amacı boşa çıkarmayacak, fesihle aynı ölçüde elverişli olan tedbirleri alması mümkün ise, bu durumda iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir nedenin varlığından bahsedilemez²⁷³. İşverenden işletmesel karar alma özgürlüğüne

²⁷⁰ 9. HD., E. 2004/33893, K. 2005/2874, T. 2.2.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2004-33893.htm&kw=`2004/33893`#fm>, e.t: 14.11.2017.

²⁷¹ Kılıçoğlu/ Şenocak, Ölçülülük, s.200.

²⁷² Kar, İş Güvencesi, s.356; Engin, İşletme Gereklere, s.92; Nazlı, s.168; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.189; Güzel, Ultima Ratio, s.77.

²⁷³ Engin, Ücretsiz İzin, s. 541.

müdahale teşkil edecek nitelikte taleplerde bulunulmaması gerekmektedir²⁷⁴. Kısacası işverenden aşırı masraflı, işletmesel karar özgürlüğüne müdahale teşkil eden taleplerde bulunulmaması veya işçiye iş yaratması beklenmemelidir²⁷⁵. İşveren zaten makul ölçüler içinde alabileceği tüm önlemleri almış olmasına rağmen, işçinin işyerinde çalıştırılması artık mümkün değilse, fesih dışında başvurabileceği başka hiçbir yol mevcut değilse, fesih geçerli sebeple yapılmış fesih olarak değerlendirilecektir²⁷⁶.

1. İşverenin İşçiyi Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Başka Bir İşyerinde Çalıştırması

Ultima Ratio ilkesi gereği, işçinin işyerindeki işinin korunması amacıyla işverene bir takım yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülüklerden en önemlisi işverenin işçiyi işyerinde başka bir işte çalıştırmasıdır. İşveren tarafından iş akdi feshedilen işçinin işverenin başka bir işyerinde yahut aynı işyerinin başka bir biriminde çalıştırması mümkün olmasına rağmen, işverenin doğrudan fesih yolunu tercih etmesi halinde fesih geçersiz sayılacaktır²⁷⁷.

Fransız hukukunda ultima ratio ilkesinin ilk önce mahkeme kararında benimsenmiş, sonradan yasa hükmü haline geldiği hususu daha önce izah edilmişti. Fransız Yüksek Mahkemesi denetlediği davalarda, işverenin ekonomik nedene dayandığı tüm fesihlerde, işverenin işçiyi başka bir işte çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini aramaktadır²⁷⁸.

Alman hukukunda da, ultima ratio ilkesi gereğince, işverenin işçiyi aynı işyerinde veya işletmeye dahil başka bir işyerinde çalıştırma olanağının mevcut

²⁷⁴ Engin, İşletme Gerekleri, s.91-92.

²⁷⁵ Engin, İşletme Gerekleri, s.92; Nazlı, s. 168.

²⁷⁶ Güzel, Ultima Ratio, s.73; Engin, İşletme Gerekleri, s. 91.

²⁷⁷ Güzel, Ali, Ultima Ratio, s.77; Güzel, Ali, Keyfilik Denetimi, s.179; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi, s.313.

²⁷⁸ Güzel, İş Güvencesi s.76.

olmasına rağmen çalıştırmadan, bu yola başvurmaksızın gerçekleştirdiği feshin geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Feshin işçinin kişiliğinden, davranışından, işletme gereklerinden kaynaklanıp kaynaklanmaması bu kuralın uygulanmasına engel nitelik taşımamaktadır²⁷⁹.

Hukukumuzda ise, işverenin, iş sözleşmesini geçerli sebebe dayanarak feshetmek istediği işçisini başka bir işte veya işletmeye bağlı başka bir işyerinde çalıştırıp çalıştıramayacağını araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde, feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesi gözetilmeksizin gerçekleştirilen fesih, geçersiz bir fesih olarak kabul edilecektir.

İşverenin birden fazla işyerinin bulunması durumunda, işçinin diğer işyerlerinde çalıştırılabilme olanağının mümkün olup olmadığı hususu araştırılmalıdır²⁸⁰. İşçinin işçiyi başka bir yerde çalıştırması, ancak boş bir yerin varlığı halinde mümkündür. Boş bir yer olması durumu da tek başına yeterli olmamakta, işçinin söz konusu yer için aranan kriterleri de sağlaması gerekmektedir²⁸¹. Boş olan kadronun işçinin niteliklerine uygun olup olmadığı hususu işverence değerlendirilecek, uygun olması durumunda iş sözleşmesinin feshi yerine işçinin boş olan kadroda işe devam etmesi sağlanacaktır.

İşçinin çalışabileceği işyeri daha önceki işi ile aynı iş kolunda olması, aynı işletme içerisinde olması veya aynı ilde bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. Önemli olan, işverene ait aynı gerçek veya tüzel kişiliğine ait olmasıdır. Bu kapsamda işverenin aynı şirketler grubu içerisinde fakat farklı tüzel kişiliğe sahip işyerinde çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmayacaktır²⁸².

²⁷⁹ Güzel A. Ultima Ratio, s.81.

²⁸⁰ Çankaya/Günay/Göktaş, s.99; Centel, İş Güvencesi, s. 114; Süzek, İş Hukuku, s.542.

²⁸¹ Soyer, s.52-53; Centel, İş Güvencesi, s.209.

²⁸² Süzek, İş Hukuku, s.619; Centel, İş Güvencesi, s. 114.

Yargıtay'ın konu ile ilgili kararında; *"Feshin son çare olması ilkesinin işçinin, aynı gruba ait başka bir şirkete ait işyerinde değerlendirilmesi şeklinde genişletilmesi olanağı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, aynı gruba da ait olsa, farklı bir tüzel kişiliği haiz işverene ait işyerinde işçinin değerlendirilmesi davalı işverenden beklenemez²⁸³"* tespitleriyle konuyla ilgili husus açıklığa kavuşturmuştur.

Daha öncede belirttiğimiz gibi, fesih dışında işverenin başvurabileceği birçok seçenek varsa, işveren yönetim hakkı kapsamında bunlardan birini kullanmalıdır. Doktrinde bu hususla ilgili olarak, *"işverenin olası alternatif önlemler arasında sözleşme değişikliğine neden olmayacak önleme, değişiklik feshine oranla öncelik verilmesi gerektiği"* savunulmaktadır²⁸⁴. Kar'da aynı yönde, işverenin fesih dışındaki tedbirlerden birine başvururken iş şartlarında esaslı değişiklik gerektirmeyen önleme başvurusu gerektiğini belirtmiştir. İşverenden fesih yerine daha hafif önlemler alması, sadece hukuken ve fiilen mümkün olması durumunda istenebilir. Bu sebeple Ultima Ratio ilkesi işverene fesih yerine daha hafif önlemleri seçmek konusunda sınırsız bir yükümlülük yüklememektedir. İşverenden iş sözleşmesini feshetmek yerine, işçiye boş bir kadro yaratması da beklenemez. Bu kapsamda işveren açısından imkânsız olan bir önlemin alınmamış olmasına dayanarak feshin geçersiz olduğu ileri sürülemez²⁸⁵.

2. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılarak İşçinin İşyerindeki İşinin Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Korunması

a. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik

Çalışma koşulları, taraflar arasındaki iş ilişkisinden kaynaklanan, işin yerine getirilmesi sırasında tarafların tüm hak ve borçlarını kapsayan tüm şartları ifade

²⁸³ Yargıtay 9. H.D., E.2007/24415, K.2007/38774, T.24.12.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2007-24415.htm&kw=`2007/24415`#fm>, e.t: 01.12.2017.

²⁸⁴ Kar, Yargısal Denetim, s.123.

²⁸⁵ Kar, Yargısal Denetim, s.123.

etmektedir. Bu kapsamda, iş görme borcu, işverenin karşılığında ücret ödeme borcu, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, izin süreleri, ara dinlenmeler, evlenme, doğum, hastalık, ikramiye, yakacak ve erzak yardımı gibi sosyal yardımların tamamı çalışma koşullarıdır²⁸⁶.

Çalışma koşulu, iş ilişkisinden kaynaklanan, işçinin tabi olacağı hak ve borçların tümü olarak tanımlanmaktadır²⁸⁷. Çalışma koşulları bu bakımdan, yasa, tüzük, yönetmelik ile bireysel ve toplu iş sözleşmelerinden oluşan hukuki çerçeve ile eş anlamlıdır²⁸⁸.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmü ile iş sözleşmesinin feshi yoluna gitmeden çalışma şartlarında yapılacak esaslı değişiklik ile iş sözleşmesini ayakta tutabilme amaçlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinin konusu, iş sözleşmesi ile belirlenen çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabileceği ile sınırlıdır. Bu nedenle yasa ve toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmiş konular bakımından işverenin esaslı değişiklik yapabilmesi mümkün olmaması nedeniyle, belirtilen kaynaklar bakımından çalışma koşullarının esaslı değişikten değil, uygulanamamasından söz edilmektedir²⁸⁹.

İş Kanun 22. maddesi birinci fıkrasında, *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi*

²⁸⁶ Keser, s. 481; Kar, İş Güvencesi, s. 713; Demir, Cuma Arif, s. 40; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.202; Ertabak, s.348; Aydın Ufuk, *“Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.23, Eylül 2011, s.23; Şen, Murat, **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik**, Ankara 2005, s. 24, 25; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.433.

²⁸⁷ Engin Murat, *“Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”*, **İÜHFİM.**, S.1-6, C.61, 2003 s.314 .

²⁸⁸ Engin, Çalışma Koşulu, s.314.

²⁸⁹ Engin Murat, Çalışma Koşulu, s.314.

tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir...²⁹⁰. Kanunun ilgili maddesinin gerekçesinde, “madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır”²⁹¹ tespitlerine yer verilmiştir.

İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi için geçerli bir neden mevcut olmasına rağmen, çalışma şartlarında esaslı değişiklik ile iş ilişkisinin devamı sağlanabiliyor ise, işverenin fesih yoluna başvurmaması gerekmektedir²⁹².

İşçi ile işveren arasında kurulan iş ilişkisi borç doğuran bir sözleşmedir. İşçi, iş ilişkisi içerisinde kimi zaman iş görme edimini gereği gibi ifa edememekte, performansında düşmeler meydana gelmektedir. Bu gibi durumlarda işverenin değişiklik yapması iş sözleşmesinin bir parçasıdır. Ayrıca iş ilişkisi işletme gereklerinden, ekonomik ve teknolojik gereklerden kaynaklı birçok dış etkenden de olumsuz olarak etkilenmektedir. İşveren anayasa ile teminat altına alınan girişim özgürlüğü kapsamında işletmesinin işleyişi bakımından gerekli her türlü teknik ve organizasyonel değişiklikleri yapabilme, yeni üretim alanlarına yönelme gibi işletmesel kararlar almakta serbesttir. İşverenin işletmesi için gerekli olduğunu düşünerek serbestçe almış olduğu işletmesel kararlar, işçilerin çalışma koşullarında değişiklik yapmasına neden olmaktadır²⁹³. Örneğin işyerinde işyeri veya işletme

²⁹⁰ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> e.t:14.11.2017.

²⁹¹ <https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is-kanunu-yenilenmis-4-baski/pdf-is-kanunu-yenilenmis-4-baski.pdf>, e.t: 14.11.2017.

²⁹² Murat Engin, Çalışma Koşulu, s.323; Demir, Cuma Arif, s. 39; Engin, İşletme Gerekleri, s.94; Güzel, Ultima Ratio, s. 85.

²⁹³ Alp, Mustafa, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.39.

gereklere kapsamında, yeniden yapılanmaya veya işyerinin bir bölümünün kapatılması uygulamasına gidilmiş, bu durumdan kaynaklı olarak iş gücü fazlalığı oluşmuştur. Bu durumda işveren işçinin önceki çalıştığı işe oranla aleyhe koşullarda dahi olsa, işçiye işyerinin bir başka bölümünde veya bir başka işyerinde çalışması için teklifte bulunmalıdır. Ultrima Ratio ilkesi gereğince işveren tarafından yapılan bu esaslı değişiklik teklifi İş Kanun 22. maddesinde düzenlenen usule tabi olacaktır²⁹⁴.

İşverenin, işletmesel karar sonucunda yapılan organizasyon değişikliği kapsamında, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma hakkını kullanırken, Anayasaya, kanunların emredici hukuk kurallarına, toplu ve bireysel iş sözleşmesi kurallarına aykırı davranışlarda bulunmaması, keyfi davranmaması, dürüst olması gerekmektedir.

b. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılabilmesinin Şartları

İş yerinde oluşan bazı durumlar ve ihtiyaçlar çalışma şartlarını düzenleyen iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesini gerektirmektedir.

İş sözleşmesi ekonomik, sosyolojik, teknolojik gelişmelerden etkilenmekte, işçinin üstlendiği işte, çalıştığı iş yerinde, ücretinde genel bir ifadeyle çalışma şartlarında değişiklik yapılmasını gerektiren durumlar gündeme gelebilmektedir.

İş Kanun 22. maddesi birinci fıkrasının lafzına bakıldığında işçinin sahip olduğu çalışma koşullarının hangi kaynaktan doğduğu önemli değildir. Çalışma koşulları, iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliğinden²⁹⁵, işyeri uygulamasından ya da benzeri bir kaynaktan doğabileceği

²⁹⁴ Engin, Çalışma Koşulu, s.324.

²⁹⁵ Keser, s.482; İş kanun eki nitelikte olan personel yönetmeliğinde ya da işyeri iç yönetmeliklerinde de çalışma koşullarına ilişkin hükümler bulunabilmektedir. Bu hükümlerin işçiye bağlayabilmesi için, işçiye bildirilmesi, açık veya örtülü rızasının alınması, hatta mümkünse bir nüshasının da işçiye verilmesi gerekmektedir. Aksi halde bu hükümlerin iş sözleşmesinin bir parçası olduğundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

gibi toplu iş sözleşmesinden de doğabilir. Toplu iş sözleşmeleri (TİS) ile, iş sözleşmesinin içeriğinden sona ermesine kadar hemen hemen her konu düzenlenebilmektedir. TİS ile belirlenmiş bulunan çalışma koşulları ancak TİS kapsamında değiştirilebilir. Toplu iş sözleşmelerinde aksine hüküm bulunmadıkça, iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olarak düzenlenmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesine aykırı düzenlemenin bulunması halinde toplu iş sözleşmesindeki hükümler geçerli olacak, buna karşın, toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesine aykırı hüküm bulunması durumunda ise, iş sözleşmesinin işçi lehine hükümleri geçerli olacaktır (STSK. M.36/1). Görüldüğü üzere, STSK. 36'ncı maddesinde, çalışma koşullarının işçi lehine olacak şekilde değiştirilebileceği aksi halde, iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olacağı düzenlenmiştir²⁹⁶.

İşverence İş Kanununun 22. maddesi uyarınca yapılacak olan değişikliğin esaslı olması ve bu değişikliklerin işçi aleyhine olması zorunludur. Bu kapsamda işçinin durumunu ağırlaştıran ve dürüstlük kuralları uyarınca işçiden kabul etmesi beklenemeyecek değişiklikler çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilecektir. İşveren tarafından yapılacak olan değişikliğin esaslı olması yetmemekte ayrıca bu değişikliğin işçinin aleyhine olması gerekmektedir²⁹⁷.

Esaslı değişiklik hallerinin neler olduğunun tek tek sayılmasına imkân bulunmamakla birlikte, uygulamada sıklıkla karşılaşılan işçinin durumunu ağırlaştıran esaslı değişiklik halleri, ücret, işyeri, işin niteliği ve çalışma saatlerine ilişkin yapılan değişiklikler olarak kendini göstermektedir²⁹⁸. İşverenin yapmış olduğu

²⁹⁶ Aydın, s. 23; Keser, s.483-484.

²⁹⁷ Kar, İş Güvencesi, s. 714; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 101; İş sözleşmesindeki değişiklikler geçmişe dönük olarak yapılamaz. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununda tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilecekleri fakat bu değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Alpagut, Esaslı Değişiklik, s. 106; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.582; Ocak, s.556; Yenisey, Kübra Doğan "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", **Çalışma Ve Toplum**, 2010/3, s.95; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.433.

²⁹⁸ Kar, İş Güvencesi, s. 715; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.582; Evren, s.73; Aydın, s. 24.

değişikliğin, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalması durumunda yapılan değişiklik esaslı değişiklik olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenden dolayı, işveren yönetim hakkı kapsamında, tek taraflı olarak değişiklik yapabilecektir. Elbette ki, işveren yönetim hakkı kapsamında değişiklik yapma hakkını kullanırken, dürüstlük kurallarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı bir şekilde bu hakkını kullanması gerekmektedir. Bu durum sebebiyle, işveren tarafından yapılacak değişikliğin yönetim hakkı kapsamında mı olduğu, yoksa değişikliğin esaslı bir değişiklik mi olduğu hususu her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Örneğin işverenin çalışma saatlerinde yapacağı değişiklik bekar bir işçiye göre esaslı bir değişiklik olarak kabul edilmese bile, evli bir işçi için bu değişiklik esaslı kabul edilebilir²⁹⁹.

İş Kanunu 22. maddesinde, işverenin çalışma koşullarındaki değişiklik önerisini işçiye yazılı olarak yapması gerektiği, yazılı yapılmayan değişikliklerin işçiye bağlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanunun aradığı yazılılık koşulu niteliği itibariyle geçerlilik şartı olarak kendini göstermektedir. Yazılı şekil, basit yazılı şekildir³⁰⁰.

İşveren tarafından yazılı şekilde hazırlanan çalışma koşullarındaki değişiklik teklifinin gerçekleşebilmesi için işçi tarafından kanunda aranan süre içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir. İş kanunu bu süreyi 6 iş günü olarak belirlemiş ve kabulün yazılı olmasını aramaktadır. Bu sürenin nispi emredici nitelikte olması, hak düşürücü süre niteliğinde olmaması nedeniyle işçi lehine uzatılabilmesi mümkündür³⁰¹.

²⁹⁹ Engin, Çalışma Koşulu, s.318; Kar, İş Güvencesi, s.715; Kılıçoğlu/ Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.581; Demir, Cuma Arif, s.40; Aydın, s. 31.

³⁰⁰ Engin, Çalışma Koşulu, s.320; Narmanlıoğlu, Ünal "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.1, S.3, Eylül 2006, s.12.

³⁰¹ Kar, İş Güvencesi, s.716; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s. 588; Aydın, s. 32; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 60.

İşverenin yazılı değişiklik teklifi karşısında işçinin sükûtu, kabul manası taşımamaktadır³⁰². İşçinin değişikliği yazılı olarak kabul etmesi geçerlilik şartı olması sebebiyle yazılı olarak kabulü gerekmektedir³⁰³. Doktrinde ve Yargıtay'ın bazı kararlarında, işçinin çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği önce kabul etmesi, daha sonra bunun geçersizliğini ileri sürmesi kabul yazılı dahi yapılmamış olsa bile, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağından, değişikliğin kabul edilmiş olduğu görüşü öne sürülmüştür³⁰⁴.

Yargıtay konu ile ilgili kararına göre;

“...4857 sayılı İş Kanunu 22. maddesinde yer alan düzenleme davacının işyeri değişikliğini yapıldığı 4.5.2004 tarihinde yürürlüktedir. Dava, 22.2.2005 tarihinde işlemiden, 9 ayı aşkın süre sonra açılmıştır. Davacı, bu düzenlemeye göre, çalışma koşullarından esaslı değişiklik olan, işyeri değişikliğine karşı 6 gün içinde itiraz etmemiştir. Davacı, işlemi kabul etmiştir. İşverenin işyeri değişiklik işlemi geçerli hale gelmiştir. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, cezai şart tazminatının reddi yerine, yazılı şekilde kabulü hatalıdır...”³⁰⁵”

İşverenin esaslı değişiklik önerisi işçi tarafından İş Kanununun aradığı yasal süre içerisinde veya biçimde kabul edilmemesi halinde değişiklik gerçekleşmeyecektir. Bu durumda işveren dilerse işçiyi mevcut şartlar altında çalıştırabileceği gibi, iş sözleşmesinin feshini gerektiren geçerli sebebe dayanarak işçinin iş sözleşmesinin

³⁰² Kar, İş Güvencesi, s.716; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 62; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.434.

³⁰³ Demir, Cuma Arif, s.41; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.588; Ertabak, s. 346; Aydın, s. 32; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 73.

³⁰⁴ Alpagut, Esaslı Değişiklik, s. 108; Kar, İş Güvencesi, s.716; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.203; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s.435.

³⁰⁵ Y.9. HD., E. 2005/27701, K. 2005/30370, T. 19.9.2005

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2005-27701.htm&kw=`2005/27701`#fm>

e.t: 14.11.2017; Alpagut, Esaslı Değişiklik, s. 109, yazara göre; iş kanun 22. maddesinin lafzının ve ruhunun işçiyi çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğe karşı korumak olduğu, işçinin sessiz kalmasının kabul iradesi olarak değerlendirilmenin 1475 sayılı kanun dönemindeki uygulamanın devam ettirildiği anlamını taşıdığını, bu nedenle Yargıtay'ın bu görüşüne katılmadığını belirtmektedir.

feshedilmesi yolunu da tercih edebilir. İşverenin fesih yolunu tercih etmesi halinde, feshin geçerli sayılabilmesi için, İş Kanununun 18. maddesinde yer alan geçerli sebeplere dayanması gerekmektedir³⁰⁶.

Yargıtay'ın konu ile ilgili 2010 tarihli kararına göre;

“...İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam edilirse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir...”³⁰⁷”

Yargıtay kararlarında değişiklik feshinden bahsetmiştir. Değişiklik feshi ile ifade edilmek istenen, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teklifinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde işverenin iş sözleşmesini feshetmesidir. Değişiklik feshinde geçerli sebebin denetimi iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir. Birinci aşamada iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli sebebin tespiti yapılmalıdır. Bu tespit yapılırken İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde fesih için aranan geçerli sebeplerin varlığı aranmaktadır. Bir başka ifadeyle, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Yapılan denetim sonucunda, söz konusu madde kapsamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeye gerek bulunmamakta olup değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren geçerli sebebin mevcut olduğunun tespit edilmesi halinde, ikinci aşama ise, yapılacak sözleşme değişikliğinin

³⁰⁶ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 151, Kar, İş Güvencesi, s.716-717; Alpagut, Esaslı Değişiklik, s. 109, Demir, Cuma Arif, s.41; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.203; Evren, s.106; Ocak, s.564; Aydın, s. 33; Yenisey, s.102.

³⁰⁷ Y.9.HD., E. 2008/33731, K. 2010/21274, T. 01.07.2010, <http://www.calismatoplum.org/sayi30/abc/11-52.doc>, s.514 e.t: 18.11.2017.

kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığıdır³⁰⁸.

İş güvencesi sisteminin temel ilkesi olarak nitelendirilebilen feshin son çare olması ilkesine uygun olarak çalışma koşullarını değiştirmekteki asıl amaç, iş ilişkisinin işçi ve işveren bakımından sürdürülebilmesidir.

İş kanununun 22. maddesinde iş sözleşmesinde esaslı değişikliğin hangi usulle gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Ancak kanununda iş sözleşmesine konulacak bir kayıt ile esaslı değişiklik yapıp yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu duruma rağmen, taraflarca iş sözleşmesine, eki niteliğindeki belgelere konulan bir kayıt mevcut ve bu kayıt işverene iş sözleşmesinde işyeri, iş, ücret vb. konularda esaslı değişiklik yapma hakkı tanıyor ise, iş kanununda yer alan usul uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda ilgili kaydın hukuka uygunluk denetimi ile birlikte işverenin MK. 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına uyup uymadığı, hakkın hakkaniyete uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığının denetimi yapılacaktır³⁰⁹. Bu denetim, işverenin değişiklik yapma yetkisini keyfi ve kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkindir. MK. 2. maddesine rağmen, işveren değişiklik yapma yetkisini keyfi ve kötüye kullanması halinde işverenin iş sözleşmesinin feshinin, haksız ya da geçersiz olduğuna hükmedilecektir³¹⁰.

Yargıtay'ın önceki kararları, işverene tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren hüküm ya da hükümlerin geçerli olamayacağını, İş Kanununda iş sözleşmesinin esaslı değişikliği düzenleyen 22. maddenin uygulanması gerektiği yönündedir³¹¹. Daha sonra Yargıtay bu içtihadından vazgeçmiş, işverene tek taraflı değişiklik yapma

³⁰⁸ Kar, İş Güvencesi, s. 718; Yenisey, s. 104; Keser, s. 500-501.

³⁰⁹ Aydın, s. 30; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.259; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s. 437.

³¹⁰ Aydın, s. 29; Evren, s. 74.

³¹¹ Y. 9. H.D, 2003/ 23105 E., 2004/1204 K., 26.01.2004 T.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2003-23105-k-2004-1204-t-26-1-2004> e.t:19.05.2019.

yetkisi veren kayıtların geçerli olacağını, fakat bu hakkın objektif olarak kullanılması gerektiğini, bu tür kayıtların hakkın kötüye kullanılmasına neden olmaması halinde geçerli olacağını belirtmiştir³¹². Doktrinde, 4857 sayılı kanunun tasarısında yer alan ancak kanunlaşma sırasında çıkarılan “... işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde ... yukarıdaki hükmü (İK. m.22/1) uygulanmaz”. ifadesi tartışma konusu olmuş ise de, bugün için işverenin iş sözleşmesinde değişiklik yapabileceğine ilişkin kayıtların geçerli ve bağlayıcı olduğu görüşü hakimdir³¹³.

3. Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Alınabilecek Diğer Tedbirler

İşletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde, ücretsiz izin uygulamasına gidilmesi feshin son çare olması(Ultima Ratio) ilkesi kapsamında alınabilecek tedbirlerdendir. Umulmayan hallerden kaynaklanan ifayı kabul engeli ortaya çıkmış ve bu kabul engeli geçici nitelikte ise, hukuken geçerli ücretsiz izinden söz edilebilir.

İş sözleşmesinin ekonomik kriz, hammadde temin edememe, gibi nedenlerle askıya alınmasına ilişkin uygulamalardan birisi olan ücretsiz izin uygulaması, iş sözleşmesinin devamını sağlamak için değişen koşullara uyarlanmasını sağlayan bir yöntem olmakla birlikte, ayrıca fesihten önce başvurulması gereken tedbirlerden de biridir.

³¹² Aydın, s. 25-27; Ocak, s.559; Y. 9. HD., E. 2008/33731, K. 2010/21274, T.01.07.2010, kararında; “...iş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır...” <http://www.calismatoplum.org/sayi30/abc/11-52.doc>, s.511 e.t:18.11.2017.

³¹³ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.204; Aydın, s. 26-27; Narmanlıoğlu, s. 15 vd. göre, işverene tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren hüküm ya da hükümlerin geçerli olamayacağı görüşündedir. Tek taraflı işverene değişiklik yapma hakkı veren hükümlerin İK. m. 22/1 fıkrasının açık anlatımına, yapısına aykırı nitelik taşıdığını, kayıtların bağlayıcı ve geçerli olduğunu kabul etmenin İK. 22/1 anlam ve değerini ortadan kaldıracağından bu kayıtların geçerli olmadığı görüşündedir.

Ücretsiz izin uygulamasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana getirdiği açıktır. Bu sebeple İş Kanununun çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi başlıklı 22. maddesinde öngörülen usulde yapılması gerekmektedir. İş Kanun 22. maddesi söz konusu değişiklik için iki farklı yol öngörmektedir. Bunlardan birincisi, tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarında yapacakları değişikliklerle mümkündür. Bu anlaşmanın açık veya örtülü olması mümkündür³¹⁴. İşveren tarafından önerilen ücretsiz izin uygulamasını açık bir biçimde kabul ettiklerini bildirebilecekleri gibi, kendilerine belirli bir süre ücretsiz izne çıkarıldıklarının işverence söylenmesi üzerine uygulama bitince dönmek üzere işyerinden ayrılabilirler. Yargıtay'da ücretsiz izin ve askıya alma konusu ile ilgili tarafların iradelerinin birleşmesini aramaktadır. Ancak Yargıtay, iş sözleşmesi askıya alınan işçinin tekrar işe geri çağırılacağı ümidi ile beklemesini veya işçinin başlangıçta iş akdinin askıya alınmasına karşı çıkmamasını kabul olarak nitelendirmiştir³¹⁵. İkinci yol ise, iş kanununun 22. maddesinde öngörülen usule uygun işçilerin onayının alınmasıdır³¹⁶. Bu kapsamda işveren, işçiye yazılı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmek istediğini, ücretsiz iznin ne kadar süreceğini yazılı olarak bildirmelidir³¹⁷. İşçinin, işverenin ücretsiz izin uygulamasına ilişkin teklifi altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul etmesi halinde, değişiklik işçiyi bağlar ve iş akdi ücretsiz izin uygulaması süresince askıya alınmış olur³¹⁸.

İşverenin ücretsiz izin uygulamasına gitmek istemesi halinde, işçiye önerilen ücretsiz iznin sebebi hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Keza işçinin sebebini

³¹⁴ Taşkent Savaş, "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.1, S.3, Eylül 2006, s. 22; Evren, s.73.

³¹⁵ Y. 9. HD. 2006/28789 E., 2006/8012 K., 30.03.2006; Çalışma Ve Toplum 10, 2006/3.

³¹⁶ Engin, İşletme Gereklere, s. 107; Süzek, Sarper, "İş Akdinin Askıya Alınması Ve Ücretsiz İzinler" Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C.9, Özel Sayı, 2007, s.127; Şen, s.235-236; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.585.

³¹⁷ Engin, İşletme Gereklere, s.107-108; Süzek, Ücretsiz İzin, s.128; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.229 bu yazarlar, işverenin başvurabileceği tek bir yolun olduğunu, bu yolun İş Kanunu mad.22/1 uyarınca yazılı yapılması gerektiğini savunmaktadırlar.

³¹⁸ Taşkent, Ücretsiz izin, s.22.

bilmediği ve üstelik de ücretten yoksun kalacağı bir uygulamayı serbest iradesiyle kabul ettiği söylenemez. Bunun yanında ücretsiz izin uygulamasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana getirdiği hususu gözetildiğinde, işçinin ücretsiz izin uygulamasının ne kadar süreceği hakkında da bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu sebeple işveren, işçiye ücretsiz izin ile ilgili öneride bulunurken ücretsiz izin uygulamasının ne kadar süre ile devam edeceğini de belirtmesi gerekmektedir. Ancak, işveren tarafından bu sürenin tam olarak ne kadar süreceğinin belirlenmesi her zaman mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda, ücretsiz izin uygulamasının işçide en azından geçici olduğu yönünde bir izlenim yaratması gerekmektedir³¹⁹. Kaldı ki, ücretsiz izin uygulamasının uzun süreli olabileceğini kabul etmekte MK. 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. İşverenin işçiye ücretsiz izne çıkma önerisinin işçi tarafından

³¹⁹ Ücretsiz izin uygulaması ile iş sözleşmesinin askıda kaldığı ve askı koşullarından birinin de geçicilik olduğu hususu dikkate alındığında sürecin geçici olma niteliğinin ne zaman sona ereceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bkz. Engin, İşletme Gereklere, s.109' a göre, "İş Kanunu 65. maddesindeki üç aylık askı süresinin ücretsiz izinde de geçiciliğinin belirlenmesinde temel ölçü olarak yararlanılabileceği" görüşündedir. Süzek, Ücretsiz İzin s. 132 göre, "bu süre dürüstlük kuralının gerektirdiği geçici makul bir süre olduğu, olayın özelliğine göre mahkemelerce belirlenmesi gerektiği" ni kabul etmektedir. Taşkent Savaş, Ücretsiz İzin s.23' a göre ise, "Yargıtay 10.Hukuk Dairesi 2005/11825 E., 2005/4071 K., 14.04.2005 tarihli kararı ile hakkın kötüye kullanılmaması ve ekonomik kriz geçtikten sonra sigortalının tekrar işe alınması koşuluyla tarafların ortak iradeleri doğrultusunda kararlaştırılan ücretsiz izin süresince iş akdinin askıda kalacağına hüküm altına aldığını, yine bu kapsamda, hakkın kötüye kullanılmaması ve ekonomik kriz geçtikten sonra sigortalının tekrar işe alınması veya dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir süre şeklindeki sınırlamaların ve koşulların soyut olması sebebiyle net bir çözüm getirmeyeceğini" belirtmiştir. Örneğin, işçinin işverenin kötü niyetli ve samimi olmadığını veya ekonomik krizin geçtiğini ispat edebilmesi oldukça zor olduğunu, ücretsiz izin uygulaması ile işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklendiğini, söz konusu riski üstlenen işçinin ücreti, kıdeme bağlı hakları vb. haklarının olumsuz olarak etkilenmesi sebebiyle, askıya alma için zorunlu görülen "geçicilik" koşulunun çok daha belirgin bir biçimde ortaya konulmasının gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda yazar, askı durumunun yasal bir nedenden veya dayanaktan kaynaklanması halinde o sürecin askı halinin sınırını oluşturacağını belirtmiş örnek olarak da, iş sözleşmesi hastalık, analık, yasal bir grev veya lokavt gibi nedenlerle ya da tarafların anlaşmasıyla muvazzaf askerlik görevi dolayısıyla askıya alınması durumunda, askı halinin yasada belirlenen süre veya dönem için devam edeceğinin sabit olduğunu, iş sözleşmesinin sayılanlar dışında kalan zorunluluklardan kaynaklı olarak askıya alınması halinde ise, yukarıda bahsedilen Engin M.'nin önerdiği gibi, iş Kanunu 65. maddesi kapsamına askı için üç ayın bir sınır olduğunun kabul edilmesi gerektiği üç ayın dolması durumunda işverenin işçiyi işe çağırılmamış olması, işverenin iş sözleşmesini geçersiz bir biçimde feshettiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

kabul edilmemesi halinde ise, işveren, işletme gereğine dayanarak iş akdini fesih yoluna gidebilir³²⁰.

Fazla çalışmaların kaldırılması da feshin son çare ilkesi kapsamında alınabilecek diğer bir tedbiri oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay'da kararlarında işletme gereklerinden kaynaklanan fesih nedeninin meydana gelmesi halinde, feshin alternatiflerinden biri olan fazla çalışmaların kaldırılması gerektiğini, feshe son çare olarak başvurulması gerektiğini belirtmektedir³²¹. Doktrinde ise, fazla çalışmanın işletme gerekleri ile feshe alternatif olmadığı yönünde görüş bulunmaktadır³²². Bu görüşü savunan Engin'e göre, işverenin bir kısım işçilere yasal sınırı aşacak nitelikte fazla çalışma yaptırırken, bir kısım işçileri ise işten çıkartması durumunda feshin geçersiz olacağı hususunda şüphe bulunmadığı, fazla çalışmanın, niteliği gereği işletme gerekleri ile gerçekleştirilen feshe alternatif olmayacağıdır. Örneğin işveren, ekonomik güçlülük sebebiyle üretimi azaltmaya ve buna bağlı olarak da fesih kararı alabilir. Ancak işverenin, işyerinin bir bölümünde işletme gerekleri sebebiyle fesih kararı alırken, bir başka bölümdeki işte fazla çalışma yaptırmaya ihtiyaç duyabilmektedir. Her ne kadar işveren üretimi kesin ve sürekli düşürme kararı kapsamında fesih yoluna gitmiş olsa da, fesihten hemen sonra gelen ani bir siparişi yetiştirebilmek amacıyla işyerinde kalan işçilerin fazla çalışma yapmasına ihtiyaç duyabilmektedir. Bundan dolayıdır ki, yasal sınır içerisinde gerek duyulan fazla çalışma, geçici nitelikteki üretim dalgalanmalarını karşılama olanağı sağladığından,

³²⁰ Engin, İşletme Gerekleri, s. 109.

³²¹ Y. 9. HD., E. 2003/1244, K. 2003/13123, T. 8.7.2003 “...Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki; söz konusu Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir...” <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2003-12442-k-2003-13123-t-8-7-2003> e.t: 19.11.2017; Y.22. HD., E. 2011/9256 K. 2012/2782 T. 27.2.2012 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/22-hukuk-dairesi-e-2011-9256-k-2012-2782-t-27-2-2012> e.t:19.05.2019

³²² Engin, İşletme Gerekleri, s.93.

sürekliliği bulunmadığından, işletme gerekleri ile feshe alternatif sayılmamaktadır³²³.

Bir başka feshin son çare olması ilkesi kapsamında alınabilecek tedbirlerden biri ise, kısa çalışma uygulamasıdır. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun³²⁴, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği” başlıklı ek 2. maddesine göre, “*Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir*³²⁵”.

Genel ekonomik kriz işletmeyi kaçınılmaz bir biçimde etkilemektedir. Zorlayıcı nedenlerden kaynaklanan geçici ifayı kabul engellerinde, iş sözleşmesinin askı hali doğmakta ve iş sözleşmesinin askıya alınması, feshe oranla daha hafif bir tedbir olarak kendini göstermektedir³²⁶. Zorlayıcı nedenin geçici olması, bu zorlayıcı nedenden kaynaklı olarak meydana gelen iş azalmasının da geçici olması kısa çalışmanın en önemli şartını oluşturmaktadır. Zorlayıcı nedenin üç ayı ve buna ek bildirim sürelerini aşması halinde ifayı kabul engelini geçici olmadığı kabul edilir³²⁷. Geçicilik unsuru mevcut değilse, kısa çalışmanın maddi şartının da olmadığı kabul edileceğinden, kısa çalışma ultima ratio ilkesi kapsamında işletme gereklerine dayalı feshe alternatif bir tedbir olarak uygulanması söz konusu olmayacaktır. İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2. maddesinde düzenlenen koşullar oluşmuş ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın da işverenin talebini uygun bulması durumunda, işveren işçilere kanun gereği kısa çalışma yaptırabilir. Doktrinde kanundaki koşulların oluşmaması halinde, işverenin İş Kanununun 22. maddesine dayanarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik ile işletmesel karar özgürlüğü içinde, işçilerin bir kısmının iş akdini feshetmek yerine, değişiklik feshi ile çalışma koşullarında değişiklik

³²³ Engin, İşletme Gerekleri, s.93.

³²⁴ RG. 08.09.1999, S. 23810.

³²⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4447.pdf> e.t:20.11.2017.

³²⁶ Engin, İşletme Gerekleri, s. 105.

³²⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s. 106; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.328; Köseoğlu, s. 48.

yaparak kısa çalışma yaptırılabilirliği yönünde görüşler bulunmaktadır³²⁸. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim, İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2. maddesinde, kısa çalışma yaptırılacak haller; *“genel ekonomik, sektörel ve bölgesel kriz ya da zorlayıcı sebeplerle”* sınırlanmıştır. Bununla birlikte *“Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkındaki Yönetmeliğin”* 3. fıkrasının c bendinde de; *“en fazla üç ay süreyle; işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması”* gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun ve yönetmelikte kısa çalışmanın hangi şartlarda yapılacağı belirlenmiştir. Dolayısıyla kısa çalışma uygulamasının işçinin rızasına bağlı olmaması nedeniyle iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yolu ile yapılması mümkün değildir.

B. Sosyal Seçim İlkesi

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle iş akdi feshinde, işverenin işçilerin seçiminde serbest olup olmadığı ve işverene tanınan takdir yetkisi konusunda, işverenin uyması gereken kuralların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Sosyal seçim ilkesi, zayıf konumda olanın korunması gayesiyle, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde belirli kriterlere uyularak seçim yapılma yükümlülüğü³²⁹ olarak tanımlanabilir. İş, işyeri ve işletme gereklerinden kaynaklı oluşan işçi fazlalığını, iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlemek suretiyle somutlaştıracak araç³³⁰ olarak da tanımlanabilir. Özetle, işverenin işletme

³²⁸ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 66; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.323 Engin, İşletme Gerekleri s.93; Ocak, Çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen İş Kanun 22. Maddesinde esaslı değişiklik için işçinin rızası aranmakta ise de, bu durumun istisnasını kısa çalışmanın oluşturduğunu belirtmekte, mevzuattaki gerekli koşulları yerine getirilmesi durumunda, işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik ile kısa çalışma yaptırabileceğini belirtmektedir (Ocak s. 560).

³²⁹ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.99; Manav, s. 117; Alpagut, Gülsevil, *“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005*, Ankara, 2007, s.97.

³³⁰ Birben Erhan, *“İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları”*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2006, s.8

gerekleri nedeniyle gerçekleştireceği fesihlerde hangi işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceği, sosyal seçim ilkesinin konusunu oluşturmaktadır³³¹.

Almanya, Fransa, İsveç gibi ülkelerde yasa ile işçilerin sosyal durumlarına ilişkin bazı ölçütlerin göz önünde bulundurulacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır³³². Alman Hukukunda sosyal seçim ölçütleri Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu ile düzenlenmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu, işçinin işyerindeki kıdemini, yaşını, bakmakla yükümlü olduğu kişiler, işçinin ağır engelini sosyal seçim ölçütü olarak kabul etmiştir. İşverenin, bu kriterlerden hangisine öncelik vereceği konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır³³³. Alman Hukukunda yalnızca, işçinin iş akdi feshedilmeden önce sosyal seçim ölçütlerine yer verilmemiş olması yahut bu ölçütlerin yeteri kadar dikkate alınmamış olması durumunda feshin geçersiz sayılacağı belirtilmiştir³³⁴.

Fransız hukukunda, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle gerçekleştirilecek fesihlerde, kanun gereği sosyal seçim ölçütlerine uyulmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Fransız Hukukunda, işçinin ailevi konumu, kıdemi, yaş gibi ölçütler sosyal ölçüt olarak benimsenmiştir. Fransız yüksek mahkemesine göre sosyal ölçütlere aykırılık feshi geçersiz kılmamakta, işverenin işçiye tazminat ödemesine yol açmaktadır³³⁵.

İsveç hukukunda da sosyal seçim ölçütleri kanunla düzenlenmiş ve işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçiminde, öncelikle kıdem ölçütüne dikkat edilmesi

³³¹ Mollamahmutoğlu, s.737.

³³² Süzek, İş Hukuku, s. 620; Ulucan, Devrim, “İş Güvencesi Uygulaması Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, **İHSGHD**. Y.2007, S.14, s. 500, Çelik, Nuri, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2006, s.7.

³³³ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.104.

³³⁴ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü s.101-102; Ulucan, Sosyal Seçim s.502; Güzel, Ali/ Ertan, Emre, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **Legal İSGHD**, S.16, 2007, s.1294; Çelik, Eşit Davranma s.7; Mollamahmutoğlu, s.737; Engin, İşletme Gerekleri, s.110; Birben, s. 8.

³³⁵ Güzel/ Ertan, s.1303; Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s. 100; Mollamahmutoğlu, s.738; Manav, s.118.

gerektiği belirtilmiřtir³³⁶. İşveç hukukunda da Fransız hukukunda olduğu gibi, sosyal ölçütlere aykırılık feshi geçersiz kılmamakta, işverenin işçiye tazminat ödemesine yol açmaktadır³³⁷.

Hollanda hukukunda da tıpkı İşveç hukukunda olduğu gibi kıdem ölçütü benimsenmiş ise de, Hollanda yargı organları, kıdem ölçütünün yanı sıra alternatif seçim ölçütlerine de kararlarında yer vermektedirler³³⁸. Sosyal Seçim İlkesini yasal düzenleme ile düzenleyen bu ülkelerde, sosyal seçim ölçütleri işçilerin korunması bakımından önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca sosyal seçim ölçütlerin uygulandığı bu ülkelerde, sosyal seçim ölçütleri ile ultima ratio ilkesi kapsamında gerçekleştirilen fesihler arasındaki fark net bir şekilde anlaşılmaktadır³³⁹.

Türk İş Hukukunda ise, iş güvencesi sistemi benimsenmekle birlikte, iş sözleşmesinin feshi bakımından ayrıca geçerli bir nedenin varlığı aranmaktadır. Geçerli sebepler ise işçiden kaynaklanan nedenler ve işyerinden kaynaklanan nedenler olarak iki gruba ayrılmaktadır. Ancak kanunumuzda, işyeri gerekleri nedeni ile yapılacak fesihlerde, iş akdi feshedilecek işçinin seçimi konusunda sosyal seçim ölçütlerinin dikkate alınıp alınmayacağı, bu sosyal seçim ölçütlerinin neler olduğu yönünde yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Doktrinde sosyal seçim ilkesini kabul edenler azınlıkta olmakla birlikte azınlık tarafından kabul edilen görüşe göre, sosyal seçime gidilebilmesi için işyeri gereklerinden dolayı feshin kaçınılmaz hale gelmesi veya bazı iş tanımlarının ortadan kalkması nedeniyle, işçilerin iş akitlerinin işverence feshinin kaçınılmaz olması gerektiğidir. Sosyal seçim için bu kapsamda, fesih işlemini gerçekleştirmeden önce işçiler arasında grup oluşturarak, işyerinde aynı işi üstlenen işçiler arasında sosyal ölçütler uygulanmalı, sosyal açıdan korunmaya muhtaç işçiler ile iş akdinin devamı sağlanırken, sosyal açıdan daha az korunmaya muhtaç işçilerin iş akitlerine son

³³⁶ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.100; Manav, s.117.

³³⁷ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s. 104.

³³⁸ Güzel/ Ertan, s.1303.

³³⁹ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü s.100.

verilmelidir³⁴⁰. Sosyal seçim ölçütleri hukuki dayanağını, işverenin gözetim borcundan almaktadır³⁴¹. Bu görüşü savunanlara göre, işverenin gözetim borcu kapsamında, işyeri gerekleri nedeniyle iş akdine son verilecek işçileri seçerken onların sosyal açıdan korunmaya muhtaç olup olmadıklarının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda da Türk İş Hukukunda kıdem, bakım yükümlülükleri, emeklilik, ağır engellilik gibi sosyal ölçütlerin dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır.³⁴²

Doktrinde kabul edilen çoğunluk görüşü ise, İş Kanununda sosyal seçim konusunda somut yasal bir düzenlemenin olmadığına dayanarak, işverence işyeri gereklerine dayanarak iş sözleşmesi sona erdirilecek olan işçilerin seçiminde, sosyal seçimde bulunma zorunluluğunun bulunmadığını yönündedir³⁴³. Bu görüşte olanlara göre, yasal bir dayanağı bulunmayan sosyal seçim ilkesinin benimsenmesi hukuki güvenlik ve hukuki açıklık esasları ile bağdaşmayacağını, dolayısıyla işverene yasa ile getirilmemiş, içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülüğün yükletilmesinin isabetli olmayacağını belirtmektedirler³⁴⁴. Buna karşın, fesih hakkının keyfiyete dayandığı, hakkın kötüye kullanıldığı durumlar dışında işverenin yönetim hakkına dayanarak işten çıkarılacak işçilerin seçiminde serbest olduğu belirtilmektedir³⁴⁵. Ayrıca işverenin başvurabileceği seçim ölçütlerinde de sınır çizilmeye çalışılmıştır. Bu sınırın bir yönü ise, İş Kanununun 5. maddesinde yer alan eşit davranma ilkesine ilişkin hükümler, İş Kanun 18. maddesi 3. fıkrası, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş

³⁴⁰ Güzel/ Ertan, s.1292; Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.100; Ulucan, Sosyal Seçim, s. 505; Güzel, Ali, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara, Kamu İş, 2012, s.227,228.

³⁴¹ İşverenin, işçinin yaptığı iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlar karşısında gerekli önlemleri alması, işçinin çıkarlarını zedelemeyecek zarar verici davranışlardan kaçınması gibi yükümlülüklerden oluşmaktadır. Güzel/ Ertan, s.1286; Aksi yöndeki görüşe göre, bu ilkenin hukuki dayanağını eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bkz. Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.105; Çelik, Eşit Davranma, s.6.

³⁴² Güzel/ Ertan s.1286.

³⁴³ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.99-105; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat; s.400-401; Çelik, Eşit Davranma, s.5-12; Süzek, İş Hukuku, s.620-621; Alpagut, Esaslı Değişiklik, s. 96; Centel, İş Güvencesi, s.116;.

³⁴⁴ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.104.

³⁴⁵ Çelik, Eşit Davranma, s.7; Çelik/ Canikoğlu/ Canbolat, s. 400.

Sözleşmesi kanunun ilgili maddeleri ile genel hukuk kuralları ve ilkeleri oluşturmaktadır³⁴⁶. İşveren, renk, dil, ırk, siyasi, felsefi düşünce, sendika üyeliği ve sendikal faaliyet gibi nedenlere göre bir seçim gerçekleştirilirse hukuka aykırı hareket etmiş olacaktır. İş akdi feshedilecek işçilerin seçimine ilişkin işverenin takdir hakkını sınırlayacak yasal aracın ise TİS olduğu ifade edilmektedir³⁴⁷. Emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla, TİS'e konulacak bir hüküm ile işverence çıkarılacak işçinin seçimine ilişkin ölçütlerin konulmasına engel bulunmadığı ifade edilmektedir³⁴⁸.

Sosyal seçim ilkesinin uygulanması gerektiği görüşünde olan Güzel'e göre; sosyal seçim sistemi ve eşitlik ilkesinin farklı amaçlara hizmet etmekte olduğu, sosyal seçim sisteminin asıl işlevi ayrımcılığı önlemek olmadığı, sosyal açıdan zayıf olan işçinin korunması olduğunu belirtmektedir. Yine yazara göre, Türk Hukukunda sosyal seçim ölçütlerine yer verilmemesi, bu ölçütlerin kabul edilmediği, bertaraf edildiği anlamını taşımadığını, bir taraftan işverenin fesih hakkını sınırlayan ve keyfi fesihleri engelleyen iş güvencesi sistemi kabul edilmişken diğer yandan işverenin yönetim hakkına ve işletmesel karar özgürlüğüne dayanarak işyeri gerekleri ile iş akdine son verilecek işçilerin seçiminde işverene geniş yetkiler verilmesinin çelişki oluşturduğunu belirtmektedir³⁴⁹.

Sosyal seçim ilkesi İş Kanununda düzenlenmiş bir kavram olmamasına karşın bu ilkeye Yargıtay'ın, içtihatlarında yer verdiği görülmektedir. Yargıtay konu ile ilgili olarak vermiş olduğu ilk kararlarında, sosyal seçim kriteri olarak nitelendirmiş olduğu bir takım ölçütlerden bahsetmiş olmasına rağmen, bu ölçütlerin neler

³⁴⁶ Birben, s. 22.

³⁴⁷ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s.105, Birben, s.13,22.

³⁴⁸ Süzek, İş Hukuku s.621; Birben, s.13.

³⁴⁹ Güzel/ Ertan, s.1285.

olduğuna ise açıklık getirmemiştir³⁵⁰. Yargıtay'ın sonraki tarihli kararlarında ise, sosyal seçim ölçütlerinin neler olduğu hususu belirtilmiştir³⁵¹.

Yargıtay kararlarında zamanla sosyal seçim kriteri kavramını kullanmaktan vazgeçmiş, bu kavram yerine seçimde objektif davranılması kavramına³⁵² ve seçimde

³⁵⁰ Y. 9. HD., E.2005/39145, K.2006/943, 23.01.2006, Çalışma ve Toplum 2006/2, s.185. “...Gerçekten, bölüm kapatma nedeniyle işçi fazlalığı oluşup oluşmadığı, davacının kapatılan bölümde çalışıp çalışmadığı, kapatılan bölümdeki personelin ne şekilde değerlendirildiği, fazlalık teşkil eden personel sayısı, fazla olan personelin seçiminde ve fesihle objektif davranılıp davranılmadığı, sosyal seçim kriterlerinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı, fesihden önce veya sonra işe alınanların sayısı ve nitelikleri, davacının çalıştığı bölüme ya da aynı düzeyde başka bölüme alınıp alınmadıkları, feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı, feshe son çare olarak bakılıp bakılmadığı dosya içeriğinden tam olarak anlaşılamamaktadır...”.

³⁵¹ Y. 9. HD. E. 2006/2894, K.2006/6224, T.13.03.2006, Çalışma Ve Toplum 2006/3 s.258; Y. 9. HD. E.2006/4745, K.2006/12211, T.1.5.2006, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2006-4745.htm&kw=`2006/4745`#fm> e.t: 12.12.2017; 9. HD., E. 2006/4878, K.2006/8253 T.03.04.2006,<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2006-4878.htm&kw=`2006/4878`#fm>; e.t: 12.12.2017; Y. 9. HD. E.2006/10807, K.2006/13509, 20.02.2006, “...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...”(Ulucan, Sosyal Seçim, s.499-500); Güzel/ Ertan, s.1278-1279, yazara göre; Yargıtay'ın kararında belirttiği, işyerinde aynı işi üstlenen işçilerin belirlenmesi ve bir grup oluşturulması yönündeki ifadesinin yerinde olduğunu, ancak, işyerindeki aynı işi üstlenen işçiler ibaresinin, işyerindeki bütün işçileri dahil edilmesi ve seçimin sınırının işyeri olarak belirlenmesi izlenimini yarattığını, oysa ki, seçimin işyeri mi yoksa birim veya bölümün mü esas alınması gerektiğinin net bir şekilde ortaya konulması gerektiğini görüşündedir. Yine yazar, Yargıtay'ın kararında belirttiği verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme gibi kriterlerin işçinin performansı ve verimi ile ilgili olduğunu, sosyal ölçütler ile bir ilgisinin bulunmadığını, buna karşılık kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi ölçütlerin ise sosyal seçim ölçütü olduğunu belirtmiş, Yargıtay'ın ise tamamını sosyal seçim ölçütü olarak nitelendirmektedir.

³⁵² Birben, s.14.; Y. 9. HD., E.2006/23819, K.31666, T.04.12.2006, “...Dosya içeriğine ve Dairemizden de kesinleşerek geçen aynı nedenle iş sözleşmesi feshedilen ve dava açan işçilerin emsal kararlarına göre, davalı işverenin Teknik Servis Bölümünü kapatıp, bu bölümdeki hizmeti alt işverene verdiği, bu bölümde 14 işçiden 6 işçinin iş sözleşmesini feshettiği, yeni departmanlar oluşturduğu ve bu bölümlere işçi aktarıldığı, davalı işverenin feshin son çare olması ilkesine uymadığı, çıkardığı işçileri başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığını araştırmadığı, ayrıca çıkarılanların seçiminde objektif davranmadığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren iş sözleşmesinin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir. Mahkemece ispat yükü işverende olmasına rağmen, davacı işçinin iş sözleşmesinin fesih nedeni dışında kötü niyetle feshedildiğini kanıtlayamadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır...”<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2006-23819.htm&kw=`2006/23819`#fm>, e.t: 12.12.2017.

objektif kriter kavramına³⁵³ yer vermiştir. Yargıtay'ın daha yeni tarihli kararlarında ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen "eşit işlem borcuna aykırılık" ve 6356 sayılı "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu"nun 24. ve devamı maddelerinde "sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler" dışında, işletme gerekleri ile fesihle, iş akdi feshedilecek işçilerin belirlenmesinde yasa ile belirlenmiş bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmediği, bir diğer ifadeyle, işverenin işletmesel kararı sonucunda iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde sosyal seçim şartına uyma zorunluluğunun olmadığı yönündedir³⁵⁴. Bununla birlikte bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasına ilişkin bazı kriterlere uyulacağı kabul edilmiş ise, ya da bireysel veya toplu iş sözleşmesinde işçilerin çıkartılmasına ilişkin hüküm yer almamasına rağmen, işverenin iş akdi fesihlerinde bazı kriterleri gözetmediğini ileri sürmesi durumunda, işverenin bu kriterlere uyup uymadığının denetlenmesi gerekmektedir. Yargılama esnasında işçilerin seçimi konusuna ilişkin denetimi sadece bu kapsamda olabilecektir³⁵⁵.

Yargılamada işletmesel karar sonucu iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi hususunda, öncelikle bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelikte işçilerin iş sözleşmesinin feshinde uyulması gereken herhangi bir kural mevcut ise bu kurala uyulup uyulmadığına bakılacaktır. Şayet böyle bir düzenleme

³⁵³ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.190; Özcan, s. 176; Y. 9. HD., E.2006/10732, K.2006/15164, T. 22.05.2006 "4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2.maddesine göre feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlama yükümlülüğü işverene aittir. Davalı işveren, işyerinde üretilen 42 gram maya üretim ve satışında azalma meydana gelmesi nedeniyle performansı düşük olan davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürmüştür. Satışların düştüğü konusunda işverence ibraz edilen belgelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı noktasında işyerinde gerekirse keşif icra edilerek bilirkişi marifetiyle inceleme yapılmalıdır. Ayrıca, fesihden önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığı Bölge Çalışma Müdürlüğü ve Sosyal Sigortalar Kurumundan sorularak işverenin " çelişkili davranış yasağı ilkesi" ni ihlal edip etmediği saptanmalıdır. Bu araştırmalardan sonra şayet bir işçi fazlalığı söz konusu olmuş ise, iş sözleşmesi feshedilen davacı işçinin seçiminde objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı da belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır" (Kar, İş Güvencesi, s.1015, dn.481); Birben, s.14; Alpagut, Esaslı Değişiklik, s. 97; Mollamahmutoglu, s. 739; Manav, s. 124.

³⁵⁴ Yargıtay 9. HD., E. 2015/1199 K. 2015/6314 T. 12.2.2015, Yargıtay 9. HD., E. 2014/36925 K. 2015/6316 T. 12.02.2015.

³⁵⁵ Yargıtay 9. HD., E. 2015/817 K. 2015/11200 T. 19.3.2015.

bulunmamakta ise o zaman, işverenin işten çıkartmada belirlemiş olduğu kriterlere uyulup uyulmadığına bakılacaktır³⁵⁶.

İş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliğinde yer almasa bile, işyerinde istihdam fazlalığını giderebilmek amacıyla iş sözleşmesi feshedecek işçiler bakımından, belirli bir yaşta olma veya emekliliğe hak kazanmış bulunma gibi işverence bazı kriterlerin belirlenmesi durumunda ise, bu kriterlerin genel ve objektif olarak uygulanması gerekmektedir. İşverenin fesih sebebi ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir. İşverence belirlenen kriterlerin objektif ve genel olarak uygulanmasının aynı nitelik ve özellikteki çalışanlar açısından söz konusu olduğunu belirtmek isteriz. İşverenin, işletme yönetimi ve menfaati açısından bazı hallerde bu kriterlerden ayrılması somut olaya göre mümkün kabul edilmektedir. Örneğin, iş sözleşmesinin feshinde bu tür kriterlerin uygulandığı işverence belirtilmesine rağmen, emekliliğe hak kazanan üst düzey yönetici konumundaki personelin işten çıkartılmaması işverence uygulanan kriterin objektif ve genel olma özelliğini bertaraf etmemektedir. Zira burada işverenin işletme yönetimi ve menfaati göz önünde tutulmakta ve olağan karşılanmaktadır. Asıl önemli olan husus üst düzey yöneticiler dışında kalan personellerin iş akdi fesihlerinde bu kriterlerin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığıdır.³⁵⁷

Uygulamada işverenler ayrıca, almış oldukları işletmesel kararı tutarlı olarak uygulamalarına rağmen, feshin kaçınılmaz olduğunu ve feshe son çare olarak başvurduklarını göstermek açısından farklı uygulamalara gitmektedir. Bu kapsam da

³⁵⁶ Alpagut, Sosyal Seçim Yükümlülüğü, s. 105; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 191; Süzek, Sarper, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, 2008, s. 33; Birben, s. 13; Manav, s. 128.

³⁵⁷ Y. 9. HD., E. 2008/11540 K. 2009/866 T. 02.02.2009 "...İşyerinde fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesinin 74.maddesinde "sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık ve malullük aylığı almaya hak kazanan personelin istekleri halinde veya idare tarafından gerekli görüldüğü takdirde emekliliğe sevk edilebilirler" kuralına yer verilmiş; Personel Yönetmeliğinin 37/b. maddesinde ise "personel yaşlılık ve malullük aylığı almaya hak kazanmış ise İş Kanununda belirtilen sürelerde önceden haber verilmek veya İş Kanunu hükümlerine göre kıdem tazminatı ödenmek kaydı ile Genel Müdürün teklifi üzerine Merkez Birliği Yönetim Kurulu karar ile personelin iş akdi feshedilebilir" hükmü öngörülmüştür..." <http://www.calismatoplum.org/sayi22/abc/24.pdf> e.t: 12.12.2017.

işverenlerin, belirli eğitim seviyesinde olan ve işyerinin farklı biriminde değerlendirilebilecek olan işçilere önce eğitim verdikleri, akabinde ise eğitim ile ilgili işçilere sınav yaptıkları, sınavda başarılı olanları mülakata tabi tuttıkları, sınavda ve mülakatta başarısız olanların ise iş sözleşmelerini feshettikleri görülebilmektedir.

Yargıtay, işletmesel karar sonrası yeni oluşturulan organizasyonlar bakımından, işçilerin önce eğitime akabinde ise mülakata tabi tutulmak suretiyle seçilmesini, objektif olarak değerlendirmekte, kadro daraltılması ve istihdam fazlasının belirlenmesinde, iş sözleşmesi feshedilmeyecek işçilerin sınavla seçilmesinin yerinde bir uygulama olduğunu belirtmektedir³⁵⁸.

³⁵⁸ Y. 9. HD., 2010/8024 E., 2010/32060 K., 08.12.2010 <https://www.msenel.av.tr/tr/isletmeden-kaynaklanan-fesih-nedenleri-ise-iade-avukat-izmir/avukat-izmir.e.t>: 03.08.2019

SONUÇ

İş sözleşmesi, işçi ve işverene karşılıklı borç yükleyen, genel olarak belirsiz bir süre için yapılan bir sözleşmedir. İş sözleşmeleri genel itibarıyla belirsiz süreli olarak akdedilse ve süreklilik arz etse de sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin arzu etmedikleri bir sözleşme ilişkisini devam ettirmeye zorlanmaları da söz konusu olmamalıdır. Kaldı ki, kimi zaman olay ve durumlar, iş ilişkisinin gerekleri, taraflarının anlaşamaması gibi sebepler tarafları iş sözleşmesini sona erdirmeye itmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin tarafı olan işçi ve işveren fesih yoluna başvurarak sözleşme ilişkisini sona erdirmektedir. Elbette ki, sözleşmeyi sona erdiren fesih hakkı, sahibine (işçi/işveren) yasal hiçbir koşula bağlı olmaksızın, sınırsız bir yetki ile bu hakkın kullanımını sağlamamaktadır. Aksi halde gerek iş sözleşmesinin tarafları bakımından gerekse de toplumun her bir bireyi açısından telafisi mümkün olmayan durumlara yol açacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu bakımdan iş sözleşmesinin feshinin sınırları çizilmiş ve fesih hakkının kullanımına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Her ne kadar ülkemizde iş sözleşmesinin feshine ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler mevcut olsa da zaman içerisinde sosyal devlet anlayışından kaynaklı olarak bu düzenlemelerin yeterli olmadığı yeni düzenlemelerin yapılmasının gerekli olduğu anlaşılmıştır. Nitekim işverenlerin, işçilere oranla ekonomik açıdan güçlenmeleri, işverene bağlı olarak çalışan ve geçimini yaptığı işin karşılığında sağlayan işçilerin zayıf konumda olmaları nedeniyle, işverenin başvuracağı feshe karşı işçiler korunmak istenmiş ve iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması amacıyla yeni düzenlemelerin yapılması zorunluluğu oluşmuştur.

Ülkemizde uzun yıllardır iş güvencesi sisteminin eksikliği üzerinde durulmuş ise de, en nihayetinde Türk İş Hukukunda 4773 sayılı Kanunun kabulü ve ardından da 4857 sayılı İş Kanun yürürlüğe girmesi ile ilk kez iş güvencesi kapsamında kabul edilen işçilerin işveren tarafından keyfi işten çıkarılmalarını engellemek amacıyla geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu getirilmiş, keyfi fesihler önlenmek istenmiştir. Böylece iş güvencesine yönelik düzenlemeler Türk hukuk sisteminde

yerini almıştır. İş güvencesi sistemi, işverenin fesih hakkını kötüye kullanarak işçinin iş sözleşmesinin feshetmek istemesi durumunda, işçiyi fesih ve fesih sonucunda oluşacak ekonomik zarardan maddi ve manevi korumaya, işçinin işini kaybetmesinin önüne geçerek ek güvence sağlamaya ve işçi ile işveren arasındaki menfaatlerin sosyal çatışmalara dönüşmesini engellemeye hizmet etmektedir. İş güvencesinin varlığıyla; işverenin fesih hakkı istisna hale dönüşmüş, sadece belirli koşulların varlığı halinde mümkün olabilir duruma gelmiştir. Bu bağlamda işçinin iş güvencesi sisteminden yararlanabilmesi için İş Kanununda öngörülen birtakım şartların mevcut olması aranmaktadır. 4857 sayılı İş Kanun 18. vd. maddelerinde öngörülen koşulların neler olduğu hüküm altına alınmıştır. Kanuna göre işçinin iş güvencesine ilişkin düzenlemelerden yararlanabilmesi için aranan şartlar; İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na tabi bir işçi olması, iş sözleşmesinin belirsiz bir süre için yapılmış olması, işyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olması, en az altı aylık kıdeminin olması ve kanunda belirtildiği gibi özellik arz eden nitelikte işveren vekili ve yardımcısı sıfatı ile çalışıyor olmaması gerekmektedir. Kanun aradığı bu şartların tamamının iş sözleşmesi feshedilecek işçide bulunması durumunda işveren ancak geçerli bir sebebe dayanarak işçinin iş akdini feshedebilir.

Geçerli sebep ise, İş Kanun gerekçesi ve Yargıtay'ın geçerli sebebe ilişkin emsal içtihatları gözetildiğinde; iş ilişkisinin devamını olanaklı kılmayacak ağırlıkta olan, işçinin iş görme borcu üzerinde olumsuz etki yaratarak işin ifasına imkan vermeyen, işyerinde olumsuzluklara neden olan sebepler olarak tanımlanmaktadır. İş sözleşmesinin feshine yol açan geçerli sebepler, işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanabileceği gibi işletme, işyeri ve işin gereklerinden de kaynaklanabilmektedir. Tez konumuz kapsamında incelediğimiz işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeple fesih ise, işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan, işletmeye, işyerine ve işe ait ekonomik güçlükler, rekabet ve verimlilik gerekleri ile teknolojik değişiklikler sonucu, işin yürütülebilmesi için işçinin emek ve mesaisine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle işgücünün işçi ihtiyacına uyarlanması olarak tanımlanabilir.

İşletmesel nedenlerle fesih, işletme dışı veya işletme içi sebeplerden kaynaklanabilmektedir. İş Kanun 18. maddesinin gerekçesinde işletme dışı sebepler olarak; ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada yaşanan durgunluk, ham madde sıkıntısı, talep ve siparişlerin azalması gibi sebepler gösterilmişken, işletme içi sebepler olarak da, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması, bazı bölümlerinin kapatılması, işyerinin daraltılması edilmesi gibi sebepler gösterilmiştir.

İşverenin, iş güvencesi kapsamında yer alan işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini işletme içi veya dışı nedenlerle feshetmek istemesi halinde, her şeyden önce fesih bildirimini feshi haklı kılacak bir işletmesel karara dayandırması gerekmektedir.

İşverenin işletme, işyeri veya işin düzenlenmesi ile ilgili bir takım işletmesel kararlar alması, Anayasasının 48. maddesi uyarınca girişim özgürlüğü ve yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. İşveren sahip olduğu bu yönetim hakkı kapsamında, Anayasaya, kanunların emredici hükümlerine, toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere işletmesi, işyeri veya işin düzenlenmesi ile ilgili ve yine iş sözleşmesinin yapılmasından iş sözleşmesinin feshine kadar tüm konularda karar alma hak ve yetkisine sahiptir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamındaki işletmesel kararı karşısında, işçinin işini koruyabilmesi, iş sözleşmesinin devamlılığının sağlanabilmesi için hassas bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda hukukumuzda iş sözleşmesinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshinde, işverenin işletmesel kararının yargısal denetimi ve bu denetimin sınırları büyük önem taşımaktadır. Nitekim Anayasanın 49. maddesinde çalışma ile ilgili herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtildikten sonra, devletin *“çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve*

çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri” alacağı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerden kaynaklı ve yalnızca kanun ile sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi Anayasa çalışmanın bir hak olduğunu kabul etmiş, çalışanları korumayı ve bu yönde tedbirler almayı da devlete bir görev olarak yüklemiş, bu kapsamda da işverenin yönetim hakkına sınırlamalar getirilmiştir. Böylelikle, işverenin işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili işletmesel kararlar alma özgürlüğü, işçiyi korumak amacıyla sınırlandırılmakta, iş sözleşmesinin feshinin hukuken geçerli kabul edilebilmesi için feshi haklı kılan geçerli bir sebep aranmaktadır.

İşverenin işletme, işyeri veya işin düzenlenmesi ile ilgili girişim özgürlüğü ve yönetim hakkı kapsamındaki işletmesel kararı, mahkemelerce yerindelik ve amaca uygunluk denetimine tabi tutulamaz. Yargıtay emsal kararlarında işverenin işletmesel kararı söz konusu olduğunda, kararın yararlı ve amaca uygun olup olmadığı yönünde yerindelik denetimi yapılamayacağı, işverenin işletmesel kararının yargı denetiminin dışında kaldığı belirtilmiştir. Şüphesiz ki işletmesel kararın içeriğini ve amacını serbestçe belirlemekte özgür olan işverenin işletmesel karar alması bu kararın mahkemelerce yargı denetimi dışında tutulması işletmesel kararın hukuk düzeni tarafından korunan sınırlar içerisinde alınmış olmasını gerektirmektedir.

Yargıtay’ın istikrar kazanmış kararlarında öncelikle işletmesel kararın tanımı yapılmakta, işverenin işletmesel kararının işletme içi veya dışından kaynaklanabileceği belirtilmekte, işverenin işletmesel kararının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı belirtilmekte, ardından da işverenin işletme gereklerine dayalı feshinin söz konusu olması durumunda yargısal denetimin ilkeleri sıralanmaktadır. Bu kapsamda işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin yargısal denetiminde uygulanacak ilkeler sırasıyla tutarlılık, keyfilik, ölçülülük, gereklilik ve feshin kaçınılmaz olup olmadığıdır.

İşveren işletmesel karar sonucunda almış olduğu tedbiri ciddi, sürekli ve kalıcı bir şekilde uygulamalıdır. Geçerli sebep teşkil eden ve istihdam fazlalığı doğuran işletmesel kararın işveren tarafından sürekli ve kalıcı bir şekilde uygulanması gerekmektedir. İşverenin feshe ilişkin işletmesel kararının tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı mahkemelerin tutarlılık denetimine tabi tutulacak, hukuk düzeni tarafından da korunmayacaktır.

İşverenin işletmesel karar almaktaki asıl amacı, iş sözleşmesini fesih iradesini barındırıyorsa, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan bu durum mahkemelerce keyfilik denetimine tabi tutulacak ve hukuk düzeni tarafından da korunmayacaktır.

İşletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle alınan işletmesel karar ile bu kararın uygulanması amacıyla başvuru araçlarının ölçülü olup olmadığı da yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Bu tür denetim ölçülülük denetimi olarak adlandırılmıştır.

İşverenin işletmesel kararının yasa ve sözleşmeye uygun olup olmadığı hususunda yapılacak denetim ise gereklilik denetimi olarak adlandırılmaktadır.

Hukukumuzda bu denetim ölçütleri yasal bir düzenlemeye kavuşturulmamış yalnızca yargı kararlarında yer verilmiştir. İş Kanununda geçerli fesih sebeplerini düzenleyen 18. maddesinde yargı denetimi ile ilgili düzenlemeye yer verilmemiş olması, mahkemelerin fesih sebepleri üzerinde herhangi bir denetimlerinin olmayacağı anlamına gelmemelidir. Aksi durum keyfi işten çıkarmaları meşru hale, iş güvencesini düzenleyen hükümleri de geçersiz ve anlamsız hale getirecektir. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin yargısal denetimin yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel kararın gerekli olduğu dikkate alındığında, kanaatimizce yargısal denetim ile ilgili yasal bir düzenlemenin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Böylelikle işveren tarafından feshin işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklandığı ileri sürüldüğünde işverenin almış olduğu işletmesel kararın, işyerinde istihdamı engelleyip engellemediği, işverenin

işletmesel kararının istihdam fazlalığı meydana getirip getirmediği, işletmesel kararın tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulanmadığı, fesihte keyfi davranılıp davranılmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin mahkemelerde gerçekleştirilen denetim yasal bir düzenlemeye dayanacaktır.

İşletmesel nedenlere dayanarak gerçekleştirilen fesihlerde geçerli fesih sebebin yargısal denetiminin en son aşaması feshin son çare olması ilkesidir. Bu ilke Alman ve Fransız hukukunda yargı kararları ile benimsenmiş, daha sonra ise yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Feshin son çare olması ilkesi hukukumuzda ise açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bu ilkeye İş Kanun 18. maddesinin gerekçesinde ve özellikle Yargıtay kararlarında sıkça yer verildiği görülmektedir. Yargıtay'ın feshin son çare olması ilkesi ile ilgili emsal kararlarında iş güvencesine ilişkin hükümlerin işverenler tarafından etkin bir şekilde uygulanabilmesi için bu ilke ile işverenlere yükümlülükler getirdiği anlaşılmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi ile; iş sözleşmesinin feshi için salt geçerli sebebe dayanmanın tek başına yeterli olmadığı, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin ayakta tutabilmesi için işverenin fesih dışında başka önlemlere başvurması ve feshe son çare olarak başvurması beklenmektedir. Nitekim feshin son çare olması ilkesine göre (ultima ratio) asıl önemli olan işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin varlığını korumak, feshin ise istisna olmasıdır. Bu sebeptendir ki, feshe son çare olarak başvurulması gerekmekte olup sürekli olarak fesihten kaçınma imkânının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Feshin kaçınılmazlığından söz edebilmek için ise, işletmesel karar ile öngörülen amaca fesih dışında başka bir yolla ulaşmak mümkün ve faydalı olması gerekmektedir. Bu kapsamda işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmek yerine işçiyi başka bir işyerinde çalıştırabilir, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilir, ücretsiz izin, kısa çalışma, fazla çalışmaları kaldırma gibi uygulamalar ile iş sözleşmesi ilişkisinin devamı sağlayabilir. Görüldüğü üzere, işverenin işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin yargısal denetimi sırasında feshin son çare olması ilkesinin dikkate alınması hukuki bir zorunluluktur. Feshin son çare olması ilkesi, anlamı ve uygulamaya ilişkin esasları dikkate alındığında; iş kanunundaki iş

güvencesini düzenleyen hükümlerinin temel dinamiğini oluşturmakta, iş güvencesine ilişkin hükümlerin etkinliği açısından da belirleyici bir işleve sahiptir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin yargısal denetiminde, işverenin iş akdi feshedilecek işçilerin seçiminde serbest olup olmadığı, işçilerin seçiminde hangi sosyal ölçütlerin kullanılacağı veya kullanılmayacağı, işverenin bu konuda takdir yetkisinin olup olmadığı hususu da oldukça önemlidir.

Sosyal seçim ilkesi, zayıf konumda olan işçinin korunması gayesiyle, işten çıkarılacakların seçiminde belirli kriterlere uyularak seçim yapılmasıdır. İşverenin işletme, işyeri veya işin gerekleri nedeniyle gerçekleştirdiği fesihlerde hangi işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceği, feshedilecek işçilerin seçiminde hangi kriterlerin göz önüne alınacağı sosyal seçim ilkesinin konusunu oluşturmaktadır.

Kanunumuzda sosyal seçim ilkesine yönelik herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Hukukumuzda bu duruma dayalı olarak da, işverene yasa ile getirilmemiş, içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülüğün yükletilmesinin yerinde olmadığı, yönetim hakkı kapsamında işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işverenin serbest olduğu kabul edilmektedir. Bu serbestinin sınırların ise fesih hakkının keyfiyete dayanıp dayanmadığı ve hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlediği kabul edilmektedir. Ancak İş Hukukunda, bir taraftan işverenin fesih hakkını sınırlayan ve keyfi fesihleri engelleyen iş güvencesi sistemi kabul edilmişken, diğer yandan işverenin yönetim hakkına ve işletmesel karar özgürlüğüne dayanarak işyeri gerekleri ile iş akdine son verilecek işçilerin seçiminde işverenin serbest olması, bu kapsamda işverene geniş yetkilerin tanınması kanaatimizce iş güvencesi sistemine aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla her ne kadar hukukumuzda Fransa ve Almanya'da olduğu gibi sosyal seçim ilkesine yasal bir düzenleme ile yer verilmemiş ise de, bu durum sosyal seçim ilkesinin kabul edilmediği, dışlandığı anlamına gelmemelidir. Bu sebeple işletmeye hizmet eden, emeğiyle katkıda

bulunan ve sosyal açıdan zayıf olan işçinin korunmasına hizmet eden sosyal seçim ilkesinin, işletme gerekleri nedeniyle iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde gözetilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.



KAYNAKÇA

ALP, Mustafa; *“Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması –Alman Hukukuna Göre-”*, Yasa Hukuk Dergisi, C.XVII, S.205/12 (Ocak), 1999 (Ölçülülük).

ALP, Mustafa; *“Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”*, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi(Toplantı), **İş Hukuku’na ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları (Çözüm Önerileri).

ALP, Mustafa; **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005 (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi).

ALP, Mustafa; *“Otuz Hizmet Yılıni Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir?”*, **Legal YKİ**, S.2, 2006 (Otuz Hizmet Yılı).

ALP, Mustafa; *“Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”*, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, Ankara 2009.

ALP, Mustafa; *“Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Bölünme, Birleşme Ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178, 158, 190)”*, **Çalışma Ve Toplum Dergisi** 2012/1 (Bölünme).

ALPAGUT, Gülsevil; *“Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması”*, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, **İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, Galatasaray Üniversitesi – İstanbul Barosu, İstanbul Barosu Yayınları, 2002 (Çözüm Önerileri).

ALPAGUT, Gülsevil; *"İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi"* , **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, 21-25 Eylül 2005 Bodrum (İş Güvencesi)

ALPAGUT, Gülsevil; *"İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı"*, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, 2007(Sona Erme)

ALPAGUT, Gülsevil; *"İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2006 (Sosyal Seçim Yükümlülüğü).

ALPAGUT, Gülsevil; *"Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik"*, **Bankacılar Dergisi**, S. 65, 2008 (Esaslı Değişiklik).

ASTARLI, Muhittin; *"Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.17, Mart 2010.

AYDIN, Ufuk; *"Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.23, Eylül 2011.

AYKAÇ, Hande Bahar; **İş Hukukunda Alt İşveren**, 1.Baskı, İstanbul 2011.

BALKIR, Z. Gönül; *"İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırları"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 12, Aralık 2008.

BAYSAL, Ulaş; *"Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması Ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.28 Aralık,2012.

BİRBEN, Erhan; *"İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları"*, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2006.

BODUR, Mehtap Yücel; *"İşverenin İşletmesel Karar Özgürlüğü"*, **İş ve Hayat Dergisi**, C.1, S. 2, 2015.

CENTEL, Tankut; *“Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma”*, **Tekstil İşveren Dergisi**, Karar İncelemesi, S.286, Ekim 2003.

CENTEL, Tankut; *“4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu (Konferans Notları)”*, İstanbul, **Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası**, 2003.

CENTEL, Tankut; **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012 (İş Güvencesi).

ÇANKAYA, Osman Güven/ GÜNAY, Cevdet İlhan/ GÖKTAŞ, Seracettin; **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, 2. Bası, Ankara 2006.

ÇELİK, Nuri; *“İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.4, Aralık 2006 (Eşit Davranma).

ÇELİK, Nuri; *“İş Güvencesi Kapsamı İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler”*, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.6, S. 12, Güz 2007/2 (Otuz İşçi).

ÇELİK, Nuri; *“Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları”*, Karar İncelemesi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.13, Mart 2009 (Alt İşveren).

ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat; **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 29. Bası, Beta Yayın Evi, İstanbul 2016.

DEMİR, Cuma Arif; *“Fesih Nedenleri Geçerli-Haklı Neden Ayrımı”*, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.91, S.4, 2017.

DEMİR, Deniz; *“Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı”*, Karar İncelemesi, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2007/3, S. 14.

DEMİR, Fevzi; *“Geçerli Sebep Fesih Kavramı Ve Uygulama”*, **Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.10, 2006.

DOĞRUSÖZ, Bumin/ ONAT, Öznur/ TÖRALP, Funda Tunçel; *“Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu”* (Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri Kıymetli Evrak Hükümleri) C.I (Madde 1 - 849) Temmuz 2011.

EKMEKÇİ, Ömer; *“4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”*, **Mercek**, S. 28, Ekim 2002 (Uygulama Sorunları).

EKMEKÇİ, Ömer; *“Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/ Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.24, Aralık 2011.

EKONOMİ, Münir/ EYRENCİ, Öner; *“Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi”*, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, İstanbul 2001.

EKONOMİ, Münir; *“Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler”*, **Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası**, Ekim 2002.

EKONOMİ, Münir; *“Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”*, **Çimento İşveren Dergisi**, Mart 2003 (Hizmet Akdi).

EKONOMİ, Münir; *“Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi Ve İş Güvencesi”*, **İş Kanunu Toplantı Dizisi**, I. TÜSİAD, İstanbul 2005 (Sözleşmenin Feshi).

ENGİN, Murat; **İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi**, Beta Basım, İstanbul 2003 (İşletme Gereklere).

ENGİN, Murat; *“Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”*, **İÜHFİM.**, S.1-6, C.61, 2003 (Çalışma Koşulu).

ENGİN, Murat; *“İşletme Gereklere İle Fesih ve Ücretsiz İzin”*, **Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, Dergisi, S.2 (Ücretsiz İzin).

ERTABAK, Ünal; **İş Güvencesinin Kapsamı Geçerli/Geçersiz Feshin Sebepleri ve Fesih Usulü Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları**, İstanbul 2012.

ERTEKİN, Özkan; **İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları**, Adalet Yayın Evi, Ankara 2012.

EVREN, Öcal Kemal; *“İş Güvencesi Bağlamında İşletme İşyeri Veya İşin Gereklere Nedeniyle Fesih Kavramı”*, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası(İSMMM), **Mali Çözüm Dergisi**, Kasım-Aralık 2011(İşletme Gereklere).

EVREN, Öcal Kemal; **İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı**, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, 2015.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim; **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014.

GÖKTAŞ, Seracettin; *“İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Ve İş Güvencesi”*, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.66, S.1, 2008.

GÜNAY, Cevdet İlhan; *“Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi”*, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005 (İş Güvencesi).

GÜNAY, Cevdet İlhan; **İş Davaları**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2016.

GÜZEL, Ali; *“İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”* İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Yasası, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2004 (İş Güvencesi).

GÜZEL, Ali; “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, Karar İncelemesi, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, S.1, 2005 (Keyfilik Denetimi).

GÜZEL, Ali; “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima-Ratio İlkesi ve Uygulama Esasları”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005(Ultima Ratio).

GÜZEL, Ali; “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara, Kamu İş, 2012 (Karar Değerlendirme).

GÜZEL, Ali/ ERTAN, Emre; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **Legal İSGHD**, S.16, 2007 (Seçim Ölçütleri).

KANDEMİR, Murat; “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ ye Armağan, **Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi**, Y.III, S.6, Eylül 2005.

KAR, Bektaş; **İş Güvencesi ve Uygulaması**, Genişletilmiş, Yenilenmiş ve Son İlke Kararları Eklenmiş 2. Baskı, Ankara 2011 (İş Güvencesi).

KAR, Bektaş; “İşletme, İşyeri Ve İşin Gerekerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, **Çalışma Ve Toplum** 2008/2 (Yargısal Denetim).

KESER, Hakan; **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2016.

KILIÇOĞLU, Mustafa; “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Yorumu”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul 2005 (İş Kanunu Yorumu).

KILIÇOĞLU, Mustafa; “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 18. Maddesinin Analitik Yorumu”, **Yargıtay Dergisi**, C.31, S.3, Temmuz 2005 (Analitik Yorum).

KILIÇOĞLU, Mustafa /ŞENOCAK, Kemal; **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007 (İş Güvencesi).

KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal; *“İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği Ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”*, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Kamu İş Ankara 2010 (Ölçülülük).

KILIÇOĞLU, Mustafa /ŞENOCAK, Kemal; **Prof. Dr. Turhan Esener’in Önsöz’üyle İş Kanunu Şerhi**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2013 (İş Kanunu Şerhi).

KORKMAZ Fahrettin/ALP Nihat Seyhun; **Bireysel İş Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz; *“İş Yerinin Kapanması”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.4, Y.1, Aralık 2006.

KRİCHEL, Ulrich; *“Alman İş Hukukunda İşyeri Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlerle Fesih ve Sosyal Tercih”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.5, Mart 2007.

MANAV, Eda; **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçeriz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.

METİN, Yüksel; **Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; **İş Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitapevi Ankara, 2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi /ASTARLI, Muhittin /BAYSAL, Ulaş; **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal; *“İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.1, S.3, Eylül 2006 .

NAZLI, Seçkin; **Anayasanın Çalışma Hak Ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, Ankara 2015.

OCAK, Saim; **Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

ODAMAN, Serkan; *“Yurt Dışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 6, Haziran 2007.

OĞURLU, Yücel; *“AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi”*”, **Tufan Yüce’ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.

ÖZCAN, Durmuş; **Öğreti Ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi**, Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2015.

ÖZKARACA, Ercüment; **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2008.

SAĞLAM, Fazıl; **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

SAYGIN, Engin; *“Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”*, Hakemli Makale, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/2.

SOYER, Polat; *“İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”*, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı.

SOYER, Polat; *“Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”*, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005 (Uygulama Sorunları).

SOYER, Polat; *"Ekonomik Kriz Koşullarında İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih"*, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri: 13. Yıl Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010 (Ekonomik Kriz).

SUBAŞI, İbrahim; *"İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 7, Eylül 2007.

SUNGURTEKİN Özkan, Meral; *"İcra Hukukunda Oranlilik İlkesi"*, **Tufan Yüce'ye Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.

SÜZEK, Sarper; *"İşverenin Yönetim Hakkı Ve Sınırları"*, **Prof. Dr. Metin Kotal'a Armağan**, 1998(Yönetim Hakkı).

SÜZEK, Sarper; *"İş Akdinin Askıya Alınması Ve Ücretsiz İzinler"* Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, Özel Sayı, 2007(Ücretsiz İzin).

SÜZEK, Sarper; *"İşverenin Eşit Davranma Borcu"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, 2008.

SÜZEK, Sarper; **İş Hukuku**, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017(İş Hukuku).

ŞAHLANAN, Fevzi; *"Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere ile İş Akdinin Feshi"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.4, Aralık 2006 (Şirket Birleşmeleri).

ŞAHLANAN, Fevzi; *"Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol İle Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi-Geçerli Neden(Karar İncelemesi)"* **Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Dergisi**, S. 394, Ekim 2013(Karar İncelemesi).

ŞEN, Murat; **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik**, Ankara 2005.

TAŞKENT Savaş; *"İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması"*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y.1, S.3, Eylül 2006(Ücretsiz İzin) .

TAŞKENT, Savaş; *“Alt İşveren”*, **Legal İHSGHD**, Nisan, Haziran 2004.

TAŞKENT, Savaş; *“Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.21, Mart 2011 (Geçerli Sebep).

TAŞKENT, Savaş; *“Otuz İşçi Ölçütü ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu”*, Prof. **Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I, İstanbul 2011(Otuz İşçi).

TOPAL, Güneş; **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesi Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Ankara 2008.

TULUKÇU, N. Binnur; *“Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Sözleşmesinin Feshi”*, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.18, Y. 5, Haziran 2010.

TUNCAY, A. Can; *“İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”*, **Çimento İşveren Dergisi**, Ocak 2003 Sayısı (İş Güvencesi) https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale_11.pdf.

TUNCAY, A. Can; *“Geçerli Nedenle İş Sözleşmesinin Feshi ve İşe İade Davaları”*, **İş Kanunu Toplantı Dizisi**, IV, TÜSİAD, Aralık 2007 (Geçerli Neden)

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut; **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008.

ULUCAN, Devrim; *“4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı”*, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi, **İş Güvencesi Temel Kavramlar Ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul 2003.

ULUCAN, Devrim; *“İş Güvencesi Uygulaması Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”*, **İHSGHD**. Y.2007, S.14(Sosyal Seçim).

YENİSEY, Kübra Doğan; *“Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”*, **Çalışma Ve Toplum**, 2010/3.

YILDIZ, Gaye Burcu; "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel S. 2013.

YÜKSEL, Metin; "*Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük*", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, No. 1, Y. 2017.

