

160744

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İŞ YASASI'NIN 18 İNCİ MADDESİ KAPSAMINDA
GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ

160744

YÜKSEK LİSANS TEZİ

RÜŞTÜ İLKAY TURHAN
02523002

ANABİLİM DALI: ÖZEL HUKUK
PROGRAMI : ÖZEL HUKUK

DANIŞMAN: PROF. DR. ALGUN ÇİFTER

KOCAELİ-2005

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**İŞ YASASI'NIN 18 İNCİ MADDESİ KAPSAMINDA
GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**RÜŞTÜ İLKAY TURHAN
025203002**

**ANABİLİM DALI: ÖZEL HUKUK
PROGRAMI : ÖZEL HUKUK**

KOCAELİ - 2005

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

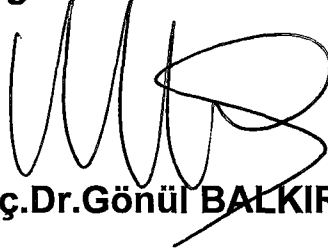
İŞ YASASI'NIN 18 İNCİ MADDESİ KAPSAMINDA
GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

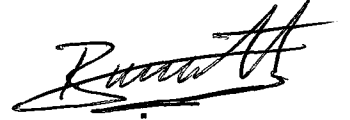
Tezi Hazırlayan :RÜŞTÜ İLKAY TURHAN
Tezin Kabul Edildiği Enstitü Kurulu Tarihi ve No:05.07.2005-2005/16



Prof. Dr. Algun ÇİFTER



Doç.Dr.Gönül BALKIR



Yrd.Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI

SUNUŞ

Avrupa'da çok uzun zamandır uygulanan iş güvencesine ilişkin hükümler, bu çalışmalarının Türkiye'de de yapılmaya başlandığı tarihten itibaren ancak onlarca yıl sonra; önce 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ve akabinde reform niteliğinde hükümlerin mevzuatımıza dahil olduğu 4857 sayılı Yasa ile yürürlük kazanmıştır.

Ülkemizin devamlı surette ekonomik krizlerle sarsılması; bu krizlerde ciddi oranda işçinin işini kaybetmesi ve mevcut olan işsizliğin yıllar itibariyle artması nedeniyle gündemi en çok meşgul eden konulardan biri olmasına rağmen, hukuki manada gereken ilginin gösterilmediği, bu hususta çok da fazla çalışmanın yapılmadığı aşikardır.

Halbuki, bu doğrultudaki çalışmalar daha yoğun olarak yapılsaydı ve bu vesileyle gündemi meşgul etseydi; belki ancak 2003 yılında mevzuatımıza dahil olan iş güvencesine ilişkin hükümlere yıllar öncesinden sahip olabilecektik.

Nitekim, bu çalışmaların eksikliği kendisini özellikle de feshi geçerli kılan sebeplerin tespit edilmesinde göstermiş; Yasa'da yer almamakla birlikte, gerekçede ancak yabancı hukuk uygulamalarından örnekler verilmek suretiyle zikredilebilmiştir.

Halbuki hakkaniyete uygun kararların alınması, işletmelerin gerekli profesyonel yapılandırmayı gerçekleştirmesi ve bu itibarla karşılıklı mağduriyetin önlenmesi; ancak bu tarz çalışmaların çok önceden yapılarak alt yapıyı oluşturması ve yargı kararlarına yol gösterir niteliğe ulaşmasıyla sağlanabilir.

Bu itibarla seçilen tez konusu doktrindeki görüşleri, bugüne kadar yapılan çalışmaları ve özellikle de yargı kararlarını bir potada eriterek, uygulamaya yönelik zihinlerde bir fikir oluşturması amacıyla yapılmıştır.

Bu vesile ile gerek konunun seçimi ve gerekse sınırlandırmaya yönelik bilgilerini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Algun ÇİFTER'e ve gerekse de kimi kaynaklara ulaşmamı sağlayan Prof. Dr. Nurhan SÜRAL'a teşekkür ederim.

Rüştü İlkay TURHAN

İzmit, Mayıs 2005

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ I

İÇİNDEKİLER II

ÖZET SAYFALARI V

KISALTMALAR XI

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ

- I- İş Güvencesi Kavramı 4
- II- İş Güvencesi Kavramının Gelişimi 7
- III- İş Güvencesine İlişkin Düzenlemede Temel Alınan
158 Sayılı Sözleşme10

İKİNCİ BÖLÜM

GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ

- I- Geçerli Sebep Kavramı13
- II- İşçiden Kaynaklanan Sebepler16
 - A- İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler 17
 - 1- İşçinin Yetersizliği Kavramı 17
 - 2- İşçinin Fiziki Yetersizliği 18
 - a- Emekliliğe Hak Kazanmış Olma 18
 - b- Yaş Haddi 22
 - c- Hastalık ve Kaza Halleri 23

3- İşçinin Mesleki Yetersizliği	25
B- İşçinin Davranışlarından Doğan Geçerli Sebepler	29
III- İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklerinden	
Kaynaklanan Sebepler	39
A- İşletme Gerekleri Kavramı	39
B- İşyeri Dışından Kaynaklanan Sebepler	43
C- İşyeri İçinden Kaynaklanan Sebepler	48
D- İşveren Kararının Denetimi	49
1- Fransız Hukuku	49
2- Alman Hukuku	52
3- Türk Hukuku	54
a- İşletmede Uygulanan Teknolojik Değişimler	56
b- Üretimi Daha Az Sayıda İşçi Çalıştırmak Suretiyle	
Yaparak Verimlilik Sağlanması	57
c- İşverenin İşyerini Kapatarak Yeniden	
Yapılanmaya Gitmesi	60
d- İşverenin İşin Bir Bölümünü Taşeronla Devretmesi	61
e- Geçici İş İlişkisi	65
f- İşyerinin Devri veya Kiraya Verilmesi	66
g- Şirketin Özelleştirme Kapsamında Olması	67

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

I- Feshin Son Çare Olması Kavramı	70
II- Feshe Alternatif Olabilecek Tedbirler	76
A- Mesleki Eğitim	76
B- Değişiklik Feshi	77
1- Değişiklik Feshi Kavramı	77
2- Ücrette Değişiklik	78
3- İşte ve Çalışma Yerinde Değişiklik	78
C- Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi	80
D- Ücretsiz İzin	81

SONUÇ	83
YARARLANILAN YAYINLAR	89
ÖZGEÇMİŞ	92



ÖZET

İşçi ile işveren arasındaki ilişkide en temel sorunlardan birini teşkil eden işverenin tek taraflı fesih yetkisi, İş Hukuku'nun iş ilişkisinin sürekliliğini sağlama amacını engellemekte idi. Bu itibarla, iş güvencesi hususunda yapılan çalışmalar netice vermemiş; Türkiye'nin 1994 yılında 158 sayılı İLO Sözleşmesini onaylamasıyla çalışmalar hızlandırılmış ve neticede 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişikliği müteakip 4857 sayılı Yasa'nın yürürlüğü ile mevzuatımıza iş güvencesine ilişkin hükümler dahil olmuştur.

İş güvencesinin esaslı noktalarından olan geçerli neden kavramı Yasa'nın 18. maddesinde zikredilmiştir. Buna göre işveren, iş sözleşmesini, haklı nedenlerin varlığı hariç olmak üzere, ancak işçinin yeterliliğinden, davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli bir nedene dayanarak feshedebilecektir.

Geçerli fesih nedenleri, işçiye ilişkin ve işletme, işyeri ve işe ilişkin nedenler olarak iki bölüme ayrılmıştır. İşçiye ilişkin nedenler de, işçinin yetersizliğine ve davranışlarına ilişkin nedenler olarak ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu nedenler, ancak işletmede olumsuzluklara yol açması halinde feshe neden olabilecektir.

İşçinin yetersizliğinden, işçinin, iş ilişkisinde belirli ölçüde sıkıntı yaratan, iş ilişkisini son vermeye imkan verecek ve feshi meşru kılmaya yetecek ağırlıkta durumu anlaşılmalıdır. Bu yetersizlik işçinin fiziki yetersizliğinden kaynaklanabileceği gibi, mesleki yetersizliğinden de kaynaklanabilir.

İşçinin fiziki yetersizliği hususunda özellikle emekliliğe hak kazanma ve belirli yaş haddine ulaşmış olma halleri doktrinde tartışma konusu olmakta; ancak yargı kararları salt bu nedenlerin varlığını geçerli fesih nedeni saymamakta; işe olumsuz etkilerinin yahut da bu sebeplerin yanında başkaca somut verilerin ortaya konulmasını aramaktadır.

İşçinin mesleki yetersizliğine ilişkin sebeplerden de, verim düşüklüğü veya yetenek eksikliğini anlamak gerekir. Bu hususta, performans ve verimlilik ölçütleri oldukça ciddi öneme haiz olmuşlardır. Ancak, bu ölçütlerin de gerçekçi standartlarda olması; subjektif değerlendirmelerden uzak kalması zaruridir. Yine salt verimsizliği sebebiyle, işçinin iş sözleşmesi feshedilememekte, yetersiz görülen işçiye uyarıda bulunulması ve kendisine makul bir süre tanınması beklenmektedir.

İşçinin davranışlarına ilişkin sebepler ise, Yasa'nın 25. maddesinde düzenlenen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, karşılıklı güveni sarsacak oranda işçinin kusurlu davranışları olarak tanımlanmaktadır. Yargı kararları, kusurlu davranışın işletmede olumsuzluklara yol açmasını, bunun yanında benzeri davranışı tekrarlamayacağını düşünüldeği durumlarda yazılı uyarıda bulunulması gerekliliğine hükmetmiştir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihler ise, ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağılı olarak işyerinde işçinin çalışma imkanının ortadan kalkması sonucunda çıkan işgücü fazlasının işgücü ihtiyacına uyarlanması halinde mümkün olmaktadır. Bu fesih sebebi, Alman Hukuku'ndaki tasnife benzer nitelikte işyeri dışı ve işyeri içi sebepler olarak ele alınmış; işverenin bir etki ve isteği olmaksızın ortaya çıkan ekonomik kriz, sektörde durgunluk, rekabet gerekleri gibi dış etkenler işyeri dışı sebepler; işverenin kararına dayanan işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişimler sonucunda işgücü açığa çıkması ise işyeri içi sebepler olarak tanımlanmıştır.

Fransız Hukuku'nda, fesihlerde işletmesel karar denetlenirken, Alman Hukuku'nda işletmesel kararın işveren tarafından tutarlı biçimde uygulanıp uygulanmadığı denetlenmektedir. Türk Hukuku ise, yargı kararlarından anlaşıldığı üzere, Alman Hukuku'na paralel bir gelişim göstermektedir.

İşyeri, işletme ve işin gereklerine ilişkin yapılan fesihlerde, feshin son çare olması ilkesi, doktrinde büyük çoğunlukla kabul edilmekte; yargı kararlarında ise bu hususta tam bir fikir birliği olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, işverenin fesih dışında daha hafif tedbirlerle amaca ulaşmasının mümkün ve beklenebilir olduğu hallerde feshin uygulanmaması gerekmektedir. Feshin son çare olması gereği alınması mümkün olan fesih dışı tedbirleri, mesleki eğitim; ücrette, işte, çalışma yerinde, çalışma süresinde değişiklik ve ücretsiz izin olarak sıralamak mümkündür.



ABSTRACT

The one-sided termination of labour act by employer, which was the main problem between employee and employer, was an obstacle in providing the continuation of job relations in Labour Law. Therefore, the studies on the job security, has not been accomplished. The studies have been intensified upon Turkey's approval of ILO Agreement No.158 in 1994 and as a result, by Law No. 4857 coming into force , right after the change provided by the Law No.4773, the terms and condition for the job security have been included in our legislation.

The concept of valid reason for the termination of labour act has been indicated in Article 18 of the law. According to this article, the employer, with the exclusion of valid reasons, can only terminate the labour act due to reasons of employee's qualification, behaviours or operational needs and/or other reasons arising out of necessities of the job.

The valid reasons have been divided into two categories such as the reasons of employee and operation, and the reasons of job and workplace.

The reasons of employee have been considered in two categories as disqualification and behaviour of the employer. Those reasons can cause the termination of labour if they create a negative impact on the operation.

It can be understood from the disqualification of employee that it creates considerable problems to enable the employer to terminate the act lawfully. The termination can either be caused by the employee's physical inability or disqualification for the job.

The physical inability for the job is widely discussed especially for the employees near to the retirement and relatively elder people. However, the Court does not consider the above reasons sufficient for termination but

looks for more concrete reasons in addition to the negative impact in operation.

We can understand unproductiveness and lack of capacity for the reasons of disqualification and therefore the rates of performance and efficiency have gained much importance. However, it is a must that these rates are true standards and far from subjective evaluations. Based on this, the termination of the act cannot only be made due to lack of efficiency but the employee is warned and granted for a certain period.

As for the reasons of employee's behaviors for termination, although they are not considered as direct reasons for termination in Article 25 of the Law, they are described as the faulty behavior of employee which breaks the mutual confidence between employee and employer. The Court has made a decision indicating that in case of negative impact on the operation, a written notification must be issued to the employee when it is believed that this misconduct will not repeated again by the employee.

As for the termination arising out of operation, plant and necessities of job, it depends on financial and economic difficulties, efficiency and power to compete all of which cause redundancies in operation and plant and these redundancies cannot be eliminated within the plant. These reasons are considered as external and internal reasons similar to classification in the German Law. The external reasons are described as economic crisis which the employer has no control over, recession and the necessity to compete whereas the internal reason are described as the over-workforce created by the decision of the employer due to every kind of structural and technological changes.

In French Law, while the operational decisions are checked in termination of labour act, in German Law, the termination is checked whether the operational decision is applied logically or not. In Turkish Law, the court decisions are very similar to German Law.

The termination of labour act due to operational reasons and necessities of the job is widely accepted as the last solution which can also be seen from the court decisions. Therefore, the termination must not be applied for the conditions where the employer can solve the problem with minor precautions. The possible precautions instead of termination, can be enumerated as occupational training, change in wages, job, workplace, working period and unpaid leave.



KISALTMALAR

B.	: Baskı
Böl.	: Bölge
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
ILO	: International Labour Organization
İHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
Mah.	: Mahkeme
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayını (Akıllı Kitap)
MK	: Medeni Kanun
No	: Numara - Number
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

1475 sayılı Yasa'nın zaman içinde sosyo-ekonomik gelişmelerin gerisinde kalması, uygulanmasında karşılaşılan sorunlar ve özellikle de işçilerin korunmalarına yönelik güvencelerinin oldukça sınırlı olması, yeni bir yasal düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır. Ancak Türkiye'nin 158 sayılı Sözleşme'yi imzalamasıyla ivme kazanan çalışmalar neticesini 4773 sayılı yasa değişikliği ve akabinde 4857 Sayılı Yeni İş Yasası ile vermiştir.

Yeni Yasa, iş güvencesi hususunda reform niteliğinde değişikliklere sebep olmuş ve özellikle de işçi için ciddi güvenceler getirmiştir. Bugüne değin iş sözleşmesinin keyfi olarak feshedilme serbestisi tanıyan liberal sistemin aksine, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandırılması gerekliliği, iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanarak işçiye ciddi anlamda güvence sağlanmasına ve işletmelerin de çağdaş ve profesyonel bir yapı kazandırılmasına sebebiyet verecek niteliktedir.

Haklı fesih nedenleri kadar olmasa da, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller olarak tanımlanan geçerli neden kavramını Yasa, işçinin yetersizliği ve davranışları ile işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanabileceğine işaret etmiş; ancak bu hallerin neler olabileceğine değinmemiştir. Gerekçede, yabancı mahkeme kararlarından örnekleme yapmak suretiyle bahsedilen fesih nedenleri incelendiğinde, her fesih gerekçesinde işletmenin esas alındığı sonucuna ulaşmak mümkün olmaktadır. Nitekim, işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan sebepler tek başına anlam ifade etmediği; bu sebeplerin ancak işletmede olumsuzluklara yol açması halinde feshi geçerli kılacağı anlaşılmaktadır. Keza, Yasa'da işyeri dışı veya işyeri içi olsun doğrudan işletme esas alınmakta; işletmenin sürekliliğinin sağlanması amacına yönelik olarak işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında bir denge kurulmasına çalışılmaktadır.

Yasa'nın 18. maddesi kapsamında geçerli fesih nedenlerine ilişkin olarak yalnızca yabancı mahkeme kararlarından gerekçede örnekler verilmiş olması, esasen bu hususun yargı içtihatlarıyla zamanla belirginleşmesi beklentisinin bir göstergesidir. Bu itibarla, araştırma konusu yaptığım tez çalışması ile gerek bu hususa ilişkin Fransız ve Alman Hukukları'nı karşılaştırmak, gerekse de Yasa'nın yürürlüğünden itibaren bugüne değin verilen yargı kararları incelemek suretiyle, Türk Hukuku'nda feshe gerekçe gösterilen geçerli nedenlerin ve yargı organlarınca yapılan denetim esaslarının ne yönde gelişim gösterdiğinin tespit edilmesine çalışılmıştır.

Tez çalışmamı yalnızca 18. madde kapsamındaki geçerli fesih nedenleri ile sınırlandırdığım için iş güvencesine ilişkin genel hükümler ile uygulanma alanı ve kapsamı, keza madde hükmünde zikredilen kesinlikle geçerli sebep oluşturmayan durumlar, inceleme alanı dışında bırakılmıştır.

Bu itibarla yapılan çalışmanın ilk bölümünde iş güvencesi kavramının tanımı ve yabancı hukuklardaki gelişimi üzerinde durulmuş; ülkemizde bu yönde yapılan yasalaşma çalışmaları ve iş güvencesinin temelini oluşturan uluslararası nitelikteki ILO Sözleşmesi'nin konuya ilişkin içeriğinden bahsedilmiştir.

Tezimin temel noktasını oluşturan ikinci bölümde ise, öncelikle geçerli fesih kavramının tanımı yapılmış, işçiden ve işletme gereklerinden kaynaklanan fesih sebeplerinin neler olabileceği, Alman ve Fransız Hukuklarının karşılaştırılması, uygulamalarının incelenmesi ve nihayetinde yoğun olarak çalışma içinde başvuru Yargıtay kararları ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde Türk yargısındaki kararlarına yoğun olarak değinilmesine, uygulamanın ne yönde seyir aldığını göstermek açısından faydalı olacağı kanaatindeyim.

Çalışmanın son bölümünde ise, madde metninde yer almamakla birlikte, gerekçede zikredilen ve yargı kararıyla da son derece sık başvuru bir ilke

olması sebebiyle feshin son çare olması ilkesi ve bu ilke çerçevesinde fesihten önce alınması mümkün tedbirler inceleme konusu yapılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ

I- İş Güvencesi Kavramı

Bireysel İş Hukuku kapsamında işçi ile işverenin arasındaki ilişkinin temeli iş sözleşmesi olup, bu sözleşmenin varlığını korumak ve iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamak, İş Hukuku'nun en önemli konu ve amaçlarından biridir. Bu bağlamda oluşan sosyal ve ekonomik gelişmeler, işçinin işini güvence altına alınmasını ve bunu teminen de iş yasalarında buna uygun düzenlemeler yapılmasını beraberinde getirmiştir.

Ülkelerin zaman içerisindeki uygulamalarıyla gelişen iş güvencesi kavramının temelinde, çalışanların haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından iş ilişkisine son verilmesi halinde, bu fesih işlemi sınırlayan yahut da engelleyen, iş ilişkisini hukuksal zemine çekerek iş ilişkisine devamlılık sağlayan, koruyucu yönü ağır basan normatif kurallar yer almaktadır¹.

Eskiden, işçinin yaptığı iş sadece nesnel açıdan ele alınırken, günümüzde yapılan işin işçinin ve ailesinin yaşamı ve onun kişiliği ile yakın ilişkileri de göz önünde bulundurulmaktadır. Nitekim, iktisadi liberalizmin ve buna bağlı olarak akit serbestisi ilkesinin egemen olduğu zamanlarda hizmet akitlerinin fesihlerinde taraflara ve dolayısıyla işverene tam bir serbestlik tanınırken, günümüzde işçinin işini koruyabilmesi için işverenin fesih hakkının sınırlandırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır². Bu itibarla, işçinin geleceğinden güven duyması, işini kaybederek kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, iş güvencesinin en önemli amacı olmuştur³.

¹ Bektaş Kar, "İş Güvencesi Kavramı", İHSGHD, 6/2005, s. 560

² Nuri Çelik, İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, 1. B., İstanbul: Şubat 2003, s. 9

³ Ömer Eyrenci-Savaş Taşkent-Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. B., İstanbul: Mart 2005, s. 150; Kar, s. 561

Bu açıdan incelendiğinde iş güvencesini dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmak uygun olacaktır.

Dar anlamda iş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması olup, işverenin iş sözleşmesini yeterli bir neden olmaksızın keyfi bir biçimde bozmasının engellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasını ifade eder.

Geniş anlamda iş güvencesi ise, işverenin fesih hakkında yasa ve sözleşme ile getirilen bütün sınırlamaları ve feshin sonuçlarını hafifleten önlemleri kapsamaktadır⁴. Nitekim, işçiyi feshe karşı koruma dışında kalan başka iş güvenceleri de vardır. Kıdem tazminatı ödenmesi, eski işçileri işe alma zorunluluğu, işyeri el değiştirirse yahut da sendika fesholunsa bile toplu iş sözleşmesinin işyerinde süre sonuna kadar uygulamaya devam etmesi gibi.

Bunun gibi, doktrinde çeşitli tanımlamalara gidilmiş; iş güvencesi kavramında özellikle işverenin fesih hakkının sınırlandırılması temel olarak alınmıştır. Bu bağlamda iş güvencesi,

işverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçinin feshe karşı korunması ve bu suretle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması⁵,

makul bir sebep olmadan işçinin iş sözleşmesine son verilememesi⁶,

geçerli ve haklı sebepler olmadan iş sözleşmesinin feshinin geçersiz sayılması⁷,

işçinin işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korunması ve iş ilişkisine süreklilik kazandırılması⁸,

⁴ Kar, s. 560; A.Can Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren Dergisi, C. 17, S.1, Ocak 2003, s. 6; Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, 1. B., İstanbul: Ekim 2003, s. 24

⁵ Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara: Turhan Kitapevi, 2004, s. 548

⁶ Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 5. B., İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 221

⁷ Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, 1.B., İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, s. 129

fesih hakkının doğumunun yasadaki belirtilen nedenlere bağlanması⁹,

işçinin keyfi fesihlere karşı bir ölçüde korunması¹⁰,

olarak nitelendirilmiştir.

Esas itibariyle iş güvencesini, işçinin işini koruyabilmesi adına işverenin fesih hakkını sınırlayan, feshi zorlaştıran, zaman zaman yasaklayan, başka bir deyişle sadece işçi tarafından kullanabilecek tek taraflı haklardan oluşan bir iş hukuku kurumu olarak tanımlamak daha doğru olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, işçinin işini koruma hakkının tanınması ve bunun sonucu olarak işverenin iş sözleşmelerini feshetme hakkının sınırlandırılması, hem işçi hem de toplum çıkarları açısından gerekli görülmektedir. Aksi halde, işçinin serbestçe işten çıkarılabilmesi, işçide huzursuzluk yaratacak, işyerinde verimi düşürecek, çalışma barışını bozacak, dolayısıyla işgücü piyasasının altyapı taşları yerinden oynayacaktır¹¹.

İşçinin, iş sürekliliğinin sağlanmasının taşıdığı öneme karşılık, durumun işveren açısından da değerlendirilmesi zorunludur. Nitekim, işletmenin ekonomik ve teknik zorunlulukları da ihmal edilmemelidir. Bu itibarla yapılan fesihlerde iyi bir işletmeciliğin sağlanması amacı işçi çıkarmayı haklı kılabılır. Bir işletmenin disiplinsiz ve verimsiz çalışması, o işletmenin sürekliliğine zarar verir. Keza, işletmede disiplinli bir çalışma ortamının oluşturulması da, işçinin kusurlu davranışlarına karşı işverene fesih imkanı tanınması ile mümkündür. İşletmenin verimliliği başka yoldan sağlanamıyor ve işletmenin devamı bazı işçilerin çıkarılmasını gerektiriyorsa, işverene belirli ölçüde fesih serbestisinin tanınmasına olanak sağlanmalıdır¹².

⁸ **Münir Ekonomi**, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 Sayısı Özel Eki, s. 1

⁹ **Engin**, İşletme Gereklileri, s. 24

¹⁰ **Eyrenci-Taşkent-Ulucan**, s. 150

¹¹ **Çelik**, İş Güvencesi, s. 11

¹² **Sarper Süzek**, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara: 1976, s. 2; **Çelik**, İş Güvencesi, s. 11

II- İş Güvencesi Kavramının Gelişimi

Modern hukuk anlayışında feshi ihbar hakkından yararlanmada tarafları eşit tutan geleneksel anlayış, yerini işçinin korunması düşüncesine bırakmıştır. Nitekim, işçinin özellikle sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir. Nitekim, Anayasamızın 49. maddesi ile güvence altına alınan çalışma hakkı herkese çalışma imkanı sağlanması gerekliliğini vurgulaması yanında aynı zamanda halen çalışmakta olanlar için de işlerinin korunmasını ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, yalnızca çalışanın iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması amaç edinerek ekonominin gereklerini göz ardı etmek de doğru bir düşünce şekli değildir. Nitekim, işletmenin modern çalışma hayatının gereklerine uydurulması ve daha rasyonel çalıştırılması işten çıkarmayı zorunlu kılabilecektir. Bu itibarla iş güvencesinin sağlanması ile işletme gereklerini uyumlu bir denge içinde birleştirmek; başka bir deyişle anayasal çalışma hakkı ile işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengelemek zaruridir¹³.

İş güvencesini sağlamada Avrupa ülkeleri farklı metotlarla aynı amaca ulaşmaya çalışıyordu. Fransız ve Belçika hukuk sistemleri işverene fesih serbestisi tanımaktaydı; bu hakkı kanunla sınırlama yoluna gitmemekteydi. İşverenin fesih hakkının sınırlandırılmasında da hakkın kötüye kullanılması teorisini bir araç olarak kullanmaktaydılar. Alman, İtalyan ve Hollanda hukuklarında ise feshi ihbar hakkı ancak bazı kanuni sebeplerin varlığı halinde kullanabilmekteydi. Kanunda zikredilen sebepler vuku bulmadıkça iş sözleşmesinin sone erdirilmesi mümkün değildi¹⁴.

Yine Alman Hukuku'nda sosyal yönden haksız bulunan feshi kanuna aykırı kabul etmekte; işçinin şahsından ve davranışından doğan sebeplerle

¹³ **Süzek**, Fesih, s. 31; **Engin**, İşletme Gerekleri, s. 28; **Sarper Süzek**, İş Hukuku, 2. B., İstanbul: Mart 2005, s. 432

¹⁴ **Süzek**, Fesih, s. 54-55

acil işletme zorunluluklarının, feshi ihbarı sosyal yönden haklı kılacağını belirtmekteydi. İtalya'da da, işçinin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi ile üretim faaliyeti, işin organizasyonu, iyi bir işletmeciliğin gerekleri gibi işletme zorunluluklarının da feshi geçerli kılacağını ifade edilmekteydi. Fransız Hukuku'nda ise fesih, işçinin hafif kusuru, mesleki yetersizliği ya da işletmenin ekonomik ve teknik gerekleri sebebiyle yapılması halinde işletme yararına uygun olduğu kabul edilmekteydi¹⁵.

Ülkemizde ise, 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce süreli fesih hakkının kullanılmasında serbesti ilkesi geçerliydi ve işveren tüm işçilerin iş akdini herhangi bir neden göstermek zorunda olmaksızın, istediği zaman bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedebiliyordu. Fesih, bir hakkın kötüye kullanılması veya haksız fesih de oluştursa, geçerli fesih olarak kabul ediliyor, tazminat yükümlülüğü doğurmakla birlikte iş ilişkisini sona erdiriyor ve işçinin işe iadesine ilişkin bir hüküm Yasa'da yer almıyordu. Kaldı ki, işverence yapılan feshin bir hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğunu ispat yükü de işçiye aitti.

Batı ülkelerinde uzun yıllardan beri uygulanmakta olup, esas itibariyle çağdaş iş hukukunun da temel amaçlarından biri olan iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemenin ülkemizde de kabul edilmesi gerektiği yolundaki baskın görüşlere rağmen¹⁶ yaklaşık 30 yıl boyunca önemli sayılabilecek bir adım atılamamıştı.

1975 tarih ve 1927 sayılı Kanunla, keyfi işten çıkarmaların işçi zararına sonuçlarını gidermek ve iş güvencesi sağlamak amacıyla, İş Kanunu md.24'te değişiklik yapılarak toplu işçi çıkarmaya ilişkin olarak, işten çıkan veya çıkarılan işçinin yerine işverenin altı ay içinde yeni işçi alamaması, işçi almak isterse durumu çıkardığı işçiye noter aracılığı ile duyurması ve başvurusu halinde kendisini işe alması yolundaki hüküm, ferdi işten

¹⁵ **Süzek**, Fesih, s. 55

¹⁶ **Nuri Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 15. B., İstanbul: Eylül 2000, s. 164; **Süzek**, Fesih, s. 29 vd. 74 vd. 93 vd.; **Savaş Taşkent**, İş Güvencesi - İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul: 1991, s. 25 vd.

çıkarmaya da teşmil edilmiş; kıdem tazminatına hak kazanmak için gereken süre kısaltılmış ve tazminat tutarı da artırılmıştır¹⁷. Ancak bu değişikliğin de istenileni verememesi üzerine, 1978 ve 1982 yıllarında Çalışma Bakanlığı tarafından yapılan girişimlerle iki yasa değişikliği taslağı hazırlanmışsa da, bunların Bakanlar Kurulu'nca imzalanarak tasarı haline getirilmesi dahi mümkün olmamıştır. 1992 yılında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yeni bir taslak hazırlamış; işverenin fesih hakkını işçinin kişiliğinden, davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayandıran, ispat külfetinin işverende olduğu, feshin haksız olduğunun tespiti halinde işçinin işe iadesini, bu mümkün olmazsa tazminat ödenmesini öngören ve Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndan esinlendiği anlaşılan¹⁸ bu taslak da kamuoyunda geniş ölçüde tartışılmasına ve TBMM.'ne sunulmasına rağmen süresi içinde yasalaşmadığından geçersiz olmuştur.

1994 yılında iş güvencesinin temeli sayılabilecek uluslararası bir sözleşme olan, 1982 tarihli "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme"nin Türkiye tarafından 3999 sayılı Kanunla onaylanması neticesinde, mevzuatımızın Sözleşmeye uyum sağlamak amacıyla iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması zorunluluğu doğmuştur. Tüm bu adımlara rağmen, 158 sayılı Sözleşme'nin ilke ve kurallarının iç hukukumuzda aktarılması uzun süre gerçekleşmemiş; hatta ülkemiz bu nedenle 2001 yılında ILO Aplikasyon (Sözleşmeleri Uygulama) Komisyonunda gündeme alınarak bilgi vermek zorunda bırakılmıştır¹⁹. Bakanlık tarafından, 2000 yılında önceki taslaklardan farklı bir taslak metni hazırlanması ve yeterli bulunmamasını müteakip üçü Hükümet, üçü Türk İşverenler Sendikası (TİSK) ve üçü de işçi konfederasyonları (Tür-İş, Hak-İş, Disk) tarafından seçilen 9 kişilik üniversite profesörlerinden mütevelliit Bilim Kurulu'nca²⁰ hazırlanan taslak T.B.M.M.nde 09.08.2002 tarihinde kabul edilmiş ve 4773 sayılı Kanun olarak 15 Mart 2003 tarihinde

¹⁷ Taşkent, s. 74; Çelik, İş Hukuku I, s.163; Mollamahmutoğlu, s. 549; Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 574

¹⁸ Çelik, İş Hukuku I, s. 164

¹⁹ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s. 152

²⁰ Nurhan Süral, Employment Termination and Job Security Under New Turkish Labour Act, Middle Eastern Studies, 41, No.2, 249-268, March 2005, s. 249

yürürlüğe girmiştir. Bu arada Bilim Kurulu, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşme ve yönergelerdeki ilkeleri ülkemiz koşullarına uygulayarak²¹ içinde iş güvencesine ilişkin hükümlerin de yer aldığı çağdaş bir iş yasası taslağı hazırlamış ve bu düzenleme de 22.05.2003 tarihinde yasalaşarak 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İş bu Yasa'nın "Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması" başlıklı 18. maddesi uyarınca, otuz ve veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bu itibarla, bu kapsama giren çalışanların iş sözleşmelerinin feshinde geçerli nedenlerin varlığı aranmasına ve feshin geçersiz olması durumunda işe iade, işverenin kabul etmemesi durumunda tazminat müeyyideleri olmasına rağmen, kapsam dışında kalanların iş sözleşmelerinin feshinde geçerli neden zorunluluğun olmaması, iş sözleşmelerinin feshinin her daim mümkün olduğu; yalnızca kötü niyet tazminatı talep edebildikleri, en temel fark olarak karşımıza çıkmaktadır.

III- İş Güvencesine İlişkin Düzenlemede Temel Alınan 158 Sayılı Sözleşme

1963 yılında oluşturulan 119 sayılı Tavsiye Kararlarından sonra ülkelerin hukuk düzenlerinde, iş bu kararların içeriğine uygun gelişmelerin yaşanması ve gelişmelerin yeni uluslararası standartların oluşmasına uygun bir ortam sağlaması yanında son dönemlerde yaşanan ekonomik güçlük ve teknolojik değişimlerin de yeni bir standart oluşturulmasını zorunlu kılması²² neticesinde oluşturulan ve Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 1982 yılındaki 68. toplantısında kabul edilen "İş İlişkisine İşveren Tarafından Son

²¹ Süral, s. 153

²² Metin Kutal, "İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı", MESS Mercek Dergisi, Nisan 2003, s. 6-7

Verilmesi Hakkındaki 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi²³ 10 Haziran 1994 tarih ve 94/5791 sayılı kararname ile ülkemizde yürürlük kazanmış ve Anayasamızın 90. maddesi uyarınca ulusal mevzuatımızın kapsamına girmiş ve uluslararası bağlayıcılığı da m.16/III hükmünde öngörülen 12 aylık sürenin tamamlanmış olmasıyla başlamasına rağmen ancak 9 yıl sonunda kanunlaşmıştır.

Konumuz itibariyle değerlendirildiğinde, Sözleşmenin 4, 5, 6 ve 7. maddeleri üzerinde durmakta fayda vardır.

Sözleşme'nin 4. maddesinde, işçinin yeterliğini ve işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir fesih nedeni olmadıkça iş ilişkisine son verilmeyeceği ve bu itibarla da feshin geçerli bir nedene dayanması gerektiği vurgulanmaktadır. Sözleşmenin 3. maddesinde, *işten çıkarma* tabirinin iş ilişkisinin işveren tarafından sona erdirilmesi anlamında kullanıldığı ifade ediliyorsa da, orijinal metindeki "licenciement" esas itibariyle belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli feshini karşılayan bir terim olduğundan 4. maddenin de geçerli neden kavramına kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süreli fesih yoluyla feshi bakımından başvurduğunu söylemek mümkündür. Netice itibariyle, öğretide de kabul edildiği üzere geçerli neden belirsiz süreli iş sözleşmelerinin derhal feshine imkan veren haklı nedenlerden farklı bir nedendir²⁴.

Sözleşmenin 5. maddesinde de, geçerli bir neden oluşturmayacak sebepler sayılmıştır. Buna göre, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılma; işçi temsilciliği yapma veya buna tevessül etme; işvereni şikayet etme; mevzuatı ihlal ettiği iddiasıyla açılan davalara katılma, idari mercilere başvurma; ırk, renk, cinsiyet, medeni durum, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik ve sosyal kimlik, doğum izni sırasında işe gelmeme, fesih için geçerli sebep teşkil etmeyecektir.

²³ Sözleşme 356 lehte oya karşılık, 9 aleyh ve 54 çekimser oyla kabul edilmiş; aynı toplantıda 375 kabul ve 16 çekimser oyla aynı hususta 166 sayılı Tavsiye Kararı da kabul edilmiştir. www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm

²⁴ Mollamahmutoglu, s. 551

Yine 6. maddede, hastalık ve kaza nedeniyle geçici devamsızlıkların geçerli sebep olarak kabul edilmeyeceği zikredildikten sonra hangi durumların geçici devamsızlık sayılacağı ve tıbbi rapor hususundaki sınırlamaların ulusal normlarla tespit edileceği belirtilmiştir.

Sözleşmenin 7. maddesi de, işverenden makul olarak beklenemeyecek durumlar dışında, hakkındaki iddialara karşı kendisini savunma imkanı verilmeksizin davranışına ve verimine ilişkin nedenlerle çalışanın iş ilişkisinin sona erdirilmeyeceğini öngörmektedir.



İKİNCİ BÖLÜM

GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ

I- Geçerli Sebep Kavramı

İlk olarak 4773 sayılı Yasa ve akabinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Yasası ile mevzuatımıza, 158 sayılı ILO sözleşmesinde belirlendiği üzere, iş sözleşmesinin feshi için gerekçe olarak var olan haklı neden kavramının yanına geçerli neden kavramı getirilmiştir. Yasa'nın 18. maddesinin 1. fıkrasında belirsiz süreli iş akitlerinin artık geçerli bir nedenle feshedilmesi zorunluluğu öngörüldükten sonra, fesih nedenlerinin neler olduğu zikredilmiştir. Bu itibarla, işverenin süreli fesih hakkı yasa ile sınırlandırılmış ve artık modern çalışma hayatında çoktan geçerliliğini yitirmiş olan *feshe karşı korumada hakkın kötüye kullanılması* tekniği sona erdirilmiştir²⁵.

İş bu madde uyarınca "belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır". Görüldüğü üzere, 158 sayılı Sözleşme'nin hemen hemen aynı çevirisi niteliğindeki bu hüküm esas itibariyle Avrupa Hukuku'nda kabul edilmiş iş güvencesi sistemlerinde de temel alınan nedenlerdendir²⁶. Artık işveren fesih nedenlerini, yapacağı yazılı bildirimde açık ve kesin olarak belirtmek durumundadır. Aksi halde, fesih işlemi sırf bu nedenle geçersiz sayılacaktır²⁷.

²⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 442

²⁶ Süzek, Fesih, s. 34 vd.; J.Le Goff, Droit du Travail et Societe, Tome 1, Paris 2001, s. 815 vd.; Süzek, İş Hukuku, s. 443

²⁷ Yarg. 9. HD. 27.10.2003, 2003/18040-18601, TÜHİS, Kasım 2003, s. 37-38; aynı doğrultuda, 13.03.2003 tarihinde fesih bildiriminde bulunulmakla birlikte işçinin raporlu olmasından ötürü 4773 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra iş sözleşmesi feshedilmiş sayılan çalışanın *fesih sebebinin açık olmadığından* bahisle, Yarg. 9. HD. 29.01.2004, 2003/23816 E., 2004/951 K. sayılı kararı ile düzeltilerek onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin 03.12.2003 tarih ve 2003/48-98 sayılı kararı

Geçerli neden kavramı, Yasa'nın gerekçesinde açıklanmaktadır. Buna göre, "geçerli sebepler 25 nci madde de belirtilenler kadar ağır 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 gerekecektir".

Bu halde geçerli neden, Yasa'nın gerekçesinde belirtildiği üzere, iş sözleşmesine hemen son vermeyi gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte işçinin iş görme borcu üzerinde ciddi bir olumsuz etki doğurarak gerektiği şekilde ifasına olanak vermeyen, şeklinde tanımlanabilmektedir²⁸. Yasanın gerekçesinde, özellikle de Alman öğretisi ve yargı kararlarından çeşitli örnekler vermek suretiyle yol gösterici bir tutum izlenmeye çalışılmıştır.

Maddenin gerekçesinde belirtilen örnekler şu şekilde sıralanmıştır.

A-İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler: Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma; işe yoğunlaşmanın giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle beraber işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık; uyum yetersizliği; emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.

B-İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler: Derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işverene zarar vermek ya da zararın

²⁸ Ercan Akyiğit, "İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi", TÜHİS-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S. 1-2, Ağustos-Kasım 2004, s. 118; Süzek, İş Hukuku, s. 444; Tuncay, s. 6; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16. B., İstanbul: Ekim 2003, s. 196; Günay, s. 587; Mollamahmutoğlu, s. 559; Eyrenci-Taşekent-Ulucan, s.156; Çelik, İş Güvencesi, s. 25

tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde işin akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek; sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi hallerdir.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak *işyerinde olumsuzluklara yol açması* halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.

Geçerli sebeplerle fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. Gerçekten de bazı fesih sebepleri işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanmış olabilir. Bu sebepler, işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak ikili bir ayırım yapılarak değerlendirilebilir.

İşyeri dışından kaynaklanan sebeplere örnek olarak, sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı; ülkede yaşanan ekonomik kriz; piyasada genel durgunluk; dış pazar kaybı; hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi,

İşyeri içi sebeplere örnek olarak ise, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması, verilebilir.

Yine gerekçede, bu uygulamalara giderken işverenden beklenenin feshe en son çare olarak bakması olduğu, bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının var olup olmadığının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır.

Maddenin devamında fesih işleminde geçerli sebep teşkil etmeyecek haller de sıralanmıştır. Buna göre;

- a. Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işvereni rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,
- b. İşyeri sendika temsilciliği yapmak,
- c. Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip 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. madde uyarınca kadın işçilerin yasak olduğu sürelerde işe gelmemek,
- f. Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık,

sebeplerine dayanılarak yapılan fesihler yargı organlarınca geçerli kabul edilmeyecek ve işveren iş bu kanunda zikredilen müeyyidelere maruz kalacaktır.

II- İşçiden Kaynaklanan Sebepler

İşçiden kaynaklanan geçerli nedenler, işçinin yeterliliğinden ya da davranışlarından doğabilir.

A- İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Sebepler

1- İşçinin Yetersizliği Kavramı

İşçinin işini yaptığı sürede gözlemlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi durumunda, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenden bahsedilebilir²⁹.

Buradaki ölçüt, işçinin yeteneklerinin ve özelliklerinin, iş sözleşmesi ile üstlendiği iş görme borcunu yerine getirmesini olanaksız kılması; işin gerektiği gibi yapılamamasıdır³⁰. Ancak bu kavramı işçinin davranışlarından dolayı fesihlerden ayırmak, *işçinin iradesinden bağımsız bir biçimde ortaya çıkması* ölçütünü ortaya koymakla mümkün olacaktır; nitekim işçinin davranışlarından dolayı fesihte işçinin iradesi etkili ve belirleyici olmaktadır³¹.

Geçerli neden, iş ilişkisini derhal son vermeyi haklı kılacak yeterlikte olmamakla birlikte işçinin çalışması durumunda işletmeyi olumsuz etkileyeceği düşünülen her durumun yargıç tarafından ayrıntılı olarak incelemeye alınması ve değerlendirilmesi neticesinde ortaya çıkacak bir kavramdır. Bu itibarla, nedenlerin önceden dökümünü yapmak mümkün olmadığı gibi, isabetli de olmayacak; her somut olayda hakim olguları tek tek değerlendirecektir³².

Fransız Hukuku'nda fesih için *gerçek* neden araştırılmakta ve bu nedeni *objektif, mevcut ve doğru olma* öğelerinin mevcudiyetine bağlamaktadır³³. Bu itibarla değerlendirildiğinde gerçek neden, bir kusur, bir mesleki yetersizlik veya işyerinin yeniden örgütlenmesi gibi her türlü önyargı ve kişisel tutumdan bağımsız, objektif nitelik taşıyan ve işyerine zarar vermeksizin iş ilişkisinin

²⁹ Uçum, s. 140

³⁰ Devrim Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul: 2003, s. 45

³¹ Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul: 2004, s. 45

³² Mollamahmutoğlu, s. 560

³³ Güzel, s.45; Mollamahmutoğlu, s. 559

devamını imkansız kılan, iş ilişkisinde belirli ölçüde sıkıntı yaratan bir neden; kısaca, iş sözleşmesine son vermeye imkan verecek, feshi meşru kılmaya yetecek ağırlıkta önemi haiz bir olay olarak nitelendirilmektedir³⁴.

Yetersizlik kavramını fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

2- İşçinin Fiziki Yetersizliği

a- Emekliliğe Hak Kazanmış Olma

Yasa'nın gerekçesinde verilmiş olan örneklerden bir kısmı Yargıtay tarafından da geçerli neden olarak kabul edilmekte; özellikle de emekliliğin tek başına geçerli neden teşkil etmeyeceği açıkça vurgulanmaktadır.

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin bir kararında, davacının davalı işveren yanında işçi olarak çalıştığı, 27.02.2004 tarihinde iş akdinin personel yönetmeliğinin 11.02/d maddesine göre *davacının emekli edilmek suretiyle* ve maksimum verimlilik elde etmek ve maliyetleri düşürmek amacıyla feshedildiği anlaşılmış olup, davalı işverenin davacı işçinin iş akdini işveren ve işyeri ile ilgili nedenlere dayandırarak geçerli ve haklı sebeplerle feshettiğini ispatlayamadığı anlaşıldığından davanın kabulüne karar vermiştir³⁵.

Yine, davalı işverenin fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanıp başkaca hiçbir gerekçe göstermeden işçinin iş akdini feshetmesini Yargıtay, *salt emekliliğin fesih için yeterli olamayacağını*; Yasa'nın gerekçesinde

³⁴ Mollamahmutoğlu, s. 559

³⁵ Yargıtay 9. HD.nin 31.01.2005 tarih ve 2004/18883 E. 2005/2626 K. sayılı ilamıyla onadığı Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin 02.06.2004 tarih ve 2004/90-115 sayılı kararı; aynı nitelikteki kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 20.12.2004, 2004/13308-28277 sayılı kararıyla onadığı Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 07.04.2004, 2004/50-54 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 20.12.2004, 2004/13309-28278 sayılı kararı ile onadığı Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 07.04.2004, 2004/45-53 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 29.12.2004, 2004/13274-29982; Yarg. 9. HD. 23.12.2004, 2004/14969-29244 sayılı kararı ile onadığı Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 28.04.2004, 2004/56-78 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 15.04.2004, 2004/6141-7644, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, s.1006-1007

açıklandığı üzere emekliliğin diğer işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edileceği, gerekçesinden bahisle geçersiz bulunmuş ve işçinin işe iadesine karar vermiştir³⁶.

Yargıtay, işçinin emeklilik durumunun geçerli sebep olarak iddia edildiği hallerde de *somut veriler* aramıştır. Örneğin, fesih sebebinin geçersizliği iddiası ile açılan davada, davalı işveren işçinin iş sözleşmesinin personel yönetmeliğinin ilgili hükmü uyarınca emekliliğe hak kazanması sebebiyle feshedildiğini savunmuş; yerel mahkeme yapılan inceleme neticesinde personel yönetmeliğinin 11.02.e maddesinin 1. fıkrasında bayanlarda 7200 prim ödeme günü veya 50 yaşını, erkeklerde 9000 prim ödeme günü veya 55 yaşını dolduran işçilerin iş akitlerinin feshedileceği, ikinci fıkrasında işçi lehine mevzuat hükümlerinin de nazara alınacağı, üçüncü fıkrasında ise performans durumları da göz önünde tutularak hizmetinin devamında yarar görülenlerin hizmet akitlerinin devam ettirileceği düzenlemesine yer verildiğinin anlaşıldığını, ancak ilgili yönetmelik maddesinin 1. ve 3. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde prim ödeme günlerini yahut da yaş sınırlarını tamamlayan işçilerin hizmet akitlerinin feshedilebilmeleri için neden hizmetin devamında fayda görülmediğinin kanıtlanması, bir başka deyişle yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan bir sebebin de bulunması gerektiğinden bahisle feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermiştir³⁷.

Bunun gibi, Yargıtay başka bir kararında da, *emekli olma hakkını elde eden bir işçinin iş akitinin feshedilmesinde bu olgunun tek başına geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceği*, her ne kadar davalı işverenin gerek fesih yazısında gerekse de cevap dilekçesinde feshin işletmenin ve işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple yapıldığını ileri sürerek bu konu ile ilgili bir kısım belgeleri kanıt olarak dosyaya sunsa da, fesih

³⁶ Yarg. 9. HD 13.12.2004, 2004/28790-27502, İHSGHD, 6/2005, s. 734-735; Yarg. 9. HD. 22.01.2004, 2003/23815 E. 2004/950 K., **Abbas Bilgili**, İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, 2. B., Adana: Karahan Kitapevi, Şubat 2005, s. 76-77; Yarg. 9. HD. 19.01.2004, 2003/22196 E., 2004/261 K., **Günay**, s. 615-616; Yarg. 9. HD. 11.12.2003, 2003/20222-20604, İHSGHD, 1/2004, s. 650-651; Yarg. 9. HD. 19.01.2004, 2003/22196 E., 2004/261 K, TÜHİS, Şubat 2005, S: 3, s. 57-58; Yarg. 9 HD. 11.12.2003, 2003/20222-20604

³⁷ Yarg. 9. HD. 22.01.2004, 2003/23815 E., 2004/950 K.

gerekçesi olarak belirtilen izabe ve asit tesislerinin kapatılması, maden rezervlerinin bitecek olması ve şirketin içinde bulunduğu finansman sıkıntısının değerlendirilmesi, bu hususta işletme ve mali konularda uzman olan bilirkişilerden görüş alınması gerektiğinden bahisle yerel mahkemenin işe iadeye ilişkin kararını bozmuştur³⁸.

Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere, çalışanın *salt emekliliği hak etmesi* feshin geçerliliği için bir anlam ifade etmemekte, geçerli fesih için ayrıca işçinin fiziki veya mesleki yetersizliğinin yahut da işletme gereklerinin varlığı aranmaktadır³⁹. Esasen Yargıtay'ın emekliliğe hak kazanmanın yanında aradığı *somut verilere* fesih bildirimlerinden ve dolayısıyla dosya münderecatından ulaştığı hallerde yapılan feshi geçerli kabul ettiği görülmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında, işçinin geçersiz sebeple fesih iddiasına karşı davalı işveren özelleştirme kapsamında olduklarından bahisle personel sayısının azaltılmasını öngören Bakanlar Kurulu kararları ve norm kadro uygulaması doğrultusunda yaşlılık aylığı hak kazanan personelin iş sözleşmelerinin feshedildiğini belirterek feshin geçerli olduğu savunmasında bulunmuş, ancak yerel mahkeme bu gerekçeyi uygun görmeyerek işçinin işe iadesine karar vermiş; Yargıtay ise mahkemece davacının en son çalıştığı ünite ve bu ünite de fesih tarihi itibarıyla çalışan personel sayısının tespit edilerek, bu sayı ile saptanan norm kadro durumunun karşılaştırılması ve davacı işçinin gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığının belirlenmesi gerektiğinden bahisle, yerel mahkeme kararını bozmuştur⁴⁰. Açıkça görülmektedir ki, emekliliği hak etmek ancak somut verilerle desteklendiği durumda fesih için geçerli sebep teşkil edecektir.

Yine aynı nitelikte bir fesih sebebini de Yargıtay geçerli kabul etmiştir. Şöyle ki; özelleştirmede hedefin ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalmayı sağlamak olması sebebiyle özelleştirme kapsamında bulunan davalı şirketin Bakanlar Kurulu kararı doğrultusunda yaptığı norm

³⁸ Yarg. 9. HD. 18.05.2004, 2004/578 E., 2004/12192 K., **Bilgili**, s. 74-75; benzer kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 08.11.2004, 2004/14826-25114; Yarg. 9. HD. 15.04.2004, 2004/6141-7644; Yarg. 9. HD. 18.05.2004, 2004/578-12192, **Günay**, s. 612

³⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 455; **Süzek**, Fesih, s. 127

⁴⁰ Yarg. 9 HD. 22.03.2004, 2004/5846-5621, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, s. 126-127

kadro çalışması ve bu çalışma sonucunda tespit edilen personel fazlalığı nedeniyle emekliliğe hak kazanan davacının hizmet akdini feshetmesinde geçerli sebep bulunduğu kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴¹.

Bunun gibi bir başka kararında da, davalı işverenin kendi bütçelerinin yatırım bütçesi içerisindeki payının giderek azalmış olması, inşa edilerek işletmeye açılan sulamaların % 88 oranında faydalananlara devredilmiş olması, iş makinelerinin eski ve ekonomik ömrünü bitirmiş olmaları, emanet işlerin maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle önceki yıllara oranla uygulamanın azalması, mevcut işçi sayısının ihtiyaçtan fazla olmasının iş verimini azaltıp maliyeti artırması gibi nedenlerle kuruluşun yeniden yapılandırılmasının gündeme geldiğini, bu amaçla mevcut işçilerden ilk etapta 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkının kazanmış olanlardan başlanmak üzere hizmet akitlerinin feshedildiği yönündeki savunmasını geçerli addetmiş ve davayı reddetmiştir⁴².

158 sayılı Sözleşmeden sonra aynı yıl içinde çıkarılan ILO Tavsiyeleri, uyulması zorunlu hukuk kaynakları niteliğinde olmamakla birlikte, ülke hukukları uygulamalarında karşılaşılan sorunların çözümünde yardımcı olma amacıyla hazırlanmış değerli belgelerdir⁴³.

Bu kararlarda da, emekliliğe hak kazanmanın fesih için geçerli sebep teşkil etmeyeceği zikredilmiştir. Bunun istisnasının ülkenin içi mevzuatının veya uygulamasının emekliliğe hak kazanmayı fesih nedeni olarak öngörmesinin oluşturacağı belirtilerek bu sebeple yapılan fesihlerin iç mevzuat uyarınca geçerli bir sebep olarak kabul edilebileceğine imkan tanımıştır⁴⁴.

Yargıtay'ın emekliliğe hak kazanmanın tek başına geçerli sebep teşkil etmeyeceği yolundaki kararlarının temelinde, *yaşlılığın etkilerinin* kişiden

⁴¹ Yarg. 9. HD. 04.12.2003, 2003/19328-20055, İHSGHD, 1/2004, s. 664-665

⁴² Yarg. 9. HD. 29.01.2004, 2003/23159 E., 2004/1418 K.; TÜHİS, Mayıs 2004, s. 54-55

⁴³ Çelik, İş Güvencesi, s. 35

⁴⁴ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s. 160

kişiyeye değişebilecek bir kavram olduğu gerçeği ve ancak bu hususun işletmede olumsuzluk yarattığının somut olarak tespiti yahut da başkaca somut verilerle desteklenmesi halinde geğerli sebep olarak kabul edilebileceği dūřuncesi yatar. Esas itibariyle, işçinin yetersizliğini tespit etmeksizin fesih yoluna gidilmesi işveren ağısından netice vermeyecektir. Iřçinin iři yerine getirmesinde belirleyici husus işçinin yeteneklerinin ve özelliklerinin iř sözleşmesi ile üstlendiği iřin ifasını olanaksız kılmasıdır⁴⁵.

b- Yaş Haddi

Emekliliğe hak kazanma olgusunun yanında, *işçinin yaşının* da geçerli sebep teşkil edip etmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Ekonomi, uygulamada personel yönetmeliklerine işçilerin 60 veya 65 yaşını doldurduğunda iş sözleşmelerinin sona erdirilebileceğine dair konulan hükümlerin, *rasyonel bir çalışma düzeni kurmayı* ve işçilere yükselme şansını amayı amaçladığından bunlara dayalı olarak yapılan fesihlerin işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli bir fesih olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁶. Ancak, elik ve Günay bu hususu kabul etmemekte, işçinin belirlenen yaşa gelip de işi görmede yetersizlik göstermeye başlaması halinde ancak geçerli bir fesih nedeninin olacağını belirtmektedirler⁴⁷.

Nitekim Yargıtay bir kararında, davacının 67 yaşını doldurmuş olması ve bu yaşın da çalışmak için gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshedilmesini geçerli bulmamış; davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte hizmetine ihtiyaç duyulduğundan, bunun yanında davacının verimsizliği de iddia edilmediğinden işçinin iadesine karar vermiřtir⁴⁸.

Buna karşılık, Yargıtay'ın davalı kamu kuruluşunun bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik nedenlerle *53 yaşını doldurmuş* ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin iş sözleşmelerini feshetme

⁴⁵ Güzel, s. 45

⁴⁶ Ekonomi, s. 8

⁴⁷ elik, Iř Hukuku II, s. 197 ve Günay'a ilişkin olarak, dn. 56

⁴⁸ Yarg. 9. HD. 10.11.2003, 2003/18926-18920

yoluna giderek genel bir uygulama yapmasını, *kamu kuruluşlarında da fazla işçi çalıştırılmasının* bilinen bir gerçek olması ve çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alımının da yapılmamış olması da göz önünde tutularak, geçerli bir fesih olarak kabul etmiştir⁴⁹.

Alman Federal Mahkemesi, 65 yaşına ulaşan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde bu hususu geçerli bir sebep olarak değerlendirmemiştir. Ancak, yaş haddi işin özelliğinden ötürü önemli ise yaş sınırı fesih sebebi olarak geçerli olacaktır⁵⁰. Kanaatimce, yaş haddinin geçerli sebep teşkil edip etmemesinde kişinin mesleğinin kriter alınması gerekliliğinin yanında işletmenin işgal konusunun da önem arz edeceği düşüncesindeyim. Nitekim, Erdemir, Botaş gibi ağır sanayi kuruluşlarında, bilhassa dikkat gerektiren üretim hatlarında, belli bir yaş haddini geçen işçinin çalışması işletme için risk teşkil edecektir. Bu itibarla, özellikle performans düşüklüğü ve benzeri zaafiyetleri ispatlama zorunluluğunda bulunmaksızın, belli yaşın üzerinde çalışanların konsantrasyon ve dikkat eksikliğinin daha fazla olacağı düşünüldüğünde işletmeyi ve dolayısıyla risk teşkil eden yerlerden ötürü insan hayatını tehlikeye düşürmemek adına *belli bir yaş haddini doldurmanın* geçerli bir sebep olarak kabul edilmesi doğru olacaktır.

c- Hastalık Ve Kaza Halleri

Yasa'nın gerekçesinde belirtildiği üzere, kural olarak *hastalık ve kaza* nedenlerinden ötürü uzun süren istirahatın geçerli fesih nedeni olduğu kabul edilmektedir. Ancak istirahatın geçerli sebep teşkil etmesi ancak işin normal işleyişini bozması halinde mümkün olacaktır. Başka bir deyişle, hastalık yahut da bunun gibi kaza hallerinde işçinin bu durumu ile yapmakta olduğu iş arasında illiyet aranması gerekecektir.

⁴⁹ Yarg. 9. HD. 29.01.2004, 2003/23159 E., 2004/1418 K., İHSGHD, 3/2004, s. 1056-1057; aynı doğrultuda kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 23.10.2003, 2003/18090-17878, İHSGHD, 1/2004, s. 188-190

⁵⁰ **Mustafa Kılıçoğlu**, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul: Ayhan Yayıncılık, 2005, s. 136

Bu hususta İş Yasası'nda bir düzenleme yapılmıştır. Yasa'nın 18. maddesinin (f) fıkrası uyarınca, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık geçerli bir neden oluşturmaz. Söz konusu hükme göre ise, (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar. Başka bir deyişle, haklı fesih oluşturmayacak süreler zarfında yapılan fesihler geçerli sebep teşkil etmeyecektir⁵¹.

Buna karşılık, uzun süren bir hastalık olmamakla birlikte, işçinin sık sık hastalanması söz konusu ise ve bu durum da iş görme borcunu ve işyerinin işleyişini olumsuz etkiliyorsa, bu halde işveren bu durumu geçerli olarak kabul edilebilecek bir fesih nedeni yapabilecektir⁵². Esas itibariyle çalışanın hastalığı, kendisinin görevi olan işlerin aksamasına neden olur. Sağlık problemi devamlılık arz eden işçi kendisini işine veremez. Bu durum bir kısım yükün diğer çalışanların sırtına binmesine sebep olacak yahut da işverenin yeni bir işçi alınmasını gerektirebilecektir. Kanaatimce de sık sık hastalanmalar, farklı sebeplerle istirahatlar ve hatta işe geç gelmeler fesih için geçerli sebep teşkil edecektir.

Alman Hukuku'nda, hastalık ve kaza gibi durumlar ile iş yükü, işletmenin büyüklüğü, istirahatın yahut da rahatsızlığın temelindeki öğeleri (iş kazası, tehlikeli spor yaparken yaralanma gibi durumlar) ayrı ayrı değerlendirip, iş ve işletmeye etkilerinin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir⁵³. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, hastalığı nedeniyle iş verimi azalan işçinin hizmet akdinin feshini geçerli bir fesih olarak kabul etmiş⁵⁴; bir başka kararında da işçi hizmet akdinde belirtilen yükümlülüklerini uzun süren

⁵¹ **Süzek**, İş Hukuku, s. 453; belirtilen sürelerin geçmesini beklemeksizin, hastalığın altı hafta sürmüş olmasının geçerli bir fesih sebebi sayılacağı görüşü için bkz. **Ekonomi**, s. 9

⁵² **Mollamahmutoglu**, s. 561; **Süzek**, İş Hukuku, s. 453; **Ekonomi**, s.9

⁵³ **Kılıçoğlu**, s. 132

⁵⁴ Federal Alman İş Mahkemesi, 26.09.1991, 2 AZR 132/91, MESS, s. D11/002

hastalığı nedeniyle yerine getiremediği takdirde, işyerindeki iş akışının ve üretimin ciddi anlamda etkilenmesi şartı aranmadan, yetersizlikten kaynaklanan feshin uygulanabileceğini ifade etmiştir⁵⁵.

3- İşçinin Mesleki Yetersizliği

İşçinin mesleki yetersizliği kural olarak fesih için geçerli sebep teşkil eder. Bu çeşit yetersizlikten işçinin mesleki yönüne ile ilgili olan verim düşüklüğü yahut da işin tatminkar şekilde ifasında mevcut yetenek eksikliğini anlamak gerekir. Bir başka deyişle, işçi gerekli mesleki niteliklerine rağmen gerektiği kadar çalışmıyorsa; dinamizm, inisiyatif kullanma, çabuk karar alma gibi konularda eksiklikler gösteriyorsa mesleki yetersizliğe dayalı geçerli bir fesih sebebi var sayılır⁵⁶. Bunun gibi işçinin yaptığı işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendini geliştirmede yetersizliği, işe yoğunlaşmanın ve dikkatinin azalması mesleki yetersizlik kapsamına dahil olur; daha bilinen bir ifade ile verim ve performans eksikliğine dayalı geçerli bir fesih nedeni oluşturur⁵⁷. Bunun yanında, işyerinde uygulanacak bilimsel ve teknolojik değişim ve yeni yöntemlere adaptasyon sağlayamayan işçinin de iş sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilebilecektir⁵⁸.

Anlaşılan o ki, hukuki olmaktan öte işletmecilikle ilgili bir kavram olan *performans ve verimlilik kriterleri*, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğü ile bu bağlamda çok ciddi öneme haiz olmuşlardır. İş ilişkisi sürecinde, işçinin performansını, iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi oluşturur. İşin verimliliğini ise, birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi belirleyecektir. Ancak performans kriteri esas itibarıyla işçiye bağlı olsa da, verimlilik tek başına işçinin belirlediği bir sonuç olmayıp; işverenin iş organizasyonu da işçinin kendisi kadar öneme

⁵⁵ Federal Alman İş Mahkemesi, 28.02.1990, 2 AZR, 401/89, MESS, s. D11/002

⁵⁶ **Süzek**, İş Hukuku, s. 455; **Mollamahmutoğlu**, s. 561

⁵⁷ **Mollamahmutoğlu**, s. 561; **Süzek**, İş Hukuku, s. 455; **Süzek**, Fesih, s. 126-127

⁵⁸ **Süzek**, Fesih, s.126-127; **Süzek**, İş Hukuku, s.455

haizdir. Bu nedenle performans ve verimliliğin tek başına işçiye dayalı olarak ölçülmesi her daim adil sonuç vermeyecektir⁵⁹.

Bu itibarla, verim ve performans eksikliğinin geçerli sebep teşkil etmesi için çeşitli ölçütlerin kullanılması zorunludur. Ancak, kullanılacak ölçütlerin de bilhassa o işyerine özgü olması; aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı bulunması gerekir⁶⁰. Belirtmek gerekir ki, kişinin performans eksikliğinde hakim işverenin benimsediği performans ölçme sistemini değil, onun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, bir başka deyişle benzer işi yapanlar arasından daha az verimli olup olmadığını araştıracaktır⁶¹.

Keza, performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalı, aynı zamanda mevzuat hükümlerine aykırı uygulamalara sebebiyet vermemelidir. Örneğin, hafta tatilinin kullanılmamasına, Yasa'nın belirlediği sınırdan fazla mesai yapılmasına sebebiyet verecek ölçütlere aykırılık, bu nedenle yapılan feshi geçersiz kılacaktır. Ayrıca, performans ve verimliliğin yükseltilmesine yönelik hedeflere ulaşılmaması da tek başına feshi geçerli kılmayacak, ancak kişinin kapasitesi yeterli olup da gerekli gayreti göstermiyorsa geçerli neden teşkil edecektir⁶².

Yargıtay, performans ve verim eksikliğine ilişkin olarak verdiği kararlarda yukarıda bahsedilen ölçütleri ortaya koymaktadır. Davacının, verim ve performansla ilişkin olarak davalı işverenin subjektif ölçütler koyduğundan bahisle açmış olduğu işe iade davasında, davalı işveren davacının son bir yılda diğer işçilere göre verimsiz çalıştığını belirtmiş; yapılan uyarı ve sonrasında işçinin daha fazla gayret göstereceğini belirtmesine rağmen, ışık işlem talimatnamesinde normalde 201 saniyede yapılması gerektiği belirtilen işi, hiçbir emre dayanmadan çevrim kontrol panosunda 24 saniye yavaşlatması ve bu nedenle üretimi %11,9 oranında düşürmesinden ötürü, 18. madde kapsamında işçinin iş sözleşmesini feshettiğini bildirmiş; diğer

⁵⁹ Bilgili, s. 67-68; Uçum, s. 146

⁶⁰ Bilgili, s. 68

⁶¹ Günay, s. 588; Süzek, İş Hukuku, s. 456

⁶² Uçum, s. 147; Bilgili, s. 68-69

işçilerin vardiya performansı çizelgesi, talimat, zaman etüd formu, fırınlarla ilgili çizimleri ek olarak sunmuştur. Yargıtay, tanık anlatımlarına istinaden kurulan hükmün hatalı olacağını, keşif incelemesi yapılarak teknik bilirkişi raporu ile yaptırılan işin standartlara uygun olup olmadığına, uygun ise davacının performansının aynı işi yapanlara göre performans düşüklüğü gösterip göstermediğinin, performans eksikliği varsa bunun geçici mi daimi mi olduğu ve bunun sonucunda bir üretim düşüklüğü meydana gelip gelmediğinin saptanması gerektiği, bu hususların değerlendirilerek feshin geçerli olup olmadığına karar verilmesinin adil olacağını, zikretmiştir⁶³.

Bunun gibi performans düşüklüğünden bahisle yapılan feshe karşı açılan bir davada, Yargıtay, işverence ilk kademe yöneticilik seminerine katılması sağlanan işçinin o tarihlere kadar performans düşüklüğü ileri sürülmediğinden ve hatta yöneticilik vasfı kazanması için yetiştirilmesi uygun görüldüğü anlaşıldığından, yapılan feshi geçersiz saymış ve işçinin işe iadesine karar vermiştir⁶⁴.

Değnilmesi gereken bir başka husus da, işçinin yetersizliğine ilişkin uyarılması gerekip gerekmemesidir. ILO'nun 166 sayılı İşverenin Girişimiyle İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiyesi'nin 8. maddesine göre mesleki yetersizliği nedeniyle işten çıkarılabilmesi, işverenin uygun talimatına ve yazılı olarak usulünce uyarılmasına rağmen işçinin kendisini düzeltebileceği makul süre sonunda tatminkar bir çalışma tarzına sahip olamamasına bağlanmıştır⁶⁵.

Bu halde, işçinin salt verimsizliği sebebiyle iş sözleşmesi feshedilemeyecek; işverenin ayrıca savunma alması ve 166 sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda makul bir süre tanınması uygun olacaktır. Ancak bu da her halükarda değil, işçinin verimsizliğine yol açan eksikliğini

⁶³ Yarg. 9. HD. 24.06.2004; 2004/3740-15625, **Günay**, s. 607

⁶⁴ Yarg. 9. HD. 21.09.2004, 2004/14915-19529; benzer karar için bkz. Yarg. 9. HD. 20.11.2003, 2003/19273-19613

⁶⁵ **Mollamahmutoğlu**, s. 562

giderebileceğinin mümkün görüldüğü durumlar için geçerli olacaktır⁶⁶. Kanaatimce de işveren geçerli nedenle fesih hakkını kullanırken iyi niyetle hareket ettiğini ortaya koymalı; feshi en son çare olarak düşündüğünü işçiye savunma ve kendisini düzeltmesi amacına yönelik olarak uygun bir süre vererek göstermelidir.

Bu hususta Yargıtay'ın bir kararında, davalı işverenin, davacı işçinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin yazısında, daha önceki yıllarda defalarca yazılı olarak uyarılmasına rağmen rahatsızlığından bahisle randımanlı çalışmadığı, münhal kadronun da bulunmadığından bahisle işine son verildiği iddiasına karşılık, davacı işçinin feshin bu sebeple değil, davalı işverene karşı açmış olduğu tazminat davasından ötürü yapıldığını iddia ettiği anlaşılmış olup; dosyadaki bilgi ve belgelerin tetkikinden gerçekten de açılan bir tazminat davası olduğu ve davalı işverenin de öncelikli olarak işverene karşı dava açmış olanların iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmış; kaldı ki işçinin randımansız olarak çalıştığından bahisle yapılan feshin geçerliliği için işçinin performansına ilişkin ölçüleme sistemini yeterli açıklıkta mahkemeye ibrazı ve belgelemesi gerekmesine rağmen bu hususu davalı işverenin gerçekleştirilmemiş olduğu; bunun yanında, davacının savunmasının alınmadığı gibi yapılan herhangi bir uyarı da bulunmadığı anlaşılmış olduğundan, feshin geçersizliğine karar verilmiştir⁶⁷.

Nitekim İngiliz Hukuku'na göre, yetenek kaidesine dayanarak yapılacak fesihden önce, işveren için normal olan gerekli bir dizi uyarıyı gerçekleştirmek ve çalışanın düzelmesi için fırsatlar temin etmek gerekmektedir. Ayrıca, çalışanın yeteneğine ilişkin tereddütlerin bulunması halinde, çalışan bu tereddütlerin belgelendirildiği bir toplantıya çağrılacak ve performansının geliştirmesi için atması gereken adımlar ve bunun için uygun olan bir takvim ortaya konacaktır. Çalışanın kendisinden istenen gelişmeyi göstermemesi

⁶⁶ Çelik, İş Güvencesi, s. 35, Mollamahmutoğlu, s. 562

⁶⁷ Yarg. 9. HD. 2003/19529-20591 sayılı kararıyla onanmış olduğu Ankara 5. İş Mahkemesi'nin 08.09.2003, 2003/1323-1525 sayılı kararı

halinde, disiplin anlamındaki uyarılar ve nihayetinde fesih ortaya çıkabilecektir⁶⁸.

B- İşçinin Davranışlarından Doğan Geçerli Nedenler

Yasanın gerekçesine göre işçinin davranışlarından doğan sebepler, İş Yasası m. 25'de belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları olarak ifade edilmiştir. Bu hallerin neler olabileceğine ilişkin örnekler (bu örneklere genel olarak geçerli sebepler kısmında değinilmiştir) hükümet gerekçesinde sayılmıştır. Ancak, Yasa'nın gerekçesinde belirtilen fesih nedenlerinin bazılarının yasanın 25. maddesinde belirtilen haklı fesih nedenleriyle örtüştüğü görülmektedir. Örneğin, gerekçede verilen arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işverene zarar vermek, gibi örnekler haklı nedenle feshe de neden olan davranış biçimleridir. Ancak, fiilin geçerli sebep mi yoksa haklı sebep mi teşkil edeceği hususunda bir derece farkı ortaya konmalıdır ki, bu da uyumsuzluğa konu olaya göre nedenin somut olarak ele alınması ile mümkün olacaktır⁶⁹. Bu itibarla, iki fesih türü açısından, ülke koşullarını ve olayın özelliği dikkate alınarak, işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında ölçülülük ilkesine uygun olarak bir oransızlık olmamasına dikkat edecektir⁷⁰.

Ulucan, haklı neden-geçerli neden ayrımını, *uyarı ile geçiştirilip geçiştirilmeyecek* düzeyde fiilin ağırlığı olarak ele almıştır⁷¹. Aynı yazarın değindiği bir federal mahkeme kararında da, olayın işverenin subjektif değerlendirilmesi değil, 3. kişilerce objektif olarak fesih nedeni olarak kabul edilebilecek özellikte olması gerektiği ifade edilmiştir⁷². Yine bir başka kararda da geçerli fesih nedeni, akla ve karşılıklı tarafların çıkarlarına aykırı

⁶⁸ Richard Nicolle-Rebecca Bennett, İngiliz Hukukuna Göre İş Sözleşmesinin Feshi, [HSGHD, 6/2005, s. 575

⁶⁹ Mollamahmutoğlu, s. 566; Uçum, s. 143; Süzek, İş Hukuku, s. 450; Çelik, İş Güvencesi, s. 28; Çelik, İş Hukuku II, s. 198; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s. 157

⁷⁰ Süzek, Fesih, s. 26

⁷¹ Ulucan, s. 50

⁷² Ulucan, s. 52-53 ve dn. 30

olmayan, onları dengeleyen, hakkaniyete uygun olarak kabul edilebilecek sebepler olarak belirlenmiştir⁷³.

Uçum ise, haklı neden-geçerli neden ayrımını, *kusurun ağırlığına* göre yapmakta ve ağır ve ciddi kusur içeren davranışları haklı neden olarak belirlerken, hafif kusurlu ancak hoş görülemeyen davranışları fesih için geçerli neden saymaktadır. Bunun gibi, örneğin alışkanlık haline gelmemiş ve süreklilik arz etmeyen gecikmelerin geçerli neden teşkil etmeyeceğini; bu gecikmelerin alışkanlık hale gelmesi halinde ancak geçerli fesih nedeni sayılacağını ifade etmiştir⁷⁴.

Süzek, geçerli neden-haklı neden ayrımını, taraflar arasında bulunması gereken *güven ilişkisinin sarsılması* veya güven temelinin çökmesi ölçütü ile belirlemiştir. Buna göre, taraflardan birinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışı sonucunda diğer taraf için iş ilişkisi çekilmez hale gelmişse, başka bir deyişle güven temeli çökmüşse, iş ilişkisinin haklı nedenle fesih hakkı doğacak; davranış iş ilişkisini çekilmez hale getirmemekle birlikte işin normal işleyişini bozuyorsa ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyorsa, geçerli fesih nedeni doğacaktır⁷⁵.

Doktrinde bu ayırım verilen çeşitli örneklerle somutlandırılmaya çalışılmıştır.

Buna göre;

Sağlık sebeplerine ilişkin olarak; işçinin kendi kastından ya da derli toplu olamayan yaşayışından, örneğin içkiye düşkünlüğünden kaynaklanan bir hastalık, yahut da sakatlığa uğraması halinde oluşacak devamsızlığın haklı neden teşkil edecek şekilde üç gün üst üste veya bir ayda beş gün olmayıp

⁷³ Ulucan, s. 57 ve dn. 43

⁷⁴ Uçum, s. 143

⁷⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 458; bu hususta kararlar için bkz. Süzek, Fesih, s. 130 ve dn. 214; Le Goff, s. 819-821; Ulucan, s. 52

da, üst üste iki iş günü veya ayda en fazla beş gün sürmüş olması durumu⁷⁶, bunun gibi işçinin izin almaksızın iş süresinin bitiminden önce işten ayrılması⁷⁷,

İş sözleşmesi yapılırken, esaslı noktalarda olmamakla birlikte yine de iş ilişkisinde olumsuzluk yaratacak şekilde eksik veya yanlış bildirim olması, örneğin iyi derecede yabancı dil bildiğini söylemiş olmasına rağmen, işin yürütümünü sağlayacak derecede olmaması⁷⁸,

İşverenin aleyhine şeref ve namusuna dokunacak nitelikte olmamakla birlikte sürekli olumsuz sözler söylemesi ve eleştiriler yapması⁷⁹,

Yine, işveren veya aile üyelerine olmamakla birlikte, işçinin, işverenin yakınlarına hakarete ve bu kişilerle ilgili asılsız ihbarlarda bulunması⁸⁰, amirleri ve iş arkadaşları ile sıkça ve gereksiz tartışmaya girerek ciddi geçimsizlik göstermesi⁸¹,

İşçinin görevini yerine getirmede yetersiz kalması yahut da eksik veya kötü yerine getirmesi⁸²,

İşçinin yedi gün yahut da daha az hapis gerektiren ceza görmesi⁸³,

İşçinin 30 günlük ücretinden daha az olan maddi zarar vermesi⁸⁴,

gibi durumlar geçerli sebep teşkil edecektir.

⁷⁶ Uçum, s. 144; Süzek, İş Hukuku, s. 462

⁷⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 463

⁷⁸ Uçum, s. 144-145; Süzek, İş Hukuku, s. 460

⁷⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 460

⁸⁰ Uçum, s. 145

⁸¹ Süzek, İş Hukuku, s. 461

⁸² Uçum, s.145; Süzek, İş Hukuku, s. 463

⁸³ Uçum, s. 145

⁸⁴ Uçum, s. 145; Süzek, İş Hukuku, s. 464

Geçerli fesih hakkının kullanılabilmesi için *kusurun varlığı* mutlak surette aranmaktadır. Bunun için, kusurun ihmale dayanması dahi yeterli görülmektedir. Ancak yine de işverenin güvenini sarsacak boyutlara ulaşmayan ve işyerinin işleyişini ve uyumunu olumsuz etkilemeyen işçinin hafif kusurlu davranışlarının geçerli sebeple feshe neden olmaması gerektiği düşüncesi kabul görmektedir⁸⁵.

Gerçekten de işçinin davranışının fesih için geçerli neden teşkil etmesi için, işçinin kusurun aranması zorunlu olmakla birlikte, işyerini ve çalışma ortamını bozmayacak şekilde hafif kusurların ve bu arada ihmallerin geçerli neden oluşturulmaması gerektiği düşüncesindeyim. Nitekim, karşılıklı borç ilişkisi içinde taraflar işin gereği itibarıyla oluşabilecek olumsuzlukları tolere etmelidirler. Esasen, bu tür ihmal ya da kusurlar hafifi tedbirlerle geçiştirilebilir. Kaldı ki bu durum güven ilişkisini de bozmayacaktır.

Kuşkusuz geçerli fesih nedenleri, öncelikle iş sözleşmesine aykırı davranışlardan kaynaklanır. Ancak, iş bu nedenler sadece işçinin iş sözleşmesine veya iş görme borcuna aykırı davranışları ile sınırlı değildir. Kusurlu davranışın işyeri ile ilgisi olsun olmasın, iş ilişkisi içinde huzursuzluğa yahut da olumsuzluğa sebebiyet vermesi de geçerli nedenle feshe olanak tanıyabilecektir⁸⁶. Buna mukabil işçinin sosyal açıdan olumsuz davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılmayacaktır⁸⁷.

Gerçekten de Alman Hukukunda belirtildiği üzere, işçi üstlendiği hizmet edimini artık gereği gibi yerine getirmemeye başlarsa, iş ilişkisi öze ilişkin içeriğini yitirmiş olur; bu durumda akdin de feshi gerekir. Nitekim Feshe Karşı Koruma Kanunu, ne işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmaya ne de

⁸⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 459; Uçum, s. 143

⁸⁶ Mollamahmutoğlu, s. 561; Süzek, İş Hukuku, s. 456; Uçum s. 143; Güzel, s. 54; Ekonomi, s. 10

⁸⁷ Mollamahmutoğlu, s. 562

işsizliğin önlenmesine yönelik bir araç değildir. Sadece işçilerin gereksiz yere işten çıkarılmasını önlemeye çalışan bir düzenlemedir⁸⁸.

Alman Hukuku'nda, işçinin iş ya da işyerindeki davranışı ile iş ilişkisini somut olarak ihlal ettiği durumlarda, örneğin işyeri dışında işlemiş olduğu suçun işyerinde işinin aksamasına sebep olması halinde, geçerli bir fesih nedeninin olduğu kabul edilir⁸⁹. Bunun gibi, işçinin özel borçları özel yaşama ilişkin olmakla birlikte, işyerine işçiye ilişkin gönderilen hacizler süreklilik arz ediyor ve bu da muhasebenin iş yükünü artırıyor ise geçerli fesih nedeni sayılabilecektir⁹⁰.

Gerekçe ve doktrinde verilen örneklerin yanında özel amaçlarla işyerinde e-mail göndermek, işyerinin fotokopi, faks, scanner gibi araç ve gereçlerini kullanmak, izin almadan amirlerinin kişisel evraklarını karıştırmak, bilgisayarlarını kullanmak, iş arkadaşlarını sözlü ve psikolojik ve hatta fiziksel anlamda baskı altında tutmak (mobbing), istirahat raporlarını vaktinde işverene ulaştırmamak, iş arkadaşlarını gereksiz yere meşgul etmek, cinsel içerikli konuşmalar yaparak rahatsız etmek, sigara içme yasağını ihlali gibi hallerde de geçerli sebeple fesih yapmak imkanının mümkün olduğu, gerek yabancı mahkeme kararları ve gerekse de Yargıtay'ın verdiği kararlarla sabit olmuştur.

Alman Mahkeme Kararlarından örnek vermek gerekirse;

Yargı organı, işçinin, gelecekte çalışacağı işyeri ile şimdiki işyeri arasında rekabet doğuracak faaliyetler için hazırlık çalışması yapmasını⁹¹,

İşçinin işyerindeki amirlerine ve çalışma arkadaşlarına e-mail yoluyla içeriği uygun olmayan, işyerinin imajını zedeleyecek bir yazı gönderen

⁸⁸ Tuncay, s. 6

⁸⁹ Güzel, s. 58; Kılıçoğlu, s. 141

⁹⁰ Güzel, s. 58, Kılıçoğlu, s. 141

⁹¹ Federal Alman İş Mahkemesi, 26.01.1995; 2 AZR 355/94, MESS, s. D211/002

çalışanın hizmet akdinin feshini⁹²; bunun yanında işverenin mesai saatleri içinde özel amaçla e-mail kullanma yasağı koymuş olmasına rağmen buna uyulmamasını⁹³,

İşçinin yaptığı işi sürekli olarak kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesini⁹⁴,

İşçinin, arkadaşlarının personel dosyalarına veya maaş bordrolarına izinsiz olarak bakmasını⁹⁵; yine bilgisayardaki gizli listeyi yetkisi olmadığı halde kontrol etmesini⁹⁶,

Çalışma saatleri içinde özel işlerini yapmasını⁹⁷; keza özel işlerin yanında özel konuşmalar da yapmasını⁹⁸,

Sık sık işe geç gelmeyi⁹⁹,

Uzun süreli ve sık telefon görüşmelerini¹⁰⁰,

İşyerinde sigara içme yasağına aykırı davranışını¹⁰¹,

Üstüne yahut da işverene karşı haysiyet kırıcı laflar sarf etmeyi¹⁰²,

İşyerindeki kadın ve erkek arasındaki sevgi ilişkilerinin (cinsel olmayan) ciddi rahatsızlıklara sebebiyet vermesini¹⁰³,

⁹² Wiesbaden İş Mahkemesi, 25.07.2002, 3 Ca 33/01; MESS, s. D212/001

⁹³ Hessen Bölge İş Mahkemesi, 04.07.2002, 5 Sa 987/01, MESS, s. D2115/001

⁹⁴ Federal Alman İş Mahkemesi, 21.11.1985, 2 AZR 21/85, MESS, s. D215/001

⁹⁵ Marburg İş Mahkemesi, 27.05.1994, 2 Ca 514/93, MESS, s. D2119/001

⁹⁶ Köln Böl. İş Mah. 29.09.1982, DB 1983, 124; Schleswig-Holstein Böl. İş Mah. 15.11.1989, DB1990, 635, **Kılıçoğlu**, s. 146

⁹⁷ Berlin İş Mahkemesi, 27.03.1980, 12 Ca 3/80, MESS, s. D2116/001

⁹⁸ Federal İş Mahkemesi, AP Nr 22 Bert VG İşyeri Düzeni Hakkındaki Kanun - m. 102'ye yönelik kararı, **Kılıçoğlu**, s. 145

⁹⁹ Frankfurt İş Mahkemesi, 08.07.1998, 7Ca 9124/97, MESS, s. D218/001

¹⁰⁰ Niedersachsen, 13.01.1998, BB 1998, 1112, **Kılıçoğlu**, s. 145

¹⁰¹ Dusseldorf Bölge İş Mahkemesi, 17.06.1997, DB 1998, 376, **Kılıçoğlu**, s. 145

¹⁰² Federal İş Mahkemesi, E 37, 387/397; Köln Bölge İş Mahkemesi, 29.04.1987, DB 1987, 2209, **Kılıçoğlu**, s. 145

¹⁰³ Dusseldorf Bölge İş Mahkemesi, 04.02.1969, DB 1969, 667, **Kılıçoğlu**, s. 146

Geçerli sebep olarak kabul etmiştir.

Yargıtay da yasanın yürürlüğü ile beraber vermiş olduğu kararlarda fesih için geçerli sebep oluşturabilecek davranışlara ilişkin somut davranış biçimlerini ortaya koymaya başlamıştır.

Örneğin, davacının asli görevlerinden olan eğitim semineri vermek görevini önce yapmayacağını bildirmesini, işverenin ihtar niteliğindeki yazısından sonra bu semineri vermeye itiraz etmemesine rağmen seminer için duyuru yapılan tarihten iki gün önce aldığı raporu seminerden önceki tarihte işverene ve ilgililere bildirerek tedbir alınmasını sağlaması gerekirken, seminerin yapılması gereken gün geçtikten sonra işvereni bilgilendirmesini ve bu konularla ilgili savunması istenildiğinde, savunma yerine raporunu yeniden ibraz etmek ile yetinmesini, Yargıtay, *profesyonellik, çağdaş çalışma ilkeleri ve prensipleri ile bağdaşmadığından* bahisle, fesih için geçerli neden saymıştır¹⁰⁴.

Bunun gibi Yargıtay, güvenlik görevlisi olan davacının delil olarak sunulan talimat uyarınca, saat 22.00'dan itibaren çeşitli yerdeki saatleri kurduktan sonra bir dahaki saat kurmaya kadar kapıdaki bekçi kulübesinde bulunması zorunlu olmasına rağmen, mevcut tutanaklar ve dinlenen tanık ifadelerine istinaden bulunması gereken görev yerini terk edip personel odasında televizyon seyretmesini, işyerini korumasız bırakmak suretiyle işveren tarafından verilen görevi gereği gibi yapmama olarak görmüş ve yapılan feshin geçerliliğine karar vermiştir¹⁰⁵.

Yine, davalı işverene ibraz edilen 3 ayrı istirahat raporundan ikisinin doktor imzasına havi ve davacının el ürünü olmadığı sabit ise de, davacının kullandığı ve işverene ibraz ettiği bu istirahat raporları verildiği belirtilen SSK hastaneleri kayıtlarında bulunmadığından, ayrıca da ibraz edilen ve işverene

¹⁰⁴ Yarg. 9. HD. 04.03.2004, 2004/1389-4190, TÜHİS, Mayıs 2004, s. 58-60

¹⁰⁵ Yarg. 9. HD. 08.12.2003, 2003/19608-20354, İHSGHD, 1/2004, s. 658

karşı kullanılan bir raporun da sahte olduğu anlaşıldığından, yapılan feshi geçerli sayılmıştır¹⁰⁶.

Yargıtay bir başka kararında da, davacının görevi gereği vardiya çıkışı evine bırakması gerektiği kadın işçiye *araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konularında sözler söylemes*” nedeni ile soruşturma açılıp, savunmasının alındığı; davacı ve kadın işçinin hem yazılı hem de Disiplin Kurulu huzurunda sözlü beyanlarının alındığı, söylenen sözlerin adap ve muaşeret kuralları ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı, somut olayda araç içinde tanık bulunmamasının da sonuca etkili olmadığı, nitekim davacının da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul ettiği anlaşıldığından, davacının görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı işçiye sözlü sataştığı sonucuna varmış ve bu itibarla yapılan feshi geçerli kabul etmiştir¹⁰⁷.

Ayrıca, işçinin yapılan işe ve işverene hakaret ettiğinin iddia edildiği bir olaya ilişkin bir kararında, davalı tanığının, davacının çay molası verildiği bir sırada ulu orta bağıarak, herkesin duyacağı biçimde, “böyle işi sinkaf ederim” diye sözler sarf ettiği ve kendisini tanığın uyarmasına rağmen ağza alınmayacak şekilde küfürlü konuşmaya devam ettiği, şeklindeki beyanına karşı, davacı tanığının, davacının küfür ettiğini duymadığı ancak güvenlik görevlisinin gelerek “sen ne biçim konuşuyorsun, işverene hiç bu şekilde hitap edilir mi” şeklinde sözler söylediğini duyduğunu beyan ettiğinden, her ne kadar işveren ve işçisine sataşma eylemi sabit olmasa da, yine de bir takım sözlerin söylendiği aşikar olduğundan ve bu durumun da *işyerindeki çalışma düzenini bozacak nitelikte görüldüğünden*, davalı işverenin feshi geçerli sebeple yaptığını ispat ettiğine karar verilmiştir¹⁰⁸.

Davacının aynı işyerinde çalışan ve bankalara kredi borcu bulunan bir şef ve bir işçinin nakit ihtiyacını karşılayabilmeleri için, kendi gişesinde satmak üzere aldığı biletleri, gişe talimatına aykırı olarak, tutanak belge

¹⁰⁶ Yarg. 9. HD. 22.11.2004, 2004/20807-23839, İHSGHD, 6/2005, s. 766-768

¹⁰⁷ Yarg. 9. HD. 18.10.2004, 2004/6529-23507, İHSGHD, s. 3245-3246

¹⁰⁸ Yarg. 9. HD. 02.02.2005, 2004/32049 E. 2005/2901 K., İHSGHD, 6/2005, s. 718-720

düzenlemeksizin söz konusu işçilere verdiği, yapılan denetimde kendi gişesinde açık çıkması üzerine bu eylemi samimi şekilde kabul ettiği ve savunmasının da alınmış olduğu anlaşıldığından, yapılan fesih geçerli sayılmıştır¹⁰⁹.

Mesai bitiminde eve bırakılma sırasında işyeri servis aracında başka bir işçi ile tartışma sırasında karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği sabit olup, servis aracının da 4857 sayılı Yasanın 2. maddesinin 2. ve 3. bentleri uyarınca işyerinden sayıldığından, servis aracında gerçekleşen bu karşılıklı eylemler işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek nitelikte olup iş ilişkisini de etkilediğinden bahisle, yapılan fesih geçerli kılınmıştır¹¹⁰.

Bu arada Yargıtay'ın yapılan feshi geçerli kabul etmediği kararları da mevcuttur.

Örneğin, davalı işverenin davacı işçinin işyerinin disiplinini bozucu davranışlarından ötürü iş sözleşmesini feshettiği savunmasına karşılık, yerel mahkeme önce ağır ve ciddi kusur içeren davranışların haklı neden, ancak hafif kusurlu ancak hoş görülmeven davranışların geçerli nedenle feshe sebep olabileceği düşüncesiyle haklı neden-geçerli neden ayrımını ortaya koymuş, akabinde dinlenen davalı işveren tanıklarının davacı işçinin çalışma arkadaşlarını üstlerine karşı kışkırttığı ve disiplinsiz davranışlarda bulunduğu dair anlatımlarına rağmen, bu anlatımların soyut ve müphem olduğu ve somut olaylar ortaya koyamadıkları ve ne şekilde iş yerinde rahatsızlığa sebebiyet verildiği ispatlanamadığından bahisle feshin geçersizliğine karar verilmiştir¹¹¹.

Yine, bir başka kararında Yargıtay, işverenin, davacının hizmet sözleşmesinin aynı bölümde çalışan iş arkadaşlarına dondurma taşımakta yardım etmediği ve bu suretle emir ve talimatlara uymadığından feshedildiği

¹⁰⁹ Yarg. 9. HD. 27.05.2004, 2004/3640-13040, İHSGHD, 6/2005, s. 792-793

¹¹⁰ Yarg. 9. HD. 22.11.2004, 2004/19146-25836, **Günay**, s. 597-598

¹¹¹ Yarg. 9. HD. 02.03.2004, 2003/23851 E., 2004/4000 K. sayılı ilamı ile düzeltilerek onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin 19.11.2003 tarih ve 2003/80-89 sayılı kararı

gerekçesine karşılık; işçi için o göreve yönelik olarak görev değişikliği yapılmadığı gibi yapılması istenen işin de davacının görevine dahil olmadığından bahisle feshin geçersizliğine karar vermiştir¹¹².

Bunun gibi, ahçı olan davacı işçinin, müşterilerin yemeklerden şikayeti üzerine iş arkadaşları ile tartışmaya girmiş olmasından ötürü yapılan feshin, davacı hakkında şikayet olduğuna, görevi yapmadığına ve geçimsiz olduğuna dair bir belge ibraz edilemediğinden, tanık anlatımlarıyla verilmiş olan işe iadenin reddine dair yerel mahkeme kararını bozarak feshi geçersiz kılmıştır¹¹³.

Yargıtay bir kararında, davacının iş sözleşmesinin 25/2-h maddesi uyarınca feshedildiği, ancak olayda işçinin yapmakla görevli olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi hususunun gerçekleşmediği, bu durumda verilen görevi bir defa yapmamanın çalışma düzenini bozan işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹¹⁴.

Yine, somut olayda evli olan davacının işyerinde evli bir bayanla birlikte kaçması ve birlikte olması, işçinin davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan geçerli neden olarak öngörülmüştür¹¹⁵.

Her ne kadar verilen örneklerdeki yapılan davranışların her daim geçerli sebep oluşturduğu düşünülse de, bunların işyerinde olumsuzluklara yol açma zorunluluğunun yanında, uygulamalara ışık tutan 166 sayılı ILO Tavsiyesinde kabul edildiği üzere, davranışın en az bir defa daha tekrarlanması ancak bundan sonra geçecek makul bir süre içinde fesih hakkının kullanılması; ayrıca iş bu davranış için yazılı uyarının yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir¹¹⁶. Bu durum işverenin fesih hakkını iyi niyetle kullandığına da karine teşkil edecektir. Takdir edilmelidir ki, bu hususlar her halükarda değil,

¹¹² Yarg. 9. HD. 21.10.2004, 2004/5170-23766, **Bilgili**, s. 88-89

¹¹³ Yarg. 9. HD. 18.12.2003, 2003/20315-22148, TÜHİS, Şubat 2005; s. 59-60

¹¹⁴ Yarg. 9. HD. 09.12.2004, 2004/10604-27177, **Günay**, s. 594-595

¹¹⁵ Yarg. 9. HD. 31.01.2005, 2004/17355 E. 2005/2619 K., **Bilgili**, s. 90-91

¹¹⁶ **Çelik**, İş Güvencesi, 2003, s. 35; **Mollamahmutoğlu**, s. 562

kusurlu davranışa rağmen bu ve benzeri davranışı tekrarlamayacağı düşüncesiyle bir şans daha tanınmanın doğru olacağı durumlar için geçerli olur. Bu itibarla, güven ilişkisinin ciddi biçimde sarsılacağı, uyarı ve süre verilmesinin fayda sağlamayacağı düşünülen haller için ILO Tavsiyesi yönünde yol izlenmesi gerekmeyecektir.

Ayrıca, işçinin davranışlarına ilişkin olarak bunların olanak ölçüsünde belgelenmesi ve kayıt altına alınması; uyarıların işçiye yapıldığına dair işçinin imzasının alınması, kaçınması halinde durumun tutanakla tespitinin faydalı olacağı muhakkaktır¹¹⁷.

Nitekim, İngiliz Hukukunda da işçinin davranışları sebebiyle iş sözleşmesinin feshinde prosedüre yönelik takip ilkeleri belirlenmiş; işverene çalışanın uygun olmayan davranışlarının ve çalışanın kusurunun belirlenmesi için tam bir araştırma yapma zorunluluğu yüklenmiş, bir delile ulaşılması halinde de çalışanın iç yargılamaya katılımı sağlanarak, cevabını hazırlamak üzere kendisine makul bir süre verilmesi öngörülmüştür. Neticede tüm delillerin değerlendirilmesi sonucunda makul şüpheler oluşursa ancak geçerli sebebe dayanarak fesih gerçekleştirilebilmesine olanak tanınmıştır¹¹⁸.

III- İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler

A- İşletme Gerekleri Kavramı

İş sözleşmesini bildirimli olarak feshetmek isteyen işverenin dayanak kılacağı fesih nedenlerinden biri de İş Yasası'nın 18. maddesinde belirtildiği üzere, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesih nedenleridir. Kısaca işletme gerekleri olarak da adlandırılabilen bu fesih nedeninin ne olduğu hususunda Yasa herhangi bir kıstas vermemekte; ancak

¹¹⁷ Çelik, İş Güvencesi, s. 36

¹¹⁸ Nicolle-Bennett, s. 575

hangi hallerin geçerli neden oluşturacağı konusunda diğer ülke uygulamaları göz önünde tutularak oldukça fazla sayıda örnek sunulmaktadır.

Halbuki, örneğin Fransız Hukuku'nda feshin *gerçek ve ciddi* nedenlere dayanması aranmış; ekonomik nedenler başlığı altında toplanan bu nedenler ayrı bir bölümde düzenlenmiş ve feshi geçerli kılan ekonomik nedenlerin neler olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, ekonomik nedenli fesihler, ekonomik ve teknolojik değişimlere bağlı olarak çalışma olanağının ortadan kalkması veya işin nitelik değiştirmesi ya da iş sözleşmesinde esaslı değişiklik sonucu yapılan fesih olarak belirlenmiştir. Alman hukukunda ise işletme gerekleri açıkça yasada sayılmamış olmakla birlikte, fesih nedeni *kaçınılmaz işyeri gerekleri* olarak tanımlanmıştır¹¹⁹.

Her iki hukuk sisteminde de işletme gerekleri ile fesih için, *işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması* temel ölçüt olarak alınmıştır. İşçinin istihdamının devamına engel olan objektif durum ile fesih arasında nedensellik ilişkisi arandığından, işverenin herhangi bir objektif nedene dayanmayan işgücünü azaltma kararı geçerli bir fesih nedeni değildir. Bir başka deyişle, fesih için objektif bir neden yoksa fesih geçersizdir. Anlaşılan o ki, işletme gerekleri ile feshin amacı işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacının uyarlanması olmalıdır¹²⁰. Ulucan ise, Alman Hukuku'nu söz konusu yaparak, fesih sebebini, işyerinden doğan fesihlerde, işyerinde oluşan bir durumun, işçinin işyerinde çalışmasını zorunlu olarak engellemesi olarak tanımlamakta; söz konusu durumun işçinin görmekte olduğu işi ortadan kaldırıp kaldırmayacağına bakma ve işçinin başka şekilde çalışma olanağına bakılması şeklinde iki yönlü bir araştırmanın yapılmasını öngörmektedir¹²¹.

Türk Hukuku'nda da işletme gerekleri ile fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan, ekonomik güçlüklerle, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışma imkanının ortadan kalkması sonucunda

¹¹⁹ Engin, İşletme Gerekleri, s. 35

¹²⁰ Engin, İşletme Gerekleri, s. 35-36; Süzek, İş Hukuku, s. 444

¹²¹ Ulucan, s. 58

ortaya çıkan işgücü fazlasının iş gücü ihtiyacına uyarlanması olarak tanımlanabilir¹²². Başka bir anlatımla geçerli sebep, işyeri dışı veya işyeri içi bir sebebin doğması halinde işin daha az işçi ile yapılabilecek hale gelmiş olması halinde mümkün olacaktır¹²³.

Madde gerekçemizde de olduğu üzere, Alman Federal Mahkemesi'nin 1978 yılında verdiği bir kararla kabul edilen şema uyarınca, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler, işyeri içi ve işyeri dışı nedenler olarak ikili bir tasnif yapılmak suretiyle incelenmektedirler. İşyeri dışı nedenler, işverenin bir etki ve isteği olmaksızın ortaya çıkan ve işyerine olumsuz etki eden nedenlerdir. Bu nedenler, ancak, bir iş yokluğu veya azalmasına neden olduğu ve bu zorunlu iş azalması sonucunda işgücü fazlası ortaya çıktığı takdirde feshe yol açabilecektir. Bu halde örneğin, işyerinin kazanç ve verimliliğindeki gerileme işgücü fazlası yaratmıyorsa fesih için tek başına geçerli neden teşkil etmez. İşyeri içi nedenler ise, işverenin işletme ile ilgili kararına dayanan işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişimler sonucunda işgücü fazlasının ortaya çıkmasıdır. İşyeri dışı nedenlerden farkı, burada feshe neden olan olgu, işverenin kurucu işletmesel kararı ve bu kararın uygulanmasıdır¹²⁴.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde, işyeri dışından ve işyeri içinden kaynaklanan sebepler şu şekilde tasnif edilmiştir.

1. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler;

- a- Sürüm ve satış olanaklarının azalması,
- b- Talep ve sipariş azalması,
- c- Enerji sıkıntısı,
- d- Ülkede yaşanan ekonomik kriz,
- e- Piyasada genel durgunluk,

¹²² Çelik, İş Güvencesi, s. 31; Süzek, İş Hukuku, s. 444; Mollamahmutoğlu, s. 564; Le Goff, s. 870 vd.; Murat Engin, "İşletme Gereklere İle Fesih ve Ücretsiz İzin" (Yargıtay Karar Değerlendirmesi), İHSGHD, 2004/2, s. 538; Engin, İşletme Gereklere, s. 36

¹²³ Çelik, İş Güvencesi, s. 31

¹²⁴ Engin, İşletme Gereklere, s. 36-37

- f- İç ve dış pazar kaybı
- g- Hammadde sıkıntısı.

2. İşyeri içinden kaynaklanan sebepler;

- a- Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması,
- b- İşyerinin daraltılması,
- c- Yeni teknolojinin uygulanması,
- d- İşyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi,
- e- Bazı iş türlerinin kaldırılması.

Elbette örnek olarak verilen bu sebepler, konuların yargı önüne geldikçe daha somut olarak ortaya çıkması neticesinde artabilecektir.

Alman Hukuku'nda yapılan ayırimda ekonomik kriz, talep düşüklüğü, hammadde darlığı gibi haller işyeri dışı nedenler olarak sayılırken, işyeri içi nedenler sadece işverenin iradesi ile sınırlanmıştır. Engin'e göre bu tarz bir ayırım yanıltıcı olabilir. Nitekim finans güçlükleri, satış ve sürüm olanaklarının azalması gibi olgular işverenin doğrudan doğruya sorumluluğundan kaynaklanan, bu itibarla da işyeri içi olarak sayılabilecek nedenlerdir. Anlaşılan o ki, olguların işyeri içinden mi, yoksa dışından mı kaynaklandığının ayırt edilmesi oldukça güç ve hatta böyle bir ayırımın yapılması da lüzumsuzdur. Bu itibarla, işverenin iradesi esas alınarak, işletme gereklerini, işverenin iradesi dışında gerçekleşen işletme risklerinin yol açtığı ifayı kabul engelleri ve işverenin ekonomik takdirlerine dayanan yeniden yapılanma tedbirleri olarak iki ayrı grupta toplanması uygun olacaktır¹²⁵.

Esasen, madde gerekçesinde yapılan ayırım metodoloji olarak daha uygun düşmekte ve buna uygun konu aktarımı yapmakta fayda vardır.

¹²⁵ Engin, İşletme Gerekleri, s. 38

B - İşyeri Dışından Kaynaklanan Sebepler

Hükümet gerekçesinde işyeri dışı nedenlerin neler olabileceğine ilişkin yabancı ülke uygulamalarından örnekler verilmiştir. Ancak bu sebeplerin feshi geçerli kılması için işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız kılması aranmaktadır. Ulucan, Federal Mahkemenin daha önce oluşan ilkeler uyarınca vermiş olduğu bir kararda, işletme dışında oluşan nedenlerden, mesela siparişlerin azalması veya iş hacminin daralmasından, doğan sebepler nedeniyle yapılan fesihlerde, feshin işyerinin içinde bulunduğu durum açısından *kaçınılmaz* olması gerektiğinin vurgulandığını ifade etmiştir¹²⁶.

Nitekim, işletme, işyeri ve işe ilişkin olumsuz beklentilerin olması, örneğin ekonomik krizin her an patlak verebileceği, hükümetin aldığı önlemlere göre hammadde sıkıntısının yaşanabileceği gibi henüz gerçekleşmemiş; gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de kesinlikle bilinmeyen nedenler feshi geçerli kılmazlar. Nitekim, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, fesih tarihinde *davalı işverenin henüz zarar etmediği*, 2003 yılı ilk 6 ay karının önceki yıla göre azaldığı, bu azalmanın nedenlerinden birinin de kredi alacaklarının taksitlendirilmesi ve bir kısmından vazgeçilmesi olduğu, davalı işverenin, işçinin istihdam fazlası personel olduğu savunmasına karşı yönetim kurulunun fesih tarihine yakın tarihte alınan karar ile kendi bünyesindeki iştiraklerine personel alınmasına karar verdiği, davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte hizmetine ihtiyaç duyulduğu ve bu olgulara göre feshin, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden bir nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine karar vermiştir¹²⁷.

İşyeri dışı sebeplerin geçerli sebeple feshi mümkün olabilmesi için, örneğin ülkede baş gösteren ekonomik krizin söz konusu işletmeyi doğrudan olumsuz yönde etkilemesi, satışlarda, siparişlerde ve karlarda azalmaya yol açması, üretimin eskisi gibi sürdürülmesi olanağının ortadan kalkması gerekmektedir. Varsayılan işyeri dışı sıkıntıları, işletmenin satışlarında,

¹²⁶ Ulucan, s. 64 dn. 59

¹²⁷ Yarg. 9. HD. 10.11.2003, 2003/18919-18913, İHSGHD, 1/2004, s. 681-683

cirosunda veya karında geçici bir düşüş, işyerinin faaliyet ve üretiminde hafif bir azalma gibi geçici ekonomik güçlükler geçerli neden oluşturmamalıdır. Ayrıca, üretimin azalması işçinin gördüğü işi etkilemelidir. Üretimin kısılmasına rağmen işçinin gördüğü iş aynı düzeyde görülmeye devam ediyorsa, işyerinde bu işçiye hala ihtiyaç var demektir. Bu itibarla, işyeri dışı sıkıntıların geçici niteliği yapılan feshi geçersiz kılacaktır¹²⁸. Nitekim, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, davalı işverenin *ekonomik kriz nedeniyle* iş yoğunluğunun azalması nedenine dayalı savunmasına paralel olarak kadro azaltılması yoluna gittiği gerekçesine istinaden yerel mahkemenin de doluluk oranının %50'nin altında olmasına dayanak olarak işe iade talebinin reddi kararına karşı, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihin turizm sektöründe ölü sezon tabir edilen dönemin sonu olması, ayrıca da doluluk oranının da fesih tarihinden sonra giderek artması ve hatta davalı işverenin iş sözleşmesini feshettiği tarihin ertesi günü davacı işçinin çalıştığı departmana bir işçi alımı için internet aracılığı ile ilan verdiği anlaşılmış olup, gerçekten de işyerinde davacı işçi dışında işçi çıkarılıp çıkarılmadığının ve yeni işçi alınıp alınmadığının tespiti için gerekirse bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğinden bahisle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir¹²⁹.

Bunun gibi bir başka kararında davalı işverenin, işyerinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası hisse senetleri piyasasında faaliyet gösteren bir aracı kurum olduğu, genel olarak ekonomik krizden etkilendiği, özel olarak zarar ettiği ve bu nedenle İzmir Şubesi'ni kapattığı, fazla mesaiyi kaldırdığı, genel müdür dahil tüm personeli ücretsiz izne ayırdığı, bu itibarla da işletmenin işin gerekleri ve *sektördeki genel durgunluğa dayalı* bir fesih sebebi olduğu yönündeki savunmasına ve buna ilişkin belgeleri sunmuş olmasına ve hatta bu yönde 2 tanık dinletmesine rağmen, Yargıtay sektörel durgunluğu tek başına geçerli bir fesih sebebi olarak öngörmemiş; mahkemece işyeri

¹²⁸ Ömer EKMEKÇİ, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", İHSGHD 1/2004, s. 166; Süzek, İş Hukuku, s. 445-446

¹²⁹ Yarg. 9. HD. 17.05.2004, 2004/837-12071, İHSGHD, 5/2005, s. 345-346

kayıtları ve davalı işverenin İMKB kayıtları incelendikten sonra edinilecek sonuca göre karar verilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹³⁰.

Yargıtay'ın benzer bir kararında da, davacı işçinin iş sözleşmesinin *şirketin rekabet yeteneğinin korunması, ihtiyaç fazlası personelin azaltılması, maliyetlerin düşürülmesi* amacıyla geçerli olarak fesholunduğu savunmasına karşın, yapılan inceleme neticesinde teknolojik gelişmelere ayak uydurarak maliyetlerin düşürülmesi, rekabet gücünün artırılması gibi geçerli bir nedenin varlığı için *süreklilik gösteren düşük ve düşme eğilimli sonuçlar olması ve koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçların* geçerli neden için yeterli kabul edilmemesi gerektiğinden bahisle davanın kabulüne ve feshin geçersizliğine karar vermiştir¹³¹.

Buna mukabil, ekonomik güçlüğü işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırdığı ve yeni işçi alımının söz konusu olmadığı hallerde; bir başka deyişle ekonomik ve işletmesel değişimin işçinin o güne kadar yaptığı işin sürekliliğini ve özdeşliğini yitirmesine neden olduğu durumlarda¹³² işveren söz konusu işçilerin iş sözleşmelerini geçerli sebeple feshedebilir. Nitekim Yargıtay da, feshin geçerli olup olmadığını değerlendirirken işyerinde işgücü fazlası oluşup oluşmadığının araştırılmasını gerekli gördüğü bir kararında, "özelleştirme kapsamında bulunan şirketin Bakanlar Kurulu kararları doğrultusunda yapılan norm kadro çalışması ve bu çalışma sonucunda tespit edilen personel fazlalığı nedeniyle emekliliğe hak kazanan davacı işçinin hizmet akdini feshetmesinde geçerli sebep bulunduğu kabul edilmelidir, şeklinde karar vermiştir¹³³.

Federal Alman İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda da, iş yoğunluğunun azalmasının, belirli bir iş hacminin altına inilmesi nedeniyle

¹³⁰ Yarg. 9. HD. 17.06.2004, 2004/3313-15131

¹³¹ Yarg. 9. HD. 07.02.2005, 2004/28792 E., 2005/3244 K. kararı ile onanan, Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 15.09.2004, 2004/86-186 sayılı kararı; aynı nitelikte Yarg. 9. HD. 26.01.2005, 2004/30689 E., 2005/1523 K. kararı ile onanan, Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 15.09.2004, 2004/83-183 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 30.12.2004, 2004/14972-30048 kararı ile onanan, Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 27.10.2004, 2004/109-249 sayılı kararı

¹³² Engin, Ücretsiz İzin, s. 538

¹³³ Yarg. 9. HD. 04.12.2003, 2003/19328-20055, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 664-665

cironun azalmasının bir çalışanın hizmet akdinin işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerle sebeple feshine yol açabileceği, ancak bu durumda dahi iş mahkemelerinin *cirodaki azalmanın sürekliliğinin söz konusu olup olmadığı ve bu durumun işgücü sayısına ne ölçüde etkide bulunduğu* tetkik etmesinin gerekmesi; neticede ancak bu işçinin istihdamına ihtiyaç kalmamış olması halinde feshin mümkün olabileceğine karar vermiştir¹³⁴.

Engin, işyeri dışı sebepleri ifayı kabul engelleri olarak isimlendirmekte; bu engellere örnek olarak savaş, doğal afetler, yasaklayıcı hükümet tasarrufları, genel hammadde yokluğu, tekel konumundaki bir enerji dağıtım ağında meydana gelen arıza nedeniyle enerji yokluğu durumlarını göstermiştir. Bu örneklerin çoğaltılması mümkün olup önemli olanın herkes için geçerli objektif bir ifa imkansızlığı yaratmasıdır. Ülkemizde de sıkça ortaya çıkan bu durumlara örnek ekonomik kriz verilebilir. Nitekim, bu durum ani ve şiddetli biçimde ortaya çıkmakla ifa imkansızlığına götüren bir zorlayıcı neden veya en azından aşırı ifa güçlüğü yaratan bir sebep olmakla iş sözleşmesinin feshini geçerli kılabilecektir¹³⁵.

İfa imkansızlığı oluşturan zorlayıcı nedenlerin yanında, işverenin istek ve iradesi dışında ortaya çıkan işverenin ekonomik sıkıntı nedeniyle hammadde temin edememesi, satış ve sürüm olanaklarının azalması, makinelerde meydana gelen arızalar, işyerinde yangın çıkması, bakım ve onarım gibi nedenlerle işin durması gibi; işverenin basiretli davranmamasından; başka bir deyişle işverenin teknik kusurundan olmayıp hatalı tutumdan kaynaklanan işletme yönetiminde ve yürütümünde düzensizlik, üstlenilen aşırı yükler ve personel yapısındaki bozukluk gibi *umulmayan haller* de ifayı kabulde sıkıntı yaratacak sebepler olarak öngörülebilir¹³⁶.

Engin'e göre de, ifayı kabul engelleri *geçici nitelikteyse*, fesih geçerli sebep teşkil etmeyecektir. Nitekim, işçiye ve işletmeye ilişkin aksaklıklar her zaman ortaya çıkabilir; keza işveren işletme risklerini baştan itibaren göze

¹³⁴ Federal Alman İş Mahkemesi, 30.05.1985, 2 AZR 321/84, MESS, s. D31/001

¹³⁵ Engin, İşletme Gereklileri, s. 39-40

¹³⁶ Engin, İşletme Gereklileri, s. 40

olarak iş görmektedir. Ancak, ifayı kabul engelinin süreklilik kazanması halinde; örneğin ekonomik güçlükler nedeniyle üretimde düşme sürekli hale gelmişse ve işçinin başka şekilde çalışma imkanı yoksa, yukarıda bahsedilen şekilde ister zorlayıcı nedene dayansın, isterse de umulmayan halden kaynaklansın, yapılan fesih geçerlik kazanacaktır. Engin, işverenin kendi hatalı tutumundan, başka bir deyişle kendi risk alanından kaynaklanan bir nedene dayanarak fesih hakkını elde etmesinin nedenini, iş sözleşmesinin amacı ve objektif iyi niyet kurallarıyla açıklamakta; iş sözleşmesinin amacının işletme faaliyetinin yürütümü olduğu göz önünde bulundurularak, sözleşme ile yürütülen faaliyet arasındaki ilişkinin ortadan kalktığı hallerde, yani sürekli ifayı kabul imkansızlığında sözleşme konusuz kalmış olmasına, ancak kendiliğinden sona ermemesine, nitekim, sözleşmeye devam objektif iyi niyet kurallarına göre *beklenemez* hale geldiği gerekçesine dayandırmıştır¹³⁷.

Ancak bu halde dahi, işverenden ifayı kabul engeli yaratan olgunun üretime etkisine göre, işyerini ve işletmeyi yeni üretim zorunluluklarına uyarlayan bazı tedbirlerin almış olması beklenmekte; iki aşamalı olarak vereceği kararla birinci aşamada önce işletme risklerinin zorladığı yeni işletmesel koşullara uyum, ikinci aşamada da işçi sayısının alınan tedbir sonrasında ortaya çıkan iş gücü ihtiyacına uyarlanması yönünde işveren kararının alınmış olması gerekmektedir¹³⁸. Bu itibarla, örneğin işletme riski nedeniyle işverenin karının düşmesi veya zarar etmesi, üretim ve sürümde meydana gelen aksaklıklar, finans zorlukları, siparişte azalma, gibi olguların varlığı tek başına fesih için geçerli neden teşkil etmeyecek; işveren gerçekleşen işletme riskinin etkisini yansıtan örneğin işyerinin bir bölümünün kapatılması yahut da üretim bantlarının bir bölümünü devreden çıkarılması gibi, işletmesel karar almalı ve bu kararı uygulamalıdır¹³⁹.

¹³⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s. 46-47

¹³⁸ Engin, İşletme Gerekleri, s. 47; Le Goff, s. 878-879

¹³⁹ Engin, İşletme Gerekleri, s. 47

C- İşyeri İçinden Kaynaklan Sebepler

Hükümet gerekçesinde hangi hallerin işyeri içinden kaynaklanan geçerli sebep teşkil edeceğine ilişkin örnekler verdiğine değinmiştik. İşyeri içi sebepler, işverenin doğrudan işletmesel kararına dayanan işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişim sonucunda işgücü fazlasının ortaya çıkması olarak tanımlanabilir. İşyeri dışı sebeplerden farkı, burada işverenin kurucu işletmesel kararı ve bu kararını uygulaması ile feshine neden olan bir olgu oluşturmuş olmasıdır¹⁴⁰. İşverenin girişim özgürlüğüne dayanarak verdiği kararlar, işveren örneğin bir üretim bandını veya işyerinin bir bölümünü kapatabilir; faaliyet konusunu değiştirebilir ya da aynı ürün için farklı metot ve üretim araçlarını devreye sokarak teknolojik yenilenmeye gidebilir.

Nitekim, işveren işletmesini ekonomik bakımdan istediği yönde, en verimli, rekabet edebilir ve etkin üretim tarzını sağlayacak şekilde düzenlemek yetkisine sahiptir. Gerçekten kötü giden ekonomik durum, iş akitlerinin geçerli nedenle feshine yol açabileceği gibi gerçek bir ekonomik güçlük olmaksızın da işveren verimli çalışmak, rekabet yeteneğini korumak ve arttırmak amacıyla işletmesini yeniden yapılandırabilir; reorganizasyon çalışmalarında bulunmak isteyebilir. Bu itibarla yapılan yeniden yapılandırma sonucunda işyerinde işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması ve iş akdinin geçerli olarak feshedilmesi mümkündür¹⁴¹.

Esasen, işletmenin devamını ve sürekliliğini sağlamak üzere işverenin kararı ile yapılan çalışmalar ve alınan tedbirler, işletmenin yararının sağlanması dolayısıyla aynı zamanda işçilerin de yararlarının korunması anlamına gelir¹⁴². Gerekli tedbirlerin alınmaması neticesinde işletmenin zor durumda kalmasının işçiyi olumsuz etkileyeceği, çok daha fazla sayıda

¹⁴⁰Engin, İşletme Gereklere, s. 36-37

¹⁴¹Ekmekçi, s. 166-167; Süzek, İş Hukuku, s. 446-447

¹⁴²Gerard Lyon-Caen, Çev: Ali Güzel, İş Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul: Reşat Kaynar Armağanı'ndan ayrı bası, 1981, s.151

işçinin iş sözleşmesinin feshini gerektirebileceği ve hatta işyerinin kapatılmasına sebebiyet vereceğini belirtmek izahtan varestedir.

İşverenin bu yöndeki kararının temelini Anayasal hak niteliğindeki, sözleşme ve girişim özgürlüğünde bulabiliriz. Bu hak işverene, işletme kurması, işletme faaliyetlerinin yürütmesi ve bu itibarla işletmenin devamını sağlamak üzere kararlar alma özgürlüğü tanır. Elbette, bu hak da sınırsız değildir; öncelikle bir temel hakkın diğeri ile denge kurulması amacını güden yasa hükümleri yanında iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olduğu durumlarda, işçinin Anayasa'nın 49. maddesi ile güvence altına alınmış çalışma hakkı bu sınırı çizer. Bir yönüyle halen çalışmakta olanlar için işlerini koruma anlamını ifade eden çalışma hakkı diğer yönüyle de işsizler için toplam iş olanağından çalışanlar kadar yararlanma şansının verilmesi anlamına gelmektedir¹⁴³. Bu halde, işveren ile işçi arasında olduğu kadar, çalışan işçi ile kendisine çalışma hakkı tanınması gereken işçi arasındaki dengenin sağlanması ve bir ölçülük potası içinde işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkının *hakkaniyete* uygun bir denge kurulmak suretiyle değerlendirilmesi ve yapılan fesihlerde bu kıstasların da göz önünde tutulması gerekmektedir.

D- İşveren Kararının Denetimi

İşveren kararlarının hakkaniyete uygun ve ölçülü olup olmadığına ilişkin kararı yargı verecektir. Bu itibarla öncelikle bu kararın denetimine yönelik olarak yabancı ülke ve Türk hukukundaki durumu incelemekte fayda vardır.

1- Fransız Hukuku

Fransız Hukuku'nda, ekonomik nedenle fesih yapılabilmesi için ekonomik güçlükler veya teknolojik değişim sonucunda işçinin çalışmaya devam olanağının ortadan kalkmış olması aranmaktadır. Fransız Yargıtay'ı işverenin rekabet gerekleriyle ve pazar payını yükseltmek amacıyla iş gücü

¹⁴³ Engin, İşletme Gerekleri, s. 26-28

maliyetini düşürmeye yönelik tedbirler almasını ilke olarak kabul etmiş¹⁴⁴; ancak ekonomik güçlüklerin *gerçek ve ciddi* olmasını aramıştır. Gerçek nedenden işletme faaliyetinde önemli ve sürekli düşme, finansman açığı, müşteri kaybı gibi nedenler, ciddi nedenden de bahsedilen bu nedenlerin süreklilik arz etmesi ve önemli düzeyde olması gerektiği vurgulanmıştır. Esasen gerçek ve ciddi nedenlerin dahi tek başına varlığının yeterli olmadığı, bu nedenlerin istihdamı ortadan kaldırıp kaldırmadığının değerlendirilmesi ve feshin son çare olması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁵.

Yeni teknolojilerin uygulanması, teknolojik değişimlere uyarılma ve rekabet edebilmeyi sürdürme amacını taşır ve bu tedbirler neticesi iş sözleşmesinin feshi mümkün kabul edilmektedir¹⁴⁶. Bunun gibi, rekabet gerekleri de, yani, daha geniş pazar payına sahip olabilmek için iş gücü maliyetlerini düşürme ve bu yolla rekabet edebilme amacıyla yapılan fesih de ilke olarak kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Fransız Yargıtay'ı aşağıda bir kısmını örnek olarak verdiğimiz kimi kararlarıyla bu yönde ilkelerini belirlemiştir. Şöyle ki;

Fransız Yargıtay'ının genel olarak kullandığı ilke uyarınca, ekonomik güçlükler ve teknolojik değişime bağlı değilse, işletmenin reorganizasyonu ancak *rekabet yeteneğinin* korunması amacını taşıması koşuluyla feshin ekonomik nedeni olabilecektir¹⁴⁸.

Nitekim başka bir kararda da, şirket grubu içindeki bir işyerinin kapatılarak buradaki üretimin grup içindeki bir başka bağlı şirkete kaydırılmasının sonuçlarına sadece işçilerin katıldığı, bu nedenle yapılan feshin *gerçek ve ciddi* nedenlere dayanmadığı kanaatine varılmıştır¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Le Goff, s. 875

¹⁴⁵ Le Goff, s. 872-873

¹⁴⁶ Le Goff, s. 874

¹⁴⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s. 52-53

¹⁴⁸ Engin, İşletme Gerekleri, s. 54 ve dn. 158'de zikredilen karar

¹⁴⁹ Engin, İşletme Gerekleri, s. 54 ve dn. 155'de zikredilen karar

Fransız Yargıtay'ı, her somut olayda işverenden aldığı önlemin rekabet yönünden gerekli olduğunu ispatlamasını ve ilk derece mahkemesinden, işverenin ispat araçlarını değerlendirerek yeniden yapılanmanın işletmenin rekabet gücünü korunması için *gerçekten gerekli olup olmadığının* araştırılmasını istemektedir

Nitekim, Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, işletmenin rekabet yeteneğinin açıkça tehlikede olmadığı, işverenin rekabet gerekleri yönünden fesihden umduğu yararları ispatlayamadığı, feshin sadece işçinin ücretinden tasarruf amacını taşıdığı hallerde de feshin meşru olmayacağını ifade etmiştir¹⁵⁰. Ayrıca, işverenin yeniden yapılanmaya gidilmediği takdirde, işletmenin rekabet gücünün rakipleri tarafından da *ciddi şekilde tehdit edileceğini* ispat etmesini dahi aramıştır¹⁵¹.

Bunun gibi, işverenin yeniden yapılanmaya giderken işletme yararı amacı anlaşılmakta ise de, fesihle kanuna karşı hile, ayrımcılık, korunabilecek bir hafiflik bulunmayıp daha verimli işletme kaygısı tespit edilmiş; ancak yeniden yapılanmasının *rekabet yeteneğinin korunması* amacını taşıyan olgular ortaya konamadığından fesih geçersiz sayılmıştır¹⁵².

Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere, Fransız Hukuku'nda feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı, *ölçülülük* ilkesi temelinde denetlenmekte; ancak denetlenen *işletmesel karar olmaktadır*. Fransız Yargıtay'ı, işletme yararı ve rekabet yeteneğinin korunması kıstasları ile yaptığı denetimde işçi ile işverenin menfaatlerini bir bütün olarak ele almakta ve menfaat dengesini sağlamaya çalışmaktadır. Bu itibarla, Fransız Yargıtay'ı işletmesel kararı oranlılık, bir başka ifadeyle dar anlamda ölçülülük denetimine tabi tutmaktadır. Ölçülülük ilkesi, temel hakkın meşru bir amaçla kullanıldığı noktasından hareket ettiğinden, ölçülülük ilkesine göre yapılan değerlendirmede amacın meşruiyeti sorgulanmaz; ancak Fransız Yargıtay'ı,

¹⁵⁰ Engin, İşletme Gereklere, s. 55 ve dn. 164'de zikredilen karar

¹⁵¹ Engin, İşletme Gereklere, s. 54 ve dn. 161'de zikredilen karar

¹⁵² Engin, İşletme Gereklere, s. 56 ve dn. 169'da zikredilen karar

oranlılık ilkesini uygulayarak ilkenin hareket noktası ile bağdaşmayan bir sonuca ulaşmakta, işletmesel kararın amacının yani işverenin niyetinin fesih bakımından meşru olup olmadığını inceleyerek *yerindelik* denetimi yapmaktadır. Bu anlamda, meşru amacı *acil ve yakın tehlike* ile sınırlandırıp, genel olarak verimlilik amacını meşru kabul etmeyen Fransız Yargıtay'ı, özgürlüğü özgürlük olmaktan çıkarıp, koşullara bağlı sınırlı bir hak haline getirmekte; daha doğrusu ölçülülük ilkesini kullanarak ilkenin uygulama alanını ortadan kaldırmaktadır¹⁵³.

2- Alman Hukuku

Alman Hukuku'nda, kaçınılamayan işyeri gereklerine dayanmayan, sosyal bakımdan haksız olduğunu hükme bağlayan ve feshin hem geçerli nedenini, hem de sınırlarını belirleyen Feshe Karşı Koruma Kanunu, yargı denetimin kapsam ve sınırlarına ilişkin ipuçları vermektedir. Yasa, feshi *kaçınılmayan işletme gerekleri* olarak tanımlamakta, buna karşılık işletme gereğinden söz edilmemektedir. Ancak, yine de işletme kavramı göz ardı edilmemekte, işçinin aynı işletmenin başka bir işyerinde çalışması mümkün ise feshin sosyal bakımdan haksız olduğu hükme bağlanmaktadır. Yas'nın düzenleme biçiminden hareketle, yasa koyucunun işyeri ve işletme kavramları arasında bilinçli bir ayrıma gittiği, yargı denetimini işyeri düzeyiyle sınırlı tutmak, işletmesel kararı ise denetim dışında bırakmak amacıyla fesih nedenini *kaçınılmayan işyeri gerekleri* olarak tanımladığı doktrinde ifade edilmektedir. Feshin geçerliliği için, ilk aşamada işyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmasını arayan, ardından işletmenin diğer bir işyerinde çalışma olanağı varsa feshin yine de sosyal bakımdan haksız olduğunu hükme bağlayan yasa, bir yandan işletmesel karar özgürlüğünü denetim dışı bırakırken, korumanın kapsamını işletme düzeyine çıkarmaktadır. Burada kaçınılmazlıktan kastedilen ekonomik değil, teknik yönden işçinin çalışmaya devam olanağının ortadan kalkması, işverenin işletmesel kararlar hedeflediği

¹⁵³ Engin, İşletme Gereklere, s. 51-59

amaca fesih dışında başka hiçbir tedbirle ulaşamaması olarak anlaşılmalıdır¹⁵⁴.

Bu itibarla anlaşılıyor ki, yasa feshin kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin yargı denetimini fiili durumun tespitine ve dar anlamda fesih kararının denetimine özgülemektedir. Buna mukabil, çalışma olanağını ortadan kaldıran neden, işletmesel karar, denetim dışı kalmaktadır. Mahkeme tarafından yapılacak denetimde *işletmesel kararın yerinde olup olmadığı değil, işletmesel kararın işveren tarafından tutarlı bir biçimde uygulanıp uygulanmadığı*, uygulanan tedbirin sonucunda işçinin çalışma olanağının gerçekten ortadan kalkıp kalkmadığı araştırılacaktır¹⁵⁵.

Nitekim, Federal İş Mahkemesi kökleşmiş içtihadıyla, feshе yol açan işletmesel kararın amaca uygunluğu ve gerekliliği yönünden denetlenemeyeceğini, ancak açıkça *tutarsız ve keyfi* olup olmadığı yönünden denetleneceğini belirtmekte; bunun yanında kaçınılmayan işletme gerekleri çerçevesinde işverenin aldığı tedbirlerin feshi zorunlu kılıp kılmadığının araştırılmasını, işyerinin durumuna göre daha hafif tedbirlerle amaca ulaşıyorsa feshin gerekli sayılamayacağını hükme bağlamaktadır¹⁵⁶. Bu itibarla, işveren işletmesel karar özgürlüğüne dayanarak her türlü ekonomik amacı güdebilir ve bu amaca uygun yeniden yapılanma tedbirleri alabilir. İşvereni karar almaya sevk eden ekonomik ve işletmesel nedenin önemi yoktur. Ancak, işletmesel karar sonucunda fesih kararı veriliyorsa, fesih yargı denetimine tabidir. İşletmesel kararının amacını ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli olduğunu ispatlamakla mükelleftir¹⁵⁷.

İşletme içi iş değişikliğine ilişkin bir kararda, işletmenin bir bölümünün faaliyetine son verilmesinin feshi haklı kıldığı, ancak fesih son çare olduğundan işverenin feshi engellemek için tüm olanaklarını kullanmak

¹⁵⁴ Çelik, İş Güvencesi, s. 31; Engin, İşletme Gerekleri, s. 60-61

¹⁵⁵ Engin, Ücretsiz İzin, s. 539

¹⁵⁶ Çelik, İş Güvencesi, s. 32

¹⁵⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s. 62-63

zorunda olduğu, şeklinde ilke oluşturulmuştur. Nitekim, yapılması düşünülen fesihden önce, işletmede işçinin çalıştığı işe benzer bir yer boş veya yakında boşalacak ise, işveren işçiye talimat verme yetkisini kullanarak söz konusu işi teklif eder. İşverenin işçisi için işyerinde *yeni bir iş icat etme yükümlülüğü yoktur*. İşveren, iş teklifinde bulunmaz ise fesih haksız olacaktır¹⁵⁸.

Yine benzer bir durum, Federal Mahkeme'nin bir kararında ele alınmış; işletme içi iş değişikliği işçinin bu iş için kısa kurs görmesiyle mümkün olabilecek ise, bu durumda bu hususun işveren için katlanabilir olup olmadığının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁹.

Bu itibarla Alman Hukuku'nda gereklilik denetiminin esas uygulama alanının *feshin son çare olması ilkesi* olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna göre, işçinin aynı işyerinde bir başka işte veya işletmenin bir başka işyerinde çalıştırılmaya devamı mümkünse yapılan feshin haksız olduğu hükme bağlanmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi gereği farklı şekilde istihdam olanakları değerlendirilmeli; mümkünse eski işi ile aynı ya da benzer bir işe verilmeli veya sözleşmede esaslı değişiklikle işçinin daha az elverişli koşullarda çalıştırılmalı, hiç biri olmazsa meslek içi eğitime tabi tutularak işyerinde yeni teknoloji ile çalışacak uzmanlık kazandırılması sağlanmalıdır. Elbette, işverenden ancak, fesihle öngörülen amaca uygun farklı istihdam olanaklarının değerlendirilmesi istenir; işçiye yeni bir yaratması beklenemez¹⁶⁰.

3- Türk Hukuku

Türk Hukuku'nda, İş Kanunu'nun 18. maddesi sadece işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri olarak geçerli fesih nedenlerini saymış; yargıya yol gösterici ilke ve kurallara yer vermemiştir. Bu itibarla, konuya ilişkin ilkeler yargı kararıyla zamanla şekillenecek ve bir hukuk politikası oluşturacaktır. 1475 sayılı Yasa döneminde verilen bir takım kararlarda Yargıtay meşru ve

¹⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 164

¹⁵⁹ Federal Alman İş Mahkemesi, 20.11.1994, DB 1994/1627, Kılıçoğlu, s. 164

¹⁶⁰ Engin, İşletme Gerekleri, s. 67

makul nedenlerin bulunması durumunda feshi kötü niyetli olarak görmüyordu. Nitekim, Yargıtayımız özellikle de 1994 yılındaki genel ekonomik krizden sonra yapılan fesihlere ilişkin kararlarında ekonomik neden ve darboğazdan kaynaklanan fesihlerin kötü niyetli olmadığını zikretmiştir¹⁶¹.

Her ne kadar Fransız Hukuku'nun işçiyi daha koruyucu niteliğe sahip olduğu düşünülse ve hatta işçi yararına bir nevi hukuk romantizmi içerse de, ülkemizin içinde bulunduğu şartlar ve özellikle de ekonomik çalkantının sık sık ve yoğun olarak gündeme gelmesi sebebiyle iş güvencesi yönünden esnek tutum alınması; bu itibarla Alman Hukuku'na paralel bir gelişim göstermesi gerektiği düşüncesi hakimdir¹⁶².

İşin, işyerinin ve işletmenin gerekleri ile yapılan fesihlere ilişkin Yargıtay'ın verdiği karar ve aldığı tutuma ilişkin örneklerde de görüleceği üzere, net olmamakla birlikte Alman hukuku uygulamaları doğrultusunda bir içtihat oluşumu gözlemlenmektedir. Bu itibarla, yol gösterici olması düşüncesiyle mahkemelerin değinmesi ve araştırması gereken hususları ortaya koymak gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, gerçekleşen fesih nedeninin geçici nitelikte olmaması, süreklilik arz etmesi ve aynı zamanda işyerini doğrudan ve olumsuz etkilediğinin tespiti gerekir. Örneğin, ekonomik krizin varlığı, satışlarda düşme, pazar kaybı gibi nedenler tek başına feshi geçerli kılmamalı; bu durumun neden olacağı olumsuzluklara ilişkin somut veriler, bilgi ve belgelerin mahkemeye ibrazı şarttır. Bunu yanında, her ne kadar feshin son çare olması ilkesi yasada hüküm altına alınmasa da, fesih yerine geçecek fesih sebebinin niteliğine göre farklılık gösterecek, daha hafif tedbirler alınmalı ve uygulanmalıdır.

İşveren yalnızca ekonomik ve benzeri sıkıntılar nedeniyle feshin yanında, yeniden yapılanma tedbirleri de alabilir ve bu tedbirlere istinaden

¹⁶¹ Yarg. 9. HD. 21.10.1996, 1996/10902-19780

¹⁶² Kılıçoğlu, s. 163

belli sayıda işçinin iş sözleşmelerini de feshedebilir. Ancak bunun geçerliliği, alınan tedbirlerin ciddi ve gerçekçi olmasına, tüm yönleriyle uygulamaya geçilmesine ve başka şekilde işyerinde çalışması mümkün olmayan istihdam fazlasının ortaya çıktığının ispatlanmasına bağlıdır.

İşverenin teknolojik süreçleri, üretim yolları ve organizasyondaki değişikliklerle, üretim sistemini piyasadaki değişikliklere hızlı ve etkili şekilde uyum sağlama amacıyla hayata geçirilen tedbirlerin ve neticesinde açığa çıkan istihdam fazlası çalışanın iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda, bu fesihlerin geçerli olarak kabulü için temel oluşturacak husus, işçinin çalışma olanağının ortadan kalkmış olmasıdır. Bu itibarla işverenin kararına istinaden uygulamaya konan tedbirlerin dayanağının neler olabileceğini Yargıtay'ın Yasa'nın yürürlüğüyle beraber vermiş olduğu kararları örnekleyerek inceleme ve değerlendirmenin faydalı olacağını düşünüyorum.

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, işyeri içi sebeplere yönelik olarak en fazla yapılan fesih gerekçesi verimlilik amacıyla yeniden yapılanma tedbirleridir. Bu tedbirler kapsamında işyeri içinde yeni teknolojilerin uygulanması olduğu gibi, sırf iş gücü maliyetlerinden tasarruf amacıyla da yapılanmaya gidilebilir. Ancak bu ikinci halde, işverene verilen bu yetkinin işletme gerekleri ile feshin amacına uygun kullanıp kullanılmadığı çok daha dikkatli ve özenle denetlenmektedir. Bunun gibi işin taşeronlara verilmesi, yahut da telafi çalışması gibi çalışma sürelerinde esneklik sağlanması yahut da geçici iş ilişkisi kurulması şeklinde tedbir uygulanması da mümkündür.

a-İşletmede Uygulanan Teknolojik Değişimler

Teknolojik değişimlerin uygulamaya geçirilmesi, gelecekteki gelişimlere uyum göstermesi, piyasada yeniden uyarlanma ve rekabet edilebilirliği sürdürebilme amacını taşır. Üretim süreçlerinin yeni teknolojik gelişmelere ve tüketici taleplerine uygun hale getirilmesi, modern makine ve üretim

araçlarının devreye sokulması, bilgisayar, tele çalışma ve robot sistemlerinin kabulü işyerlerinde bazı işlerin ortadan kaldırılmasına, bu işlerde çalışan işçilerin çalışma olanağının kalmamasına, buna karşın yeni teknolojiye uyum sağlayabilecek yeni (vasıflı) işçilerin istihdamına yol açacaktır¹⁶³.

Yargıtay'ın bu hususa ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda, yerel mahkeme, sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yapısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personelin gereksinimi gibi sebeplerle, şirketin yeniden yapılandırılması ve fazla personelin azaltılmasına yönelik yapılan fesihleri geçerli bulmuş; ancak Yargıtay iş sözleşmesi feshedilen, çoğunluğu da teknisyenden oluşan personelin yeni teknolojiyi kullanamadıkları konusunda yeterli bir inceleme ve araştırma yapılmış olmadığından ayrıca feshe gerekçe gösterilen rekabet yapabilme ve yeni teknolojiyi kullanma, yüksek eğitilmiş, teknolojiyi kullanan kaliteli personele gereksinimi olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen personelin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, hizmetlerine gereksinim bulunup bulunmadığı somut olarak her personelin sicil dosyası incelenerek araştırılmadığından ve öncelikle bu hususta telekomünikasyon ve iletişim konularında uzman bilirkişilerden rapor alınması gerektiğinden bahisle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁶⁴.

b- Üretimi Daha Az Sayıda İşçi Çalıştırmak Suretiyle Yaparak Verimlilik Sağlanması

Bu durumda iş gücü fazlası nedeniyle fesih yapılabileceği gibi diğer işçilere daha fazla iş yüklemek suretiyle de yapılabilecektir. Bu ikinci hal esasen İş Kanunumuzun 22. maddesinde düzenlenen değişiklik feshi ile açıklamak mümkündür. Bu halde geçerli sebeple feshi mümkün kılan bir işletme gereği çıktığında işverene çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma ve bu yolla fesihten kaçınma olanağı tanınmıştır. Ancak bu durum her halükarda feshi geçerli kılmaz; nitekim işveren ancak sözleşme ile belirlenmiş

¹⁶³ Le Goff, s. 874, Süzek, İş Hukuku, s. 447, Engin, İşletme Gereklere, s. 52-53

¹⁶⁴ Yarg. 9. HD. 01.11.2004, 2004/8628-24546, İHSGHD, 5/2005, s. 285-286

çalışma koşulları imkan veriyorsa ya da esaslı olmayan değişiklik yoluyla diğer işçilere daha fazla iş yükleyebilecektir.

Yargıtay'ın bu hususa ilişkin kararları oldukça fazladır. *Minimum sayıda çalışanla maksimum verimlilik elde etme* gerekçesine yönelik verilmiş bir kararında, davacı işçinin işgücü maliyetlerinin düşürülmesi amacıyla yapılan feshin geçerli olmadığına ilişkin iddiasına karşılık, davalı işverenin *minimum sayıda çalışanla maksimum verim elde etmek, genç ve dinamik yapının muhafaza edilmesi amacıyla* işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği savunması yapmış ancak Yargıtay'ın da kararını onadığı yerel mahkeme, davalı işverende istihdam fazlası olmadığı hatta yeni işçi alımı yapıldığı; kaldı ki, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmadığı, teknolojik gelişmelerin takip edilmediği, fesihten kaçınma tedbirlerine başvurulmadığından bahisle feshin geçersizliğine karar vermiştir¹⁶⁵.

Bunun gibi bir başka kararda, davalı işverenin 2000 yılında aldığı yeniden yapılanma kararını takip eden yıllarda uygulandığı ve 2004 yılı içinde de işçi çıkarılmasının planlandığı, davalı yönetim kurulunca 13.01.2004 tarihinde davacın iş sözleşmesinin yıllardan beri devam eden zararlar, ortaklara yeni yükümlülükler getirilmemesi, *verimli hale getirilmesi* nedenler ile feshedildiği savunulmuş, buna karşın davalı işçi de davalının yeni işçi almış olduğunu iddia etmiş ve tanık da bildirmiştir. Yargıtay, davalı işverenin zarar ettiği hususunda maddi bir kanıt sunmadığını, somut olayda feshin geçerli kılınması için yeniden yapılandırma ve norm kadro kararının bulunmasının yeterli olmadığını, mahkemece işverenin almış olduğu yeniden yapılandırma kararı doğrultusunda diğer işçileri çıkarıp çıkarmadığını, yeni işçi alıp almadığını, alınan işçilerin davacı işçi ile aynı konumda olup olmadığını, farklılık var ise nedeninin araştırılmasını, bu konuda delilleri toplamasını, davacının bu konuda bildirdiği tanıkların dinlenmesi gerektiği, gerekirse işyerinde yeniden yapılandırma ve personel istihdamı konusunda

¹⁶⁵ Yarg. 9. HD. 31.01.2005, 2004/18833 E., 2005/2626 K. ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 02.06.2004, 2004/90-115 sayılı kararı; aynı nitelikte bkz. Yarg. 9. HD. 31.01.2005, 2004/18833 E., 2005/2628 K. ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 02.06.2004, 2004/91-116 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 31.01.2005, 2004/18834 E., 2005/2627 K. ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 02.06.2004, 2004/61-110 sayılı kararı

uzman bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak bu hususların açıklığa kavuşturulmasını talep etmiş ve bunun sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁶.

Yine, davalı işverenin davacı ile ilgili fesih gerekçesinde, 2003 yılındaki fesih nedenlerinden başka, daire başkanlıkları ve müdürlüklerin azaltıldığını, tasarruf tedbirlerine gidildiğini, 2003 yılı sonu itibari ile zararının olduğunu belirtmiş, buna karşın Yargıtay fesih olarak dayanak yapılan nedenle çelişki içinde olunmaması ve feshin en son çare olması ilkesinin gözden uzak tutulmamasının gerektiği, bu kapsamda iş sözleşmesi feshedilen işçinin, mesleği ve vasfı nedeni ile başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığının araştırılması, ayrıca olanak varsa kısa süreli çalıştırma, esnek çalışma gibi tedbirler düşünülmesi gerektiği, ancak davalı işverenin ileri sürmüştüğü ile çelişen uygulamalara gittiğinin anlaşılmış olması, yeni personel alındığı, ayrıca da 2003 yılındaki gelirlerden dolayı tüm çalışanlara 2004 yılı içinde teşvik primi ödenmesine karar verildiği, bu durumun zarar etme olgusu ile çeliştiği anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermiştir¹⁶⁷.

Yargıtay'ın davacı ile aynı nitelikte işçi alınmasının feshi geçersiz kıldığına dair verdiği bir kararda, yerel mahkemenin savunmaya değer vererek davacının çalıştığı birimin kapatılmış olması ve bu bölümün İnsan Kaynakları Müdürlüğü'ne bağlanmış olması, davalı tarafından 15.01.2004 tarihine kadar 01.01.2003 tarihinden itibaren 83 işçinin çıkarılmış, 7 işçinin alınmış, davacının işten ayrıldığı bölüme işçi alınmamış olması, alınan 7 işçinin ise vasıflı işçi olması, yönetim kurulunca 80 kişi alınması izni verilmiş olmasına rağmen verilen iznin bağlı bir işyerine yönelik olması gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş olmasına rağmen, Yargıtay davacının çalıştığı birimin kapatılması söz konusu olmaması, davacının çalıştığı birim fesihten sonra başka bir birime bağlanması, ayrıca davacının ayrıldığı genel müdürlük bünyesine fesih tarihinden başlayarak kısa bir süre içinde davacı gibi genel

¹⁶⁶ Yarg. 9. HD. 14.02.2005, 2004/28938 E., 2005/4129 K., İHSGHD, 6/2005, s. 706-707

¹⁶⁷ Yarg. 9. HD. 07.02.2005, 2004/1609 E. 2005/3300 K., İHSGHD, 6/2005, s. 712-713

müdürlük vasfını taşıyan 7 personel alınması, bu durumun da fesih nedenleri ile çeliştiğinden bahisle feshin geçersizliğine karar verilmiştir¹⁶⁸.

Buna mukabil özelleştirme kapsamında bulunan davalı şirketin Bakanlar Kurulu kararları doğrultusunda yaptığı *norm kadro çalışması ve bu çalışma sonucunda tespit edilen personel fazlalığı* nedeniyle emekliliğe hak kazanan davacının hizmet akdini feshetmesinde geçerli sebep bulunduğu kabul edilmesi gerektiğinden ve işletmesel kararın keyfi olmadığından bahisle işe iadenin reddine karar verilmiştir¹⁶⁹.

Davacının çalıştığı üniteye göre norm kadro fazlası olup olmadığına ilişkin vermiş olduğu bir kararda, dosyada mevcut 2003 yılı norm kadro listesine göre 2003 yılı için toplam 524 kadroya yer verildiği halde yine işverence ibraz edilen listelere göre kapsam içi ve kapsam dışı olarak toplam 423 personelin halen çalışmakta olduğu anlaşıldığı, norm kadro listesinde her ünite için ayrı kadro durumu belirlenmiş olsa da, davacının hangi üniteye bağlı olduğu dosya içeriğinden anlaşılmadığından, mahkemece yapılacak işin davacının en son çalıştığı ünite ve bu ünite de fesih tarihi itibarıyla çalışan personel sayısının öncelikle tespit edilmesi ve tespit edilen personel sayısı ile o ünite için saptanan norm kadro durumunun karşılaştırılarak davacının gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığının belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁷⁰.

c- İşverenin İşyerini Kapatarak Yeniden Yapılanmaya Gitmesi

Gerek işyeri dışı zorunluluktan ve gerekse de daha fazla kar amaçlı olarak işyeri kapatılabilir. Ancak feshin geçerliliği için önem arz eden husus kapatmanın süreklilik arz etmesidir. İşyerinin geçici olarak durdurulması işverenin yaptığı feshi geçersiz kılar. Buna mukabil, koşulların tekrar

¹⁶⁸ Yarg. 9. HD. 21.06.2004, 2004/16338-15344, İHSGHD, 5/2005, s. 325-326

¹⁶⁹ Yarg. 9. HD. 04.12.2003, 2003/19328-20055, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 664-665

¹⁷⁰ Yarg. 9. HD. 18.12.2003, 2003/20076-22156, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, s. 126-127; aynı yönde Yarg. 9. HD. 15.12.2003, 2003/19696-21888, **Günay**, s. 619-620

düzelmesi halinde işyerinin tekrar açılabilceğinin kabulü gerekir. Ancak bu halde dahi işverenin işyerini kapatmasının gerekçelerinin ciddi nitelikte ve uzun bir süre sürmüş olduğunu ispatlaması zaruridir.

Yargıtay'ın fesihten kısa bir süre sonra kapatılan işyerinin gerçek bir kapatma olup olmadığına ilişkin bir kararda, noterlik tespitine göre fesihten kısa bir süre sonra işyerinin kapatılmış olduğu kanaatine varılmakla birlikte, ortada gerçek bir kapatmanın olup olmadığına tahkiki gerekmektedir. Bunun için işyeri belediyeye ait olduğuna göre bu konu ile ilgili olarak bilgi alınması ve yazışmalar varsa onların toplanması, ayrıca SSK, Bölge Çalışma Müdürlüğü ve Vergi Dairesi'nden durumunun sorulması ve toplanan delillere göre bir değerlendirme yapılarak ortada gerçek bir kapatmanın olup olmadığı sonucuna varılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁷¹.

Bunun gibi Yargıtay salt bir mağazanın kapatılmasını fesih için geçerli sebep kabul etmemiş; davacının, davalının bir çok mağazasında çalıştığı, en son çalıştığı mağazanın kapatılmış olmasına rağmen davalının mağazalar zinciri nedeniyle bir çok işyerinin olduğu, bir mağazanın kapatılması halinde çalışan işçilerin başka mağazalarda görevlendirildiği anlaşılmış olduğundan feshin geçersizliğine karar vermiştir¹⁷².

d- İşverenin İşin Bir Bölümünü Taşeronla Devretmesi

4857 sayılı Yasa'nın 2/6. maddesi uyarınca, işverenin işyerinin yardımcı işlerinin veya asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene devretmesi mümkün kılınmıştır. Yasa temizlik, ulaşım, yemek gibi yan işlerin ve uzmanlık gerektiren asıl işin bir bölümünün alt işverene devretmek suretiyle maliyetten tasarruf edilebilme düşünce ve uygulamasına geçerlilik kazandırmaktadır. Ancak bu aşamada da bir denetim mekanizmasının işletilmesi ve bu

¹⁷¹ Yarg. 9. HD. 01.10.1996, 1996/7738-18869, **Günay**, s. 631-632

¹⁷² Yarg. 9.HD. 26.01.2004, 2003/23173 E., 2004/1205 K.

bağlamda asıl işin bir bölümünün ne şekilde uzmanlık gerektirdiğinin ispatlanması aranacaktır.

Nitekim, Yargıtay yardımcı işlerin ve uzmanlık gerektiren işlerin bir bölümünü alt işverene devretmeyi meşru kılan kararlarla düşüncemizi desteklemektedir.

Davacı işçinin, davalı işverenin yapmış olduğu feshin geçersiz olduğu, kendisinin temizlik, bahçıvanlık kalorifer ve sair işlerde çalışan toplam 83 işçiyle birlikte işten çıkarıldığı, ancak asıl sebebin davalı işyerinde sendikalaşma olduğu ve kendisinin de bu sebeple iş sözleşmesinin feshedildiği iddiasına karşılık davalı işverenin, Türk Silahlı Kuvvetlerinin son 10 yıl içinde etkin bir silahlı güç konseptine paralel olarak yeniden yapılanma içine girdiği, asli görevin yurt savunması olup bu görevin dışında kalan ve başka biçimlerde idamesi mümkün olan hizmetlerden çekilme kararı aldıklarını, bu nedenle aşamalı olarak askerlik süresi kısaltılıp bedelli askerliğin uygulandığı, ordu pazarlarının kapatılıp erat yemek ve servis hizmetlerinin, kantin ve kafeterya işlerinin profesyonel şirketlere, okul ve kreşlerin Milli Eğitim Bakanlığı'na devredildiği, bunların sonucunda %12 oranında küçülmenin sağlandığını savunarak bu konuda Türkiye'nin çeşitli yerlerine ilişkin belgeleri, prensip ve emirleri delil olarak sunmuş; somut olaya ilişkin olarak da, dava konusu işlerde 1304 lojman konutunun hizmetleri için 83 işçi ile birlikte bir subay, 11 astsubay, 24 er/erbaş davalı yönetim kurulu bünyesinde asli görevleri dışında çalıştıklarını, asli görevlerinde etkinliklerinin azaldığı gibi bu alanda eğitim almadıklarını ve bu nedenlerle söz konusu işlerin profesyonel şirketçe yaptırılmasına karar verilerek tüm işçilerin 30.10.2003 tarihinde hizmet akitleri feshedilerek aynı işin 03.11.2003 günlü alt işveren sözleşmesi ile özel bir şirkete devredildiğini, bunun sonucunda yönetimdeki personel sayısının beşe düşürüldüğünü savunmuş; Yargıtay da dosya içeriğinden davalı işverenin temizlik, kalorifer bakımı, bahçe bakımı gibi yardımcı işleri taşeron devretme kararı aldığı, bu karar gereği bu işlerde çalışan davacı ve arkadaşlarının hizmet akitlerini ihbar ve kıdem tazminatlarını ve işçilik haklarını ödemek koşulu ile feshettiği ve bu işleri

usulünce yapılan ihale ile kalite belgesi sahibi taşeronla devrettiğinin anlaşılması olduğu, taşeronla devir işleminin muvazaalı bir işlem olduğunu yeterli delillerle kanıtlanamadığı, taşeronla verilmiş işlerin yapıldığı işyerinde daha önce toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olmasının muvazaanın kabulü için tek başına yeterli delil teşkil etmeyeceği, nitekim Bölge Çalışma İş Müfettişinin tespitlerinin de bu yönde olduğu, işyerinin bir bölümünün alt işverene devrinin yeniden yapılanma tedbiri olup *yasanın tanıdığı olanaktan yararlanan işverenin yardımcı işleri alt işverene devrinin hukuki bir yeniden yapılanma tedbiri ve işletme gereği sayılacağından bahisle* feshi geçerli bularak davanın reddine karar vermiştir¹⁷³.

Buna mukabil, taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı teşkil etmesi durumunda feshin geçersiz olduğuna ilişkin verilmiş bir kararda da, dosyada mevcut kesinleşmiş mahkeme kararlarına göre davalı ile dava dışı müteahhit arasında yapılan sözleşmenin yürürlükte olduğu sırada davacı işçi tarafından taşeronluk sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve asıl işverenin tarafın davalı olduğu, Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılması gerektiği iddiası ile açılan davaların kabul ile sonuçlandığı ve davacının Toplu İş Sözleşmesinden doğan fark alacaklarının hüküm altına alındığı anlaşıldığından, davalı işverence *muvazaalı olduğu kesinleşen taşeronluk sözleşmesinin sona ermesinden sonra yeni bir ihale ve yeni bir sözleşme yapılmamış, önceki sözleşme ile aynı şartlarla, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar aralıksız devam ettirilmiş olması*, esasen davacının işten çıkarıldığı tarihe kadar davalı işverenin tarafı olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılmış olmasının da davalının gerçek işveren olduğu olgusunun fesih tarihine kadar devam ettiğini göstermiş olduğundan, feshin geçersizliğine karar verilmiştir¹⁷⁴.

Benzer bir kararda da, işçi çıkarma yoluna gidilirken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısaca fesih en son çare olarak düşünülmesi ilkelerinin

¹⁷³ Yarg. 9. HD. 14.10.2004, 2004/22472-23287, İHSGHD, 6/2005, s. 771-773

¹⁷⁴ Yarg. 9. HD. 27.05.2004, 2004/10215-12744, İHSGHD, 5/2005, s. 337-339

somut olayda uygulanmadığı, aksine işyerinde çalışan fazla kıdeme sahip personelin topluca işten çıkarıldığı, asgari ücretle çalışmayı kabul edenlerin tekrar işe alındığı, davalının zarar etmediği, işyerinde üretimin aralıksız devam ettiği, fabrikanın herhangi bir bölümünde üretimin durmadığı gibi davacının hizmet akdinin feshinden sonra dahi üretimin aralıksız devam ettiği, davacının çalıştığı bölüm dahil hiçbir bölümün kapanmadığı, üretime yardımcı işler dışında da taşeron sözleşmesi yapılarak taşeron işçilerin çalıştırıldığı, işçi çıkartmalarının yanı sıra işçi alımlarının da yapıldığı hususlarının da sayısal olarak tespit edildiği, anlaşıldığından feshin geçersizliğine hükmolunmuştur¹⁷⁵.

Yargıtay'ın *gerçekten yeniden yapılanma olup olmadığına ilişkin* inceleme yapılarak feshin değerlendirilmesine ilişkin bir kararında da, davalı şirketin, U şirketine satış ve pazarlama hizmetleri verdiği, U şirketinin davalı şirkete işten çıkarılacak 115 kişiye ilişkin liste verdiği ve akabinde bu çalışanların iş sözleşmelerinin feshedildiği, davacının aynı gün ve aynı yerde, bu sefer U şirketine bağlı bir firmada işe alındığının tanık ifadeleriyle de sabit olduğu anlaşılmış olup, bu hususların taraflar arasındaki hangi ilişkiden kaynaklandığı, davalıyı bağlayıcı bir mahiyet taşıyıp taşımadığı hususunun öncelikle açıklığa kavuşturulması ve davacının asıl işverenin hangisi olduğunun belirlenmesi ve gerçekten yeniden yapılanma söz konusu olup olmadığının açıkça saptanması ve tüm bu hususların değerlendirilerek sonuca varılmasına karar, vermiştir. *Ancak kanaatimce haklı olarak düşülen karşı oy ile* davacının, davalı firmanın diğer U. firmasının taşeronu olduğu, bu firmanın işin değiştirilmesi ile bu sefer başka bir firma ile yine U. firmasının taşeronunda çalışmaya devam ettiği, her iki firmanın elemanlarının da aynı yerde çalıştıkları ve aynı malları aynı müşterilere dağıttıkları dosyadaki kanıt ve tanık ifadelerinden anlaşıldığından, davalı şirketin de savunduğu iddialarını kanıtlayamadığı gibi davacının aynı yerde bir şirketten diğerine geçirildiği ve ücretinde azalma yapıldığı da göz önüne alındığında feshin geçersizliğine karar verilmiş olması gerekirdi¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Yarg. 9. HD. 08.11.2004, 2004/12698-25058, İHSGHD, 5/2005, s. 278-280

¹⁷⁶ Yarg. 9. HD. 23.09.2004/4405-19882, İHSGHD, 6/2005, s. 784-786

e- Geçici İş İlişkisi

İşçinin rızasının alınması şartıyla başka bir işveren yanında geçici bir süre çalışması mümkündür. Ancak, Yasa'nın 7/2. maddesi bu ilişkinin altı ayı geçmeyecek şekilde kurulması gerektiğini ve en fazla iki defa yinelenebileceğini hükme bağlamıştır. Bu tarz bir ilişkide, işçinin iş sözleşmesinin asıl işverence feshi ödünç ilişkisini sona erdirmeyeceği gibi, ödünç işçi verme sözleşmesinin feshi halinde de işçinin iş sözleşmesi de feshedilmiş sayılmayacaktır. Nitekim, ödünç iş ilişkisinde iş verme sözleşmesi son bulunca işçiyle ödünç veren arasındaki iş sözleşmesi normal seyrine devam eder. Buna mukabil, iş sözleşmesinin varlığını devam ettirebilmesi ödünç verme sözleşmesinin devamına bağlı kılınmışsa, böyle bir halde doğal olarak işçi verme sözleşmesinin feshi hizmet akdinin de sona ermesine sebep olabilecektir¹⁷⁷. Başka bir deyişle, ödünç ilişkisinde esasen özlük hakları itibariyle işveren değişmemektedir. Bu itibarla, aslında işgücü ihtiyacının geçici bir süreyle giderilmesine yönelik kurulan bu ilişkide, ödünç işçi alan işverenin sürekli bu uygulamaya gitmesi de kanuna karşı hile teşkil edecek; ödünç alan işveren sırf geçici işçi çalıştırmaktan ötürü istihdam fazlalığı olduğundan bahisle işverenin işçisinin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli kabul edilmeyecektir.

Ancak, ödünç veren işveren ile kurulan iş sözleşmesinin varlığı ödünç verme sözleşmesinin devamına bağlı kılındığında, örneğin boyacı olarak çalıştırılmak üzere iş sözleşmesi yapılan işçiye gerek kendi bünyesinde ve gerekse de ödünç verilen işyerlerinde ihtiyaç kalmamışsa, başka bir şekilde de çalıştırma imkanı sağlanamamışsa, bu halde işçinin iş sözleşmesinin feshi mümkün olabilecektir.

¹⁷⁷ Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara: 1995, s. 204-205

f- İşyerinin Devri veya Kiraya Verilmesi

İş Yasası'nın 6/1. maddesi uyarınca, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla devralana geçer. Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden ötürü feshedemez ve devir yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Ancak, devreden veya devralan işveren açısından; ekonomik, teknolojik veya iş organizasyonu değişikliği yönünden feshi gerekli kılan sebepler ile işçi ve işverenlerin haklı sebeplerle derhal fesih hakları saklıdır.

Maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere, devreden veya devralan işveren devirden ötürü işçilerin iş sözleşmelerini feshedemeyecektir. İşçinin işe iade davası açması halinde işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekecektir. Ancak, tartışılması gereken bir husus vardır. Şayet işletme devredilip de sırf bu nedenle devreden işveren işçilerin iş sözleşmelerini feshederse ve mahkeme de işçinin işe iadesine karar verirse ne olacaktır? Şahlanan, ortada devreden işverenin kalmamış olması nedeniyle işe iadenin mümkün olamayacağı kanaatindedir¹⁷⁸.

Bu hususa ilişkin bir kararda Yargıtay, işçinin Sağlık Bakanlığı'na ait hastanede temizlik işlerini üstlenen değişik işverenler nezdinde çalıştığı, işi üstlenen işverenler değiştiği halde işçinin ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü, dava tarihi itibarıyla de çalışmaya devam ettiği anlaşıldığından salt işyeri devrinin iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğurmayacağı kanaatine varmıştır¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Fevzi Şahlanan, "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları", Türk-İş Yayını, Bolu, s. 75

¹⁷⁹ Yarg. 9. HD. 25.10.2001, 2001/10039-16649

Kanaatimce, işyerinin devri nedeniyle açılan işe iade davasında Şahlanan'ın düşüncesinin aksine işçinin işe iadesine karar verilmesi ve işe iadesi mümkündür. Nitekim, işletmeyi külliyen devralan işveren tüm haklara sahip olduğu gibi borçları da üstlenmiştir. Husumet de bizzat işletmeye yöneltildiğinden, işletmenin sahibinin değişmesi önem arz etmez; yeni işveren işe iadenin sonuçlarına katlanmak durumundadır.

Yargıtay, *işletmenin kiraya verilmesi* durumuna ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda, davacının çalıştığı tesisin daha önce de müstecire verilmek sureti ile işletildiği, kiralama olayının yeni olmadığı, kira sözleşmesinde davacının görevlendireceği personelin kiracı tarafından çalıştırılmasının kararlaştırıldığı, davacı ile aynı konumda bulunan işçilerin başka yerlerde çalıştırılmak üzere nakle tabi tutulduğu, davacı ile genel müdürlük bünyesine bağlı yerlerde çalışmak üzere iş sözleşmesinin fesih tarihinden birkaç ay önce imzalandığı, davacının başka bir birimde çalıştırılıp çalıştırılmayacağına değerlendirilmediği, bu olgulara göre feshin geçerli nedenlere dayanmadığı kanaatine varılmıştır¹⁸⁰.

Karardan da anlaşıldığı üzere, salt işletmenin kiraya verilmesi fesih sebebi olmayıp; işçinin başka şekilde çalışma imkanının sağlanmasına yönelik çalışmaları işverenin yapması neticesinde işgücü açığa çıkması feshi geçerli kılabilir.

g- İşletmenin Özelleştirme Kapsamında Olması

Ağır ve hantal yapıdaki kamu işletmeleri gelişen dünya şirketleri ile rekabet edememekte, zarar etmekte ve hatta ülke ekonomisi açısından da ciddi kaynak kaybına sebebiyet vermektedir. Bu itibarla 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu ile bir kısım kamu işletmeleri özelleştirme kapsamına alınmış ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde faaliyet gösterme zorunluluğu

¹⁸⁰ Yarg. 9. HD. 07.02.2005, 2004/28073 E., 2005/3229 K.

getirmiştir. Özelleştirme de hedefin ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalmayı sağlamak olması, bu kapsama dahil şirketlerin istihdam politikaları belirleyerek ve uygulamaya koyarak ihtiyaç fazlası personelini azaltmaya yönelik tedbirler almasını zorunlu kılmaktadır.

Buna mukabil, özelleştirme tek başına feshi geçerli kılmaz. Nitekim Özelleştirme Kanunu'nun 21. maddesi iş sözleşmelerinin sona ermesini ve buna bağlı sonuçlarını düzenlemiş ve kendiliğinden sona erme yahut da fesih zorunluluğu öngörülmemiştir. Bu itibarla özelleştirme sebebiyle yapılacak fesihler iş güvencesi hükümlerine tabidir. Yapılan feshin geçerliliğine ilişkin kararı yargıç verecektir¹⁸¹.

Yargıtay, işletmelerin özelleştirme kapsamında bulunması hususunu bir çok kararında değerlendirmiştir.

*Yargıtay, özelleştirme kapsamında bulunan davalı şirketin Bakanlar Kurulu kararları doğrultusunda yaptığı norm kadro çalışması ve bu çalışma sonucunda tespit edilen personel fazlalığı nedeniyle emekliliğe hak kazanan davcının hizmet akdini feshetmesinde geçerli sebep bulunduğuna, karar vermiştir*¹⁸².

Benzer bir kararında da, *davalıya ait işyerinin özelleştirildiği ve hisse satışının gerçekleştiği, satış sözleşmesinde davacı ve diğer çalışanlara özelleştirme ve satış nedeni ile toplu çıkış işleminin önceden bildirildiği; özelleştirmenin içeriği itibari ile ekonomik neden ve yapısal değişiklik içermesi, bu olgunun işletmenin, işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden olmasını sağladığı ve işverenin de bu kapsamda bazı işçilerini*

¹⁸¹ Bilgili, s. 117

¹⁸² Yarg. 9. HD. 04.12.2003, 2003/19328-20055, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s. 664-665

nakle tabi tutması geçerli olan bir nedeni ortadan kaldırmaz, sonucuna ulaşmıştır¹⁸³.

Yine bir başka kararında da, *davalı işverenin özelleştirme kapsamında olduğunu, 2002 yılı sonuna kadar 35 işyerinden 22'sinin özelleşerek faaliyetlerine son verdiği, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile iki kombinanın daha kapatılmasına karar verildiği, ayrıca 2003 yılı et alım ihalesinin büyük ölçüde sonuçlandığı, buna göre üretim hacminde önemli bir azalma meydana geldiğinin anlaşılması üzerine emekliliğe hak kazanmış tüm işçilerin hizmet akdinin feshedildiği anlaşılmış olduğundan, işe iade talebinin reddine karar vermiştir*¹⁸⁴.

¹⁸³ Yarg. 9. HD. 27.09.2004, 2004/23670-20219, Çimento İşveren Dergisi, C. 18, Sayı:1, Ocak 2005, sh. 28-29

¹⁸⁴ Yarg. 9. HD. 21.10.2004, 2004/6558-23717, **Bilgili**, s. 118-119; benzer karar için bkz. Yarg. 9. HD. 04.12.2003, 2003/19330-2005

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

I- Feshin Son Çare Olması Kavramı

Feshin son çare olması ilkesi Yasa'da yer almamakla birlikte, Yasa'nın gerekçesinde belirtilmiş, keza Yargıtay kararları ile de benimsenmiş ve gerekçe olarak sıkça kullanılan bir ilke haline gelmiştir.

Yasa gerekçesine göre, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenlerin varlığı halinde iş sözleşmesinin hemen feshi cihetine gidilmemesi, başta mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma yöntemlerinin uygulanması olmak üzere iş ilişkisinin sürdürülmesine olanak verecek önlemlere başvurulması; bunlar sonuçsuz kaldığı takdirde en son çare olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi gerekir. Bu halde, işyerine ilişkin geçerli nedenlerin varlığı halinde fesih en son alınacak önlem, en son çare (ultima ratio) olarak değerlendirilmelidir.

Güzel'e göre, son çare ilkesinin temelinde taraflardan her birinin sözleşmenin devamlılığı ve özellikle diğer tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamak için gereken tüm çabayı gösterme zorunluluğunun olması yatar. Nitekim, Fransız Hukuku'nda Yargıtay Sosyal Dairesi, işverence yapılan fesih işlemi ile işçinin işinin ortadan kalkması veya değişime uğraması arasında illiyet bağının gerçekten kurulup kurulmadığını denetlerken, işverenin başka bir iş verme olanağına sahip olup olmadığını araştırmaktadır. Bu itibarla, işverenin fesih işleminden önce işçiye aynı kategoride başka bir iş

önermesinin zorunlu olduğu, aksi halde feshin geçersiz olacağı belirtilmektedir¹⁸⁵.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda açıkça hükme bağlanan esasa göre, sözleşmeye devamın işveren tarafından beklenemez hale gelmesi durumunda fesih hakkının doğacağı; sözleşmeye devamın beklenemez hale gelmesi için de işletmesel kararın amacı feshi mutlaka gerekli kılması feshin kaçınılmaz olması gerekmektedir. Böylece işveren işletmesel kararda serbest bırakılmakta, ancak fesih kararı *beklenmezlik esası* ile denetlenmektedir¹⁸⁶.

Alman Hukuku'na paralel bir düşünce sistemi yolunda ilerleyen Türk Hukuku'nda da, işyerine ilişkin nedenlere dayandırılan fesihler dolayısıyla çıkacak uyuşmazlıklarda yargıcın, sadece geçerli nedenin işveren tarafından kanıtlanmasıyla yetinmeyip, mevcut koşullara göre feshe en son çare olarak başvurulup vurulmadığını saptaması ve sonucuna göre hüküm tesis etmesi icap edecektir¹⁸⁷. Diğer bir deyişle, fesihle ulaşılmak istenen sonuca *ölçülük ilkesi* uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılmalıdır¹⁸⁸.

Bu itibarla, işverenin fesih dışında daha hafif tedbirlerle amaca ulaşması mümkün ve beklenebilir ise feshi geçerli kılan bir sebep ortada yoktur. Başka bir deyişle, kaçınılmazlık unsuru gerçekleşmediği için fesih geçersizdir. Elbette ki, işverenden feshin son çare olması dolayısıyla izlenen amaca

¹⁸⁵ Güzel, s. 76

¹⁸⁶ Engin, İşletme Gereklere, s. 91

¹⁸⁷ Mollamahmutoğlu, s. 565; Engin, Ücretsiz İzin, s. 540; Süzek, İş Hukuku, s. 449; Engin, İşletme Gereklere, s. 60-65; Çelik, İş Güvencesi, s. 28; Çelik, İş Hukuku II, s. 198; buna mukabil Ekmekçi, feshin son çare olması ilkesinin esasen yasal bir zorunluluk olmaması, bu itibarla örneğin işyerinin bir bölümünün kapatılması halinde işverenin burada çalışan işçilere bir başka bölümde görev teklif etmek veya eğitim vererek bir başka bölümde çalışacak niteliklere sahip olmasını sağlamak, işi zamana yaymak, çalışma sürelerini kısaltmak gibi yükümlülüklerinin bulunmaması sebebiyle, bu ilkenin her daim uygulanmasının zorunlu olduğu görüşüne katılmamaktadır. Ekmekçi, s. 168

¹⁸⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 449-450; bu hususta Engin ölçülük ilkesinin de bir alt ilkesi olan gereklilik denetiminin yapılması gerektiği, fesih ancak gerekli ise geçerli olacağı düşüncesindedir. Engin, İşletme Gereklere, s. 91

uygun önlemler alınması beklenir; buna karşılık işverenden aşırı masraflı, zor gerçekleştirilecek taleplerde bulunulmamalı; işçiye iş yaratması beklenmemelidir¹⁸⁹.

Yargıtay da verdiği kararlarla feshin son çare olması ilkesini benimsemekte ve fesih dışı daha hafif önlemlerin alınıp alınmadığını denetlemektedir.

Nitekim, iş güvencesinin yürürlüğe ile beraber verilen bir Yargıtay kararında, işveren, işçilerin hizmet sözleşmelerinin feshinin gerekçesini talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayandırmış, davacı taraf ise sendika üyeliği nedeniyle işten çıkarıldığını ileri sürmüştür. Yargıtay ise, bundan sonraki uyuşmazlıklarda yol gösterir nitelikte, hizmet sözleşmelerinin ekonomik nedenlerle feshinde, söz konusu Yasa'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısaca *fesih en son çare olarak düşünülmelidir*, somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı, aksine üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşıldığından, feshin geçersiz olduğuna karar vermiştir¹⁹⁰.

Yargıtay, feshin son çare olması konusunda *feshin sebebini ve niteliğini* dikkate alarak karar vermiştir. Söz konusu kararda, işçi çıkarma uygulamasına giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısaca *fesih en son çare* olarak düşünülmelidir. Somut olayda davalı işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı, aksine işyerinde çalışan kıdemi fazla olan kadrolu işçileri topluca işten çıkardığı, asgari ücretle çalışmayı kabul edenleri tekrar işe

¹⁸⁹ Engin, İşletme Gerekleri, s. 91-92; Süzek, İş Hukuku, s. 450; Engin, Ücretsiz İzin, s. 540-541

¹⁹⁰ Yarg. 9. HD. 08.07.2003, 2003/12442-13123; Çimento İşveren Dergisi, Ağustos 2003, s. 15-16; aynı nitelikte Yarg. 9. HD. 30.10.2003, 2003/18346-18347; Yarg. 9. HD. 29.12.2003, 2003/23204-22988, İHSGHD, 1/2004, s. 633-635

aldığı, davalının zarar etmediği, işyerinde üretimin aralıksız devam ettiği, fabrikanın herhangi bir bölümünde üretimin durmadığı, aksine hizmet akdinin feshinden sonra dahi üretimin aralıksız devam ettiği, davacının çalıştığı bölüm dahil hiçbir bölümün kapanmadığı, üretime yardımcı işler dışında da taşeron sözleşmesi yapılarak taşeron işçilerin çalıştırıldığı, işçi çıkartmalarının yanı sıra işçi alımlarının da yapıldığı hususlarının da sayısal olarak tespit edildiği anlaşıldığından, feshin geçersizliğine hükmolunmuştur¹⁹¹.

Yargıtay, işverenin fesihten önce *ne gibi önemler alması gerektiğine* ilişkin verdiği bir kararında da, işyeri dışından kaynaklanan talep ve sipariş azalması alacakların taksitlendirilmesi ve bir kısmından vazgeçilmesi gibi nedenler varken öncelikle temsil ve tanıtma giderleri, temsil edenlere ayrılan telefon ücretleri ve bu gibi benzeri giderlerde tasarrufa gidilmeli, fesih son çare olmalıdır, hükmünü vermiştir¹⁹².

Benzer bir kararında da, fesih en son çare olarak düşünülmemeli, istihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmesi suretiyle gider azaltıcı uygulamalara geçilmediğinden, dolayısıyla feshin geçerli nedene dayanmadığı hükmü verilmiştir¹⁹³.

¹⁹¹ Yarg. 9. HD. 08.11.2004, 2004/12698-25058, İHSGHD, 5/2005, s. 278-280

¹⁹² Yarg. 9. HD. 27.10.2003, 2003/18257-17985, Tekstil İşveren, Ocak 2004, s. 43

¹⁹³ Yarg. 9. HD. 31.01.2005, 2004/18834 E., 2005/2627 K. sayılı kararı ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin 02.06.2004, 2004/61-110 sayılı kararı; benzer nitelikte kararlar bkz. Yarg. 9. HD. 26.01.2005, 2004/30693 E., 2005/1527 K. sayılı kararı ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin 27.10.2004, 2004/109-249 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 26.01.2005, 2004/29623 E., 2005/1588 K. sayılı kararı ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin 15.09.2004, 2004/100-191 sayılı kararı; Yarg. 9. HD. 10.01.2005, 2004/22710 E., 2005/113 K. sayılı kararı ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin 24.03.2004, 2004/88-114 sayılı kararı

Bu aşamada cevaplanması gereken bir soru da, feshin son çare olması gerektiği ilkesi, işçinin yetersizliği ve davranışı ile ilgili fesihlerde de geçerli olup olmayacağıdır.

Yargıtay, feshin en son çare olma ilkesini bugüne değin işçinin yetersizliği ve davranışından kaynaklanan fesihlere yönelik kararlarında zikretmemiştir. Bu husus doktrinde de tartışılmakta olup tam bir görüş birliği de sağlanmış değildir.

Mollamahmutoğlu, Yasa'nın gerekçesinde feshin, işletmeye, işe ve işyerine ilişkin nedenler halinde en son çare olarak düşünülmesi gerektiği belirtilmekle birlikte işçinin yetersizliği ve davranışlarına ilişkin nedenler halinde de bir başka işte çalıştırılması mümkün olduğu takdirde fesih yoluna gidilmemesi gerektiği, ancak işçinin kusurlu davranışı, güven ilişkisini bozacak ağırlıkta ise işverenden feshin en son çare olarak başvurusunun beklenemeyeceği, fakat güven ilişkisini bozacak ağırlıkta bir olay veya davranışın, koşullarına göre haklı sebep oluşturacağına da göz ardı edilmemesi gerektiği, düşüncesindedir¹⁹⁴.

Aynı yönde bir görüşte de, işverenin işçinin işine son vermeden önce , iş ilişkisini sürdüreceği bir takım uygulamalarda bulunması, bunlardan bir sonuç alamadığı takdirde son çare olarak fesih yoluna gitmesi gerektiği, çünkü, iş güvencesi sisteminde esas olanın işçinin işinin korunması olduğu düşüncesinde hareketle, feshin son çare olma ilkesinin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihler yanında, işçinin performansı veya uyumu gibi nedenlerle yapılması düşünülen fesihler için de geçerli olması gerektiğini belirtmektedir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Mollamahmutoğlu, s. 563

¹⁹⁵ Eyrenci-Taşkent-Ulucan, s. 158

Çelik de yine, son çare ilkesini gerekçedeki örneklerin ortaya konulmasında büyük ölçüde yararlanılan Alman Hukuku'nda sadece bu tür fesihlerde değil, işçinin yetersizliğine ilişkin bazı haller ile davranışından doğan fesih halleri için de ayrıntılı şekilde ele alınan bir ilke olduğu; bu ilkenin bizde de, işçinin performansı ve uyumu konuları ile sınırlı olarak, yetersizliğinde veya davranışından dolayı yapılacak fesihlerden önce, işçiyi başka işlerde çalıştırma veya eğitme gibi yöntemlere başvurulması veya işçiye uyarıda bulunulması uygulamasına gidilmesi gerektiği, ne işaret etmektedir¹⁹⁶.

Buna mukabil, Engin feshin son çare olma ilkesinin sınırını *işletmesel amacın çizdiği*, beklenmezlik esasının gereği olarak işverenden ancak işletmesel amacı boşa çıkarmaya ve amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli olan tedbirleri almasının beklenebileceği, buna karşılık işverenden aşırı masraflı veya işletmesel karar özgürlüğüne müdahale teşkil eder taleplerde bulunulamayacağı, işçiye iş yaratmasının beklenemeyeceği, işverenin itirazına rağmen çalışmaya devamının mümkün olduğunu iddia eden işçinin başka şekilde nasıl çalışabileceğinin somut olarak ispatlaması gerektiği, görüşünü savunmaktadır¹⁹⁷.

Ekmekçi, feshin son çare olması ilkesini çok daha farklı yönden değerlendirmiş ve bu ilkenin esasen *yasal bir zorunluluk olmayıp*, sadece maddenin gerekçesinde, işverenin ekonomik nedenle işçi çıkarma yoluna giderken, feshi son çare olarak düşünmesi gerektiği belirtildiğinden, örneğin işyerini bir bölümünün kapatılması durumunda, işverenin burada çalışan işçilere bir başka bölümde görev teklif etmek veya eğitim vererek bir başka bölümde çalışacak niteliklere sahip olmasını sağlamak, işi zamana yaymak, çalışma sürelerini kısaltmak gibi yükümlülüklerinin olamayacağını dile getirmiş; bu itibarla işçiden kaynaklanan sebepler bir yana, bu ilkenin işletme gerekleri için dahi mutlak uygulanması gerekmediğini zikretmiştir.

¹⁹⁶ Çelik, İş Hukuku II, s. 198; Çelik, İş Güvencesi, s. 28

¹⁹⁷ Engin, İşletme Gerekleri, s. 91-92; Engin, Ücretsiz İzin, s. 540-541

Bu itibarla işçinin yetersizliği ve davranışlarına ilişkin fesih hallerinde de son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı yahut da ne şekilde uygulanacağı Yargıtayın vereceği kararlarla açıklığa kavuşturulacak ve uygulamaya yönelik de belirleyici nitelik kazanacaktır.

II- Feshe Alternatif Olabilecek Tedbirler

Feshe alternatif olarak alınabilecek tedbirler her olayın özelliğine farklılık arz edecektir. Bu tedbirler meslek içi eğitim, kısa çalışma, ücretsiz izin ve çalışma koşullarında esaslı değişiklik isimleri altında sınıflandırılabilir.

A- Mesleki Eğitim

İşverenin yeni teknolojileri uygulaması ve üretim konusunu değiştirmesi neticesinde çalışma olanağını yitiren işçiye mesleki eğitim verilerek çalıştırılması feshin son çare olma ilkesinin bir sonucudur. Elbette, bu eğitimin verilmesi ancak işçinin eğitim neticesinde işverenin talep ettiği vasıfları kazanabilmesi, bunun yanında eğitimin makul sürede tamamlanabilir nitelikte olması ve işveren için pahalı olmamasına bağlıdır¹⁹⁸. Kaldı ki, işverenin yeni teknoloji uygulaması yahut da üretim konusunu değiştirmesi belirli bir hazırlık dönemini gerektirdiğinden bu süre zarfında işçinin söz konusu eğitimi almasının sağlanması makul olarak beklenebilir nitelikte bir tedbirdir.

B- Değişiklik Feshi

1- Değişiklik Feshi Kavramı

İş sözleşmesinin feshi yerine başvurulması mümkün olan diğer bir tedbir de, çalışma koşullarında değişiklik sağlanmasıdır. 4857 sayılı Yasa'nın 1475

¹⁹⁸ Engin, İşletme Gerekleri, s. 93-94

sayılı Yasa'ya göre getirdiği önemli değişikliklerden biri olan değişiklik feshi Yasa'nın 22. maddesinde hükme bağlanmaktadır. Buna göre, işveren 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 yapacak; bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamayacak; işçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli neden bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir. Yasa'nın gerekçesinde de amacın, *belirli olumsuz koşulların varlığı halinde, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır*, denilmiştir.

Çalışma koşullarında değişiklikten bahsedebilmek için işverence tek taraflı olarak yapılan değişikliğin işçinin aleyhine ve esaslı olması gerekir. Bu itibarla, çalışma koşullarında işçi lehine yapılan değişiklik 22. maddenin uygulanmasını gerektirmez; buna mukabil yüksek değerdeki iş, işçinin sorumluluğunu artırıyor veya çalışma koşullarını ağırlaştırıyorsa yine madde hükmü uygulanabilecektir¹⁹⁹.

Amacı, iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olduğu bir durumda, esaslı değişiklik yoluyla feshin önlenmesi olan değişiklik feshi, feshi gerektirecek sebebinin niteliğine ve somut duruma uygun esaslı koşullardan bir veya bir kaçında değişikliği gündeme getirmektedir. Madde hükmünde zikredilen çalışma koşullarındaki esaslı değişiklikten, ücret, yapılan iş, çalışma yeri ve çalışma saatlerini anlamak gerekir.

¹⁹⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 496-497

2- Ücrette Değişiklik

Ücretin düşürülmesi feshi önlemeye yönelik bir tedbir olmakla birlikte, salt ücretten tasarruf amaçlı olarak yapılması halinde feshi geçersiz kılacaktır. Alman Federal İş Mahkemesi, ücretlerin düşürülmesine yönelik değişiklik feshinin ancak işyerinin kapanması ve iş gücünün azaltılmasını engelleme amacıyla yapıldığı takdirde ve ancak başka bir yolla halledilmesinin mümkün olmadığı durumda geçerli olacağını hükme bağlamıştır²⁰⁰.

Hukukumuzda da, bu şekilde işletme gereklerinin getirdiği riskin, ücretini düşürmek suretiyle kısmen de olsa işçiye yüklenmiş olması, ancak sözleşmenin devamının tehlikeye girmesi halinde kabul edilebilir olmalıdır. Mahkeme yapacağı denetimle, işletme gereğinin doğmuş olup olmadığını ve ücrete ilişkin indirim yapılmaması veya iş sözleşmesinin feshedilmemesi halinde işletmenin devamının mümkün olup olmadığını araştıracaktır.

3- İşte ve Çalışma Yerinde Değişiklik

Her ne kadar yeni teknoloji uygulanması, yeni üretimler yapılması, dolayısıyla işçinin yaptığı işin ortadan kalkmış olması, fesih nedeni olarak görülse de, mesleki eğitim yanında, işçinin çalışma yerinin değiştirilmesi sözleşmenin devamını mümkün kılıyorsa, bu aşamada yapılacak fesih geçerli kabul edilmeyecektir. Bu değişiklik, aynı işyerinin başka bir bölümünde yahut da aynı işletmeye ait başka bir işyerinde de olabilir. Önemli olan işverenin yeni bir iş verme olanağının bulunmasıdır²⁰¹.

İşçinin değişiklik önerisinin reddi halinde yapılan fesihte yargı iş yahut da işyeri değişikliğinin mümkün ve beklenebilir olup olmadığını denetleyecektir. Nitekim, Yargıtay, davalı işverenin, davacının Kok Fabrikasına transfer edilmesinin işgücü ihtiyacından kaynaklandığı, davacının beyan ettiği

²⁰⁰ Engin, İşletme Gerekleri, s. 103

²⁰¹ Engin, İşletme Gerekleri, s. 100-101

rahatsızlığın ürolojik bir rahatsızlık olup işyeri değişikliğini etkilemeyeceği, davacının değişiklik önerisini geri çevirmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği savunmasına karşın, davacının davalı işveren yanında idari işler amiri olarak çalışmaya başladığı, en son 1. Soğuk Haddehane Müdürlüğü'nde teslim-tesellüm memuru olarak çalışmaya devam ettiği, 06.01.2004 tarihinde kok üretim işçisi olarak transfer edilmek istendiği, davacının kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği, 14.05.2003 tarih ve 2003/4332 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu'nca "opere card wkol nodül tanısı ile tozlu yerde çalışmaması uygundur" raporu verildiği, işçinin kendisine önerilen işyeri değişikliğini kabul etmemesinde haklı olduğu, işverenin işçinin tozlu ortamlarda çalışmaması gerektiğini bile bile işyeri değişikliği yapmasının MK. nun 2. maddesinde belirtilen *objektif iyiniyet kuralı* ile bağdaşmadığı, *işverenin işçinin iş sözleşmesini feshetmek amacıyla işyeri değişikliği yaptığı* anlaşılmış olduğundan, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmiştir²⁰².

Yine aynı nitelikte bir davada, davalı işverenin uzun süredir Ankara'daki işyerinde çalışan ve yaşayışını buna göre düzenleyen davacı işçinin Şirnak'ta çalışmasına ihtiyaç duyulduğu gerekçesiyle bu yere atama yapmasına karşı davacı işçi, bu atamayı kabul etmemiş ve neticede fesih işlemi yapılmış; Yargıtay, davalı işverenin esaslı değişiklik olan atama işlemi kabul etmeyen davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinde, değişikliğin geçerli bir nedene dayandığının kanıtlamadığı gibi fesih için geçerli başka bir nedenin de bulunduğunu ileri sürülmediğinden, hatta fesihten sonra sınav açarak yaklaşık 50 işçinin kendi bünyesinde istihdamına karar verilmiş olup ve yeni işçi alındığından, bahisle yapılan feshin geçersiz olduğu kanaatine varmıştır²⁰³.

²⁰² Yarg. 9. HD. 10.06.2004, 2004/12129-14577 kararı ile onanan Kdz. Ereğli İş Mahkemesi'nin, 17.03.2004, 2004/37-25 sayılı kararı

²⁰³ Yarg. 9. HD. 26.02.2004, 2003/23105 E., 2004/1204 K.

C- Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi

İşveren, feshin son çare olması ilkesine istinaden, çalışma sürelerini yeniden düzenlemeye karar verebilir. Ancak, bu yola da ancak mümkün olduğu sürece başvurulabilecektir. Nitekim, bu husus esasen daha çok ekonomik kriz gibi hallerde gündeme gelmekte ve işveren fesih dışında bir tedbir olarak genellikle çalışma sürelerini kısaltarak, kural olarak geçici nitelikte olan krizin bitimine değin bu şekilde uygulama yoluna gitmektedir.

Uygulamada ekonomik krizde fesih yapılmasını önlemek amacıyla çalışma süresinin kısaltılması ile birlikte düşünülen önlemlerden biri de telafi çalışması olmuştur. Ancak bu konuda esnek olmayan 1475 sayılı Kanun'dan kaynaklanan zorluklarla karşılaşmıştır. Buna mukabil, 1994 ve 1998 yıllarında çıkan ekonomik krizlerden sonra, ekonomik koşulların değişmesi sonucu işyerlerinde üretimin düşürülmesine gerek duyulan durumlar için hazırlanacak bir üretim programına göre, işverence belirli bir dönem için haftalık çalışma süresinin kısaltılması, daha sonra ekonomik koşulların düzelmesiyle üretimin artırılmasına gerek görülmesi halinde normal çalışma süresinin üstünde çalışarak önceki kısa süreli çalışmanın telafisi düşünülmüş ve az sayıda da olsa bazı işverenlerin iyi niyetli yaklaşımlarıyla ve hatta ileride karşılaşılabilecekleri fazla mesai ücreti talebi riskini de göze alarak, ekonomik krizle ilgili telafi çalışmasını uyguladıkları görülmüştür²⁰⁴.

4857 sayılı Yasa ile birlikte, telafi çalışmasının yanında, kısa çalışma olanağı da sağlanmış ve çalışma süresini önemli oranda azaltan veya faaliyeti durduran ekonomik kriz yahut da zorlayıcı nedenden dolayı işverenin durumu Türkiye İş Kurumu'na bildirme zorunluluğu getirilmiş; "işin geçici olarak en az dört hafta durması halinde ve en çok üç ay için işçilere işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği verilecektir" hükmüyle de 3 ayı aşan krizin artık geçici olma vasfını yitirdiği ve süreklilik arz ettiği sonucuna varmak mümkün olmuştur. Bu itibarla, üç ayı geçen kriz yahut da benzeri zorlayıcı

²⁰⁴ Çelik, İş Güvencesi, s. 29-31

nedenler, bu aşamadan sonra yapılacak feshin geçerli olmasına sebebiyet verebilecektir²⁰⁵.

D- Ücretsiz İzin

Yasada açıkça düzenleme konusu yapılmamakla birlikte, hukuki niteliği itibariyle çalışma koşullarında esaslı değişiklik olan ücretsiz izin kavramı, özellikle de ekonomik kriz dönemlerinde çok sık karşılaşılan bir tedbir olup; esasen de sözleşme ilişkisini değişen koşullara uyarlanarak devamını sağlayan bir yöntemdir.

Yargıtay, 1475 sayılı Yasa döneminde vermiş olduğu kararlarda, işçilerin rızası alınmadan yapılan özellikle de uzun süreli ücretsiz izin uygulamasını *gizli fesih* iradesi olarak değerlendirdiyordu²⁰⁶. Buna mukabil, ücretsiz izni, feshin son çare olma ilkesi gereği de denenmesi gereken bir alternatif tedbir şekli olarak görmek gerekir. Yargıtay, ortada işletme gereklerine dayalı bir geçerli neden yok iken işverenin işçisini ücretsiz izne çıkarmasını fesih olarak yorumlamakta; ortada geçerli bir neden varken ücretsiz izin uygulamasına geçerlilik tanımaktadır. Örneğin, bir kararında Yargıtay, havaların sert gitmesi karşısında inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü nedeni ile işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarmak istediğini, ortada makul bir sebep olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemine değer verilmesi gerektiğini belirterek, işverenin gizli fesih iradesinin bulunmadığına, ücretsiz izin talebini kabul etmeyen işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁰⁷.

Yeni Yasa ile birlikte, işverenin m.22 hükmü çerçevesinde işçinin rızasının alması gerekliliği; işçinin değişikliğe rıza göstermemesi durumunda geçerli neden gösterilerek işçinin iş sözleşmesinin feshedilebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, Yasa'nın 22. maddesi ücretsiz iznin tüm sorumluluğunu işverene yüklemektedir. Bu itibarla Yasa, geçmiş dönemde

²⁰⁵ Engin, İşletme Gerekleri, s. 105-106

²⁰⁶ Yarg. 9. HD. 26.10.2000, 2000/10391-149249, TÜHİS, Mayıs-Ağustos, 2001

²⁰⁷ Engin, Ücretsiz İzin, s. 542 ve dn. 18'de zikredilen Yarg. 9. HD. 06.12.2000, 2000/13381-18384 sayılı kararı

tereddüte ve zaman zaman da hukuk güvenliği ilkesine aykırı sonuçlara yol açabilen zımni irade beyanlarına hukuki sonuç bağlanması uygulamasını ortadan kaldırmıştır.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, davalı işverenin, ekonomik sıkıntılar nedeniyle daha önce birkaç kez davacının da içinde bulunduğu geçici işçileri ücretsiz izne çıkardığı, fesihten önce 2003 yılında iki kez bu uygulamanın yapıldığı, davacının bu işleme karşı herhangi bir yasal yola başvurmadiğı ve zımnen kabul ettiği, 11.07.2003 tarihinde de davalı işverenin encümen kararı ile aynı ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşması üzerine davacı dahil 43 vizeli işçinin 25.07.2003 tarihi mesai bitiminde *süresiz ücretsiz izne çıkarılmasına* karar verdiği, davacının ücretsiz iznin başlayacağı 25.07.2003 günü mesai bitimine yakın diğer işçilerle birlikte notere gidip, sendikaya üye olduğu ve aynı gün sendikaya üyeliğe kabul edildiğı, anlaşılmakta olup; davalı Belediye gibi küçük bir kuruluşta çalışan bir işçinin, sendikaya üye olduktan sonra öğrendiğini iddia ettiği 11.07.2003 tarihinde alınan ücretsiz izne çıkarma kararından haberdar olmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, davacı ve diğer işçilerin bu karara karşı tedbir olarak feshin gerçekleşeceği gün sendika üyeliğı yolunu seçtikleri anlaşıldığından, istemin reddine ve feshin geçerli olduğuna karar verilmiştir²⁰⁸.

²⁰⁸ Yarg. 9. HD. 29.12.2003, 2003/22915-22947; bu kararı inceleme konusu yapan Engin, birinci olarak, işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarırken yürürlükteki Yasa'nın 22. maddesine uygun işlem yapmamasını, ikinci olarak da varolan her ekonomik sıkıntının fesih sebebi olamayacağı, yapılan fesihlere paralel olarak belediye hizmetlerinin kapsamının daralıp daralmadığı, belediye hizmetleri eskisi gibi yürütülüyorsa bunun için hangi hukuka uygun tedbirler ve istihdam politikaları saplandığının işverenden istenmesi gerektiğı gerekçesiyle, Yargıtay kararına katılmadığını ifade etmiştir, **Engin, Ücretsiz İzin.**

SONUÇ

1475 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin keyfi işten çıkarmaya sebebiyet vermesi nedeniyle bunun işçi aleyhine sonuçlarını giderme gerekliliği; Avrupa hukukunda uzun süredir uygulanmakta olan işçiyi feshe karşı koruma olgusunun ülkemizde de uygulanma ihtiyacı neticesinde, hazırlanarak yürürlük kazanan iş güvencesine ilişkin düzenleme ve akabinde çıkarılan 4857 sayılı Yasa ile liberal teori terk edilmiş ve fesih hakkının doğumu Yasa'da belirtilen geçerli nedenlere bağlanmıştır.

İş Hukuku uygulamamızda yürürlüğünden bugüne kadar ki kısa zaman zarfında dahi tartışmalara sebep olan ve Yargıtay'ın da ciddi oranda iş yükünü artıran iş sözleşmelerinin feshinin işçiye yahut da işletmeye ilişkin geçerli sebeple yapılması ve bu sebeplerin de işin ve işyerinin yürüyüşünü olumsuz anlamda etkilemesi esas alınmıştır.

İşçinin yetersizliğinden doğan haller, fiziki olabileceği gibi mesleki yetersizliklerden de kaynaklanabilmektedir. Fiziki yetersizlik olarak emekliliğe hak kazanma ve bu arada belirli yaş haddine ulaşmış olma halleri yargı kararlarında yoğun olarak işlenmiş ve salt bu nedenlerin sebep teşkil etmeyeceği; ancak başka somut verilerle desteklenmesi ve işletmeye olumsuz etkilerinin ispatlanmasıyla feshi geçerli kılınabileceği vurgulanmıştır. Buna mukabil, işletmenin kamu kurumu niteliğinde olması yahut da özelleştirme kapsamında olması ve bu işletmelerin de yapmış olduğu fazla personeli eksiltmeye yönelik istihdam politikaları neticesinde emekliliğe hak kazanan veya belirli yaş haddine ulaşan personelin iş sözleşmelerinin feshi geçerli kabul edilmektedir. Bunun gibi, hastalık ve kaza gibi nedenlerden ötürü istirahatların feshi geçerli kılması, ancak haklı fesih sebebi oluşturacak uzunlukta olması yahut da çok sık tekrarlanarak işçinin iş görme borcunu engellemesine bağlı kılınmıştır.

Kanaatimce, özellikle de belirli yaş haddine ulaşmanın bazı hallerde feshi geçerli kılması özellikle de işletmecilik prensipleri açısından zorunludur.

Öyle ki, işletmenin ağır sanayi kuruluşu olması ve işçinin de üretim hatlarında çalışması gibi her olayın özel olarak değerlendirileceği hallerde, işletmeyi olumsuz etkilediği somut olarak ortaya konamamakla birlikte, *belirli yaşın üzerinde çalışanların konsantrasyon ve dikkat eksikliğinin daha fazla olacağı göz önüne alınarak*, risk teşkil eden yerlerde, insan hayatını tehlikeye atmamak adına, belirli yaş haddini doldurmanın geçerli bir sebep olarak kabul edilmesi doğru olacaktır.

İşçinin mesleki yetersizlik hallerinde, özellikle de işletmecilik terimleri olan performans ve verimlilik ölçütleri önem kazanmaktadır. Bu ölçütlerin kullanılmasının feshi geçerli kılması, ölçütlerin işletmeye özgü olması ve standartların da gerçekçi ve makul bulunmasına bağlıdır. Yargıtay kararları, performans ve verim ölçütlerinin ve işçinin bu standartların altında kalıp kalmadığının tespitine yönelik bilirkişi incelemesi ve söz konusu eksikliğin giderilmesinin mümkün görüldüğü hallerde uyararak makul bir süre verilmesi gerektiği yönündedir. Esasen de, işveren gerçek niyetini, feshi en son çare olarak düşündüğünü, işçiye uyarıda bulunarak ve makul bir süre vererek gösterecektir.

İşçinin davranışlarının geçerli feshi doğurması, işçinin sözleşmenin feshini haklı kılmayacak ağırlıkta iş sözleşmesine aykırı hareketlerinin varlığı ve bunların taraflar arasında güven ilişkisini sarsmasına bağlıdır. Esasen bu noktada haklı neden-geçerli neden ayrımının Yasa'da net olarak ortaya konulmamış olması, doktrin ve yargı kararlarıyla bu ölçütlerin geliştirilmesi zorunluluğunu beraberinde getirmiştir. Bu fesih sebebi uyarı ile geçiştirilemeyecek düzeyde bir davranış olarak tanımlanmakta, varlığı için kusur öncelikli olarak aranmaktadır. Kanaatimce, her kusurlu davranışın, özellikle de hafif kusurların ve bu arada ihmallerin fesih sebebi teşkil etmemesi gerekmektedir. Nitekim, bu tarz karşılıklı borç içeren ilişkilerde, tarafların işin sürekliliğini sağlamakla mükellef oldukları göz önünde

tutulduğunda, zaman zaman oluşabilecek ihmal ve kusurların hafif tedbirlerle geçiştirilmesi mümkün olmalıdır.

İşletme gerekleri ile feshin temel ölçütü işçinin çalışma olanağının ortadan kalkmasıdır. Ancak, işverenin herhangi bir objektif nedene dayanmayan işgücünü azaltma kararı geçerli bir neden teşkil etmemektedir. İşletmede işgücü fazlasına sebep olan nedenlerin (örneğin ekonomik kriz, satış olanaklarının azalması) ortaya çıkması ile bir kısım işçinin yaptığı işin özdeşliğini ve sürekliliğini yitirmesi işyeri dışı nedenler; işverenin işletme ile ilgili kararına dayanan işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişimler neticesi işgücü fazlasının ortaya çıkması da işyeri içi nedenler olarak tanımlanmaktadır.

İşyeri dışı nedenlerin feshi mümkün kılması ancak, işletmeyi olumsuz yönde etkilemesi, satışlarda, siparişlerde ve karlarda azalmaya yol açması, üretimin eskisi gibi sürdürülme olanağının ortadan kalkması ile olur. Ancak, bu güçlükler geçici nitelikte ise fesih geçerli sebep teşkil etmeyecektir. Bunun gibi, üretimin kısılmasına rağmen işçinin gördüğü iş aynı düzeyde görülmeye devam ediyorsa yine geçerli bir fesih sebebinden bahsedilmez.

Olumsuz ekonomik etkenlerin yanında, gerçek bir ekonomik güçlük olmaksızın da işverenin verimli çalışmak, rekabet yeteneğini korumak ve karlılığını artırmak amacıyla işletmesini yeniden yapılandırması, reorganizasyon çalışmalarında bulunması neticesinde işyerinde işçinin çalışma olanağı ortadan kalkabilir ve işçinin iş sözleşmesi feshedilebilir. Bu durumun geçerli bir fesih oluşturup oluşturmadığının cevabını Alman ve Fransız Hukuku'nu inceleyerek değerlendirmekte fayda görülmüştür.

Fransız Hukuku, bu hususu ölçülük ilkesi temelinde denetlemekte ve bu denetimi işletmesel karar bazında yapmaktadır. Bu itibarla, verimlilik gibi nedenlerle alınan yeniden yapılandırma kararının işletme gereği olarak kabul edilmesi, ancak gerçek ve ciddi nedenlere dayanması ve rekabet yeteneğinin korunması amacının ortaya konması ile mümkün kılınmıştır.

Alman Hukuku ise feshi kaçınılmayan işletme gerekleri olarak tanımlamakta; yargı denetimini, feshin kaçınılmaz olup olmadığına, fiili durumun tespitine ve dar anlamda fesih kararının denetimine özgülemektedir. Buna mukabil, çalışma olanağını ortadan kaldıran neden, bir başka deyişle işletmesel karar denetim dışı bırakılmıştır. Bu itibarla yargı, işverenin işletme amaçlarını denetim dışı bırakmakta; işveren tarafından alınan tedbirlerin işyerinde işgücü fazlası yaratıp yaratmadığını ve feshin mutlak gerekip gerekmediğini inceleme konusu yapmaktadır.

Konunun Türk Hukuku açısından değerlendirilmesi gerekirse; her ne kadar Fransız Hukuku'nun işçiyi daha koruyucu niteliğe sahip olduğu düşünülse de, ülkemizin içinde bulunduğu şartlar ve özellikle de dönem dönem yaşanan ekonomik çalkantılar, iş güvencesi yönünden esnek tutum sergilenmesi zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Keza, Yeni Yasa ve gerekçesinin düzenlenme tarzı ve bugüne değin verilen yargı kararları da Alman Hukuku'na paralel bir gelişim olduğu kanaati uyandırmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, gerçekleşen fesih nedeninin geçici nitelikte olmayıp, süreklilik arz ettiğinin ve işyerini doğrudan olumsuz etkilediğinin tespiti gerekmektedir. Bu itibarla, işverenin objektif işgücü değişmediği halde sırf daha düşük ücretle işçi çalıştırmak amacıyla yapılan fesihler geçersiz olacaktır. Buna mukabil, işverenin birtakım hukuki imkanlardan faydalanmak suretiyle yeniden yapılanma tedbirleri alma imkanları vardır. Burada da, bu tedbirlerin alınması neticesinde ortaya çıkan işgücü fazlasının işletme gerekleri ile fesihte geçerli sebep teşkil edip etmediğinin araştırılması gerekir.

İşletmede uygulanan teknolojik değişimlerin bir takım işlerin ortadan kaldırılmasına sebep olması ve işçilerin çalışma olanağının kalmaması; üretimi daha az sayıda işçi çalıştırmak suretiyle gerçekleştirmek için norm kadro çalışmaları yapılması; işverenin işyerini süreklilik arz eder şekilde kapatması; hukuka uygun olarak devredilmesi mümkün işlerin taşeronla verilmesi; işyerinin devri veya kiraya verilmesi; şirketin özelleştirme

kapsamında olması gibi haller diğer somut verilerin de desteğiyle, geçerli bir fesih sebebi oluşturabilirler. Buna mukabil, ödünç işçi çalıştırmak suretiyle bir takım işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin geçerli kılınmasının imkanı yoktur.

Ancak, başka bir açıdan değerlendirildiğinde, örneğin işçi ile ödünç veren işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin varlığı ödünç sözleşmesinin devamına bağlı kılınmışsa, ödünç sözleşmesinin sona erdiği durumda başkaca bir çalışma imkanı da kalmamışsa yapılan feshi geçerli kabul etmek gerekir.

Feshin son çare olması ilkesi ise, Yasa'da yer almamakla birlikte, Yasa gerekçesinde önemle vurgulanmış, keza Yargıtay tarafından da benimsenerek kararlarında gerekçe olarak sıkça kullanılan bir ilke haline gelmiştir. Bu ilke uyarınca, işverenin fesih dışında daha hafif tedbirlerle amaca ulaşmasının mümkün ve beklenebilir olduğu durumlarda, fesih geçersiz kabul edilecektir. Başka bir deyişle, kaçınılmazlık unsurunun gerçekleşmemiş olması, feshi geçersiz kılmaktadır. Elbette ki, işverenden feshin en son çare olması dolayısıyla, izlenen amaca uygun önlemler alması beklenecek; buna karşılık aşırı masraflı, gerçekleştirilmesi zor taleplerde bulunulamayacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse, işçiye iş yaratılması beklenmeyecektir.

Bu ilkenin işçiden kaynaklanan fesihlerde de kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin henüz bir yargı kararı mevcut olmamakla birlikte, benim de katıldığım üzere, doktrinde baskın olarak, feshe son çare olarak başvurulması gerektiği görüşü hakimdir.

Fesih yerine geçebilecek tedbirleri ise, mesleki eğitim, değişiklik feshi, çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve ücretsiz izin olarak belirlemek mümkündür.

Mesleki eğitim vermek yoluyla feshin önlenmesi ancak işçinin eğitim neticesinde işverenin talep ettiği vasıfları kazanabilmesi, bunun yanında

eğitimnin makul sürede tamamlanabilir nitelikte olması ve işveren açısından pahalı olmaması ile mümkündür.

Değişiklik feshi ise, ancak çalışanın rızası ile mümkün olan bir tedbir şeklidir. Bu tedbire, ücrette, iş ve işyerinde değişiklik yapılmak suretiyle başvurulabilir. Bu değişiklik için izlenecek yol Yasa'nın 22. maddesinde açıklanmıştır. Burada işverenin asıl amacı sözleşmeyi sona erdirmek değil, bilakis çalışma koşullarını değiştirerek iş ilişkisinin devamını sağlamak olmalıdır. Bu amaç dışına çıkılan çalışma koşullarında değişiklik talebi neticesinde yapılan fesih geçersiz sayılacaktır.

Bunun gibi 1475 sayılı Yasa döneminde mevzuata uygun olmamakla birlikte, özellikle de kriz dönemlerinde uygulanan çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve özellikle de telafi çalışmasına yeni Yasa ile imkan tanınmış; konuya ilişkin madde hükmünden 3 ayı geçen krizin artık geçici olma vasfını yitirdiği anlaşıldığından, bu süreyi aşan zorlayıcı nedenler nedeniyle yapılan fesiHLere geçerlilik tanıma olanağı sağlanmıştır.

1475 sayılı Yasa döneminde, işçilerin rızası olmadan yapılan uzun süreli ücretsiz izin uygulaması gizli fesih iradesi olarak değerlendiriliyordu. Yeni Yasa'nın 22. maddesi artık bu tarz bir tedbire olanak tanımakta ve hatta feshin son çare olması ilkesi uyarınca, beklenebilir hallerde, işverenin denemesi gereken bir tedbir şekli olduğu belirtilmektedir.

Tez çalışmasının konusuna ilişkin araştırma ve değerlendirmeler neticesinde, madde metninden açıkça anlaşılamayan geçerli fesih sebeplerinin, ancak işletmelerin uygulamaları ve Yargıtay kararlarıyla somutlaşarak açık hale geleceği ve yol gösterici nitelik kazanacağı, anlaşılmaktadır.

YARARLANILAN YAYINLAR

- Akyiğit, Ercan** : İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu–İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara: 1995.
- Akyiğit, Ercan** : “İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi”, TÜHİS-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S. 1-2, Ağustos-Kasım 2004
- Bilgili, Abbas** : İş Güvencesi Hukuku-İşe İade Davaları, 2. B., Adana: Karahan Kitabevi, Şubat 2005
- Çelik, Nuri** : İş Hukuku Dersleri, 15. B., İstanbul: Beta Basım, Eylül 2000 (**Çelik, İş Hukuku I**)
- Çelik, Nuri** : İş Hukuku Dersleri, 16. B., İstanbul: Beta Basım, Ekim 2003 (**Çelik, İş Hukuku II**)
- Çelik, Nuri** : İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, 1. B., İstanbul: Şubat 2003 (**Çelik, İş Güvencesi**)
- EKMEKÇİ, Ömer** : “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, İHSGHD 1/2004
- Ekonomi, Münir** : “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 Sayısı Özel Eki
- Engin, Murat** : İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, 1. B., İstanbul: Beta Basım, Ekim 2003 (**Engin, İşletme Gerekleri**)
- Engin, Murat** : “İşletme Gerekleri İle Fesih ve Ücretsiz İzin” (Yargıtay Karar Değerlendirmesi) İHSGHD, 2004/2 (**Engin, Ücretsiz İzin**)

**Eyrenci, Öner-
Taşkent, Savaş-**

Ulucan Devrim : Bireysel İş Hukuku, 2. B., İstanbul: Legal Yayıncılık,
Şubat 2005

Günay, Cevdet İ.: İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005)

Güzel, Ali : İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi,
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Çözüm
Önerileri, İstanbul: 2004,

Kar, Bektaş : " İş Güvencesi Kavramı", İHSGHD, 6/2005

Kılıçoğlu,

Mustafa : 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması,
İstanbul: Ayhan Yayıncılık, 2005

Kutal, Metin : "İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı",
MESS Mercek Dergisi, Nisan 2003,

Le Goff, Jacques, : Droit du travail et societe, Tome 1, Paris 2001

Lyon-Caen, Gerard: Çev: Ali Güzel, İş Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul:
Reşat Kaynar Armağanı'ndan ayrı bası, 1981

Mollamahmutoğlu,

Hamdi : İş Hukuku, Ankara: Turhan Kitapevi, 2004

Nicolle, Richard-

Bennett, Rebecca : "İngiliz Hukukuna Göre İş Sözleşmesinin Feshi",
İHSGHD, 6/2005,

- Süral, Nurhan** : Employment Termination and Job Security Under New Turkish Labour Act, Middle Eastern Studies, 41, No.2, 249-268, March 2005
- Süzek, Sarper** : İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara: 1976 (**Süzek, Fesih**)
- Süzek, Sarper** : İş Hukuku, 2. B., İstanbul: Mart 2005 (**Süzek, İş Hukuku**)
- Şahlanan, Fevzi** : "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları", Türk-İş Yayını, Bolu
- Şakar, Müjdat** : İş Hukuku Uygulaması, 5.B., İstanbul: Beta Basım, 2003
- Taşkent, Savaş** : İş Güvencesi - İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul: 1991
- Tuncay,A. Can** : "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.1, Ocak 2003
- Uçum, Mehmet** : Yeni İş Kanunu Seminer Notları, 1. B., İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003)
- Ulucan, Devrim** : İş Güvencesi, İstanbul 2003

ÖZGEÇMİŞ

Rüştü İlkay TURHAN

Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü,
Yüksek Lisans öğrencisidir.

1973 yılında Düzce'nin Akçakoca ilçesinde dünyaya geldi. İlköğrenimini Akçakoca Yalı İlkokulu'nda tamamladı. 1991 yılında Kdz. Ereğli Anadolu Lisesi'nden, 1995 yılında da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Avukatlık stajı sonrasında Ankara'da serbest avukat olarak çalışmaya başladı. 1999 yılında çalışmaya başladığı Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. nde halen müşavir/avukat olarak görev yapmaktadır. Çok iyi derecede İngilizce ve biraz Fransızca bilmektedir.