İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLERE DAYALI FESHİ

NURŞEN GENÇ ERDEM

İstanbul

T.C. Maltepe Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Nisan, 2018

T.C. Maltepe Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

12.03.2018 tarihinde tezinin savunmasını yapan Nurşen Genç ERDEM' e ait "İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Fesh Bağlamında İncelenmesi" başlıklı çalışma, Jürimiz tarafından Sosyal Bilimler Enstitüsü Öze Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programında Yüksek Lisans Tez Olarak **Oy Birliğiyle /~~Oy Çokluğuyla~~** kabul edilmiştir.

.....

Prof. Dr. Devrim ULUCAN
(Başkan)-Danışman

.....

Prof .Dr. Öner EYRENCİ
(Üye)

.....

Yrd.Doç.Dr. Şükriye Esra BAŞKAN
(Üye)

İLKE VE KURALLARA UYUM BEYANI

Bu tezin bana ait özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; çalışmanın Maltepe Üniversitesinde kullanılan "bilimsel intihal tespit programı" ile tarandığını ve öngörülen standartları karşıladığını beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

İş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayalı feshi

ORIJINALLIK RAPORU

%25	%22	%8	%10
BENZERLIK ENDEKSI	İNTERNET KAYNAKLARI	YAYINLAR	ÖĞRENCI ÖDEVLERI

BIRINCIL KAYNAKLAR

1	ozbercetin.com İnternet Kaynağı	%6
2	acikerisim.deu.edu.tr İnternet Kaynağı	%3
3	www.kamu-is.org.tr İnternet Kaynağı	%3
4	Submitted to Turkiye ve Orta Dogu Amme İdaresi Enstit Öğrenci Ödevi	%1
5	www.kanunum.com İnternet Kaynağı	%1
6	mersinbarosu.org.tr İnternet Kaynağı	%1
7	www.tiryakidanismanlik.com İnternet Kaynağı	%1
8	www.nazliaydogan.av.tr İnternet Kaynağı	%1

T.C.
MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
KÜTÜPHANESİ

TEŞEKKÜR

Tez yazım sürecinde akademik her türlü katkısını sunan, eleştirileriyle akademik alanda ilerlememi ve çalışmamın derinleşmesini sağlayan değerli hocam Prof. Dr. Devrim ULUCAN'a yine bu süreçte bana özveri gösteren değerli eşime, aileme ve aramıza katılmasını beklediğimiz bebeğimize her daim yanımda oldukları ve destekleri için teşekkürü borç bilirim.

İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Feshi

Nurşen GENÇ ERDEM

Yüksek Lisans Tezi

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Devrim ULUCAN

Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018

İşçinin feshe karşı korunmasına, yani iş güvencesine ilişkin düzenlemeler, Türk Hukuku'na önce 09.08.2002 tarihli ve 4773 sayılı yasa ile daha sonra da 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı yasa ile girmiştir. İş güvencesi kavramının yasalarımızda düzenlenmesi ile işverenin fesih hakkının sınırlandırılarak, işçinin işini güvence altına alma ve iş ilişkisinin varlığının korunması hedeflenmiştir. 4773 sayılı yasa da iş güvencesi kapsamı oldukça geniş tutulmuş olmasına rağmen, daha sonra getirilen 4857 sayılı yasada iş güvencesi kapsamı daraltılmıştır. Çalışan işçi bazında 4857 sayılı yasada kapsam daraltılmış olsa da, geçerli bir sebebe dayanılması esası yine korunmuştur. Her iki yasal düzenlemede de geçerli fesih sebepleri, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olarak belirlenmiştir. İş güvencesi kavramı işyerinden işçinin çıkarılamaması anlamını taşımadığı gibi, işletme gereklerinin de göz önünde tutulması anlamına gelmektedir. İşletmenin ekonomik ve mali zorunlulukları, modern teknolojinin gereklerine uyarlanıp daha verimli çalıştırılması gayesiyle reorganize edilmesi ile işletme düzeninin ve disiplinin sağlanması, işçinin yetersizliği ve davranışları işçi çıkarmayı gerekli kılabilmektedir.

İşyerine ilişkin geçerli fesih sebepleri ise işletme dışından ve işletme içinden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri olarak ikiye ayrılmaktadır. İşletme dışından kaynaklanan sebepler ile işletme içinden kaynaklanan sebepler belirlenirken, önemli olan bu nedenlerin oluşumunda işverenin iradesinin etkili olup olmadığıdır. Çalışmamızda, öğretide tartışmalı olan konulara, görüşlere ve Yargıtay kararlarına yer verdiğimiz gibi, bu kaynaklara da atıf yapılmıştır. Tez çalışmamızdaki nihai amaç ise, işverenin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayalı iş sözleşmelerinin feshini belirli ilkeler doğrultusunda açıklığa kavuşturulmasını sağlayarak, işçi ve işveren arasında doğabilecek ihtilaflarda, belirsizliklerin önüne geçmek ve uygulamada yaşanan sıkıntıların çözüme kavuşturulmasına hizmet etmektir.

Anahtar Kelimeler: 1) İş Hukuku 2) İş Güvencesi 3) İşletme Gereği 4)İşletmesel Karar 5)Ekonomik Nedenler 6)Teknolojik Nedenler 7)Sosyal Seçim 8)İş Güvencesi 9) İş Sözleşmesinin Feshi 10) Kriz 11)İstihda

ABSTRACT

Termination of Employment Contract Due to the Reasons arising from the Requirements of Enterprise, Workplace and Work

NURŞEN GENÇ ERDEM

Master Thesis

Private Law Programme

Thesis Advisor: Prof. Dr. Devrim ULUCAN

Maltepe University Social Sciences İnstitute, 2018

The regulations regarding the protection of worker against the termination, namely job security, is entered into the Turkish Law, initially by 09.08.2002 dated and 4773 numbered law and then by 22.05.2003 dated and 4857 numbered law. Although the scope of the job security is broad in the Law No.4773, the scope of job security is limited by the further Law no.4857. While the scope based on the worker who is still working, is limited in the Law No.4857, the principle of a reasonable grounding is still reserved. In both legal regulations, the valid reasons for the termination are determined as the reasons arising from the worker's qualification or behaviors; or the reasons arising from the requirements of the enterprise, workplace or work. The term of job security does not bear the meaning of non-dismissal of the worker from the workplace, it means to consider the requirements of the enterprise. Dismissal of workers may be required by economical and financial obligations of the enterprise, reorganization of the enterprise by adopting it to modern technology requirements for more efficient operation, maintenance of order and discipline of enterprise, non-qualification and behaviors of the worker. The valid reasons can arise from the "qualification or behaviors of the workers or a reason arising from the requirements of enterprise, workplace or work; the worker's non-qualification and behaviors are the reasons related with the personality of the worker; the reasons arising from the requirements of enterprise, workplace and work are the reasons related with the workplace, not directly or indirectly related with the worker. Since our thesis is dedicated to the termination due to enterprise requirements; only termination due to requirements of enterprise, workplace and work and their conclusions are studied in the fourth part; other termination reasons are not mentioned in our study. In the fourth part of our thesis, operational decision types are mentioned in details. Our study is finalized with a conclusion part including general evaluations regarding the research issue, by adding our opinions on some topics. The final purpose of our study is to ensure enlightening termination of employment contract due to the reasons arising from requirements of enterprise, workplace and work in line with specific principles, to prevent ambiguities in the conflicts arising between the employer and worker and to help for solving the problems in the implementation.

Key words: 1) Labor Law 2) Job Security 3) Enterprise Requirement 4)Operational Decision 5)Economic Reasons 6)Technological Reasons 7)Social Choice 8)Job Security 9) Termination of Employment Contract 10) Crisis 11)Employment

İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....2
İLKE VE KURALLARA UYUM BEYANI 3
İNTİHAL RAPORU 4
TEŞEKKÜR.....5
ÖZ.....6
ABSTRACT.....7
İÇİNDEKİLER.....8
KISALTMALAR 14
ÖZGEÇMİŞ 16

BİRİNCİ BÖLÜM

I- İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAYNAKLARI.....3
A. İş Güvencesi Kavramı ve Önemi.....3
1. İş Güvencesinin Tanımı.....5
2. İş Güvencesinin Türleri.....7
a. Dar/Geniş Anlamda İş Güvencesi.....7
b. Yasal/ Akdi İş Güvencesi.....8

B. İş Güvencesinin Unsurları.....9
1. İş Sözleşmesinin Feshinin Sınırlandırılması.....9
2. İşçinin Çalışma Hakkının Korunması.....11
3. İş İlişkisinin Devamlılığının Sağlanması.....14

C. İş Güvencesinin Hükümlerinin Hukuki Niteliği.....15
1. İş Güvencesi Hükümlerinin Emredici Niteliği.....15
a. Mutlak Emredici İş Güvencesi Hükümleri.....15
b. Nispi Emredici İş Güvencesi Hükümleri.....16
2. İş Güvencesi Hükümlerinden Feragat Edilmezlik.....17

D. İş Güvencesinin Kaynakları 17
1. Uluslararası Hukukta İş Güvencesinin Kaynakları.....17

a. Birleşmiş Milletler Normları.....17
aa. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.....18
bb. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi.....18
cc. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi.....19
b. Uluslararası Çalışma Örgütü Normları.....19
c. Avrupa Birliği Normları.....22
aa. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....22
bb. Avrupa Sosyal Şartı.....24
cc. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi.....25

2. Ulusal Hukukta İş Güvencesinin Kaynakları ……..…….25

a. Anayasalarımızda İş Güvencesi……..…….…….25
b. Kanunlarımızda İş Güvencesi…….....27

aa. 1475 Sayılı Yasa Döneminde İş Güvencesi…….....…….29
bb. 4773 Sayılı Yasa Döneminde İş Güvencesi…….....….30
cc. 4857 Sayılı Yasa Döneminde İş Güvencesi…….....31

II. 4857 SAYILI İŞ KANUNU ÇERVESİNDE İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI……...…...33
A. Genel Olarak……...……33
B. İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları…….....34

1. İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na tabi olma…….....34
2. Otuz veya Daha Çok İşçinin Çalıştığı Bir İşyerinde Çalışma…..…..36
3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması……40
4. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak…….....42
5. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dayalı Olarak Çalışma……...43
6. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi…….……...45

C. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi……..……...49
1. Genel Olarak…….……...49
2. Feshi Geçerli Nedene Dayandırma Yükümlülüğü……..….50
3. İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebepler……51
a. İşçinin Yetersizliği Nedeniyle Fesih……...…..51
aa. İşçinin Fiziki Yetersizliği…….……...…..53
bb. İşçinin Mesleki Yetersizliği……...55

b. İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih……...……57
aa. İşçinin İşvereni Yanıltması……58
bb. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarf Etmesi…….....58
cc. İşçinin Geçimsizliği……...59
dd. İşçinin Sadakat Borcunu İhlal Etmesi…….....59
ee. İşçinin Devamsızlığı ve İşe Geç Gelmesi……..59
ff. İşçinin Görevini Yerine Getirmekteki Yetersizliği……...……60
gg. İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi……60
hh. İşçinin Kısa Süren Tutukluluğu……60

c. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih……...…61

4. İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep Oluşturmayan Durumlar……...…..62
a. Sendikal Nedenler…….……..……...62
aa. Sendika Üyeliği Nedeniyle Yapılan Fesihler……...64
bb. İşyeri Sendika Temsilciliği Nedeniyle Yapılan Fesihler……...65
cc. Sendikal Tazminat……67
b. Hak Arama Sürecinde Yer Alma…….……..72

c. Haklı Görülmeyecek Ayrımcılıkta Bulunma……..……...73
d. Geçerli Mazeret Nedeniyle İşe Devam Etmeme……...…73

5. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Uygulanacak Usul……...75

İKİNCİ BÖLÜM

II. İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VEYA İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ SEBEPLERLE İŞ AKDİNE SON VERİLMESİ

A. Genel Olarak…….…..77
1. İşletme ve İşyeri Kavramı…….....…….79
2. İşyeri ve İşletme Ayrımı…….....……...82
3. İşyeri Gerekleri Kavramı……..……82
4. İşletme Gerekleri Kavramı……..……83

B. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Sebebe Dayanan Fesihlerde Girişimci Karar Alınması……84
1. Girişimci Karar Kavramı…….……84
2. Yargıtay'ın Kabul Ettiği "İşletmesel Karar" Kavramı…….....86
a. Kurucu İşveren Kararı…….....88
b. Bağlı İşveren Kararı……...……89
c. Kurucu-Bağlı İşveren Kararı Tanımının Eleştirisi……90

3. İşverenin Girişimci Karar Alma Hakkının Dayanağı……..…….....94
4. İşverenin Girişimci Karar Alma Sebepleri.....96

C. Girişimci Karar Türleri…….....99

1. Genel Olarak…….....99
2. İşyeri ve İşletme İçi-İşletme Dışı Sebeplerle Alınan Girişimci Kararlarda İşverenin İspat Yükü……...……..101
3. İşyeri ve İşletme İçi Sebeplere Dayalı Olarak İşverence Yapılan Fesih Sebeplerinden Bazıları…….....102
a. İşyeri ve İşletmenin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Olarak Alınan Girişimci Kararlar…….....102
aa. Yeniden Yapılanma Kavramı…….....……..102
bb. Norm Kadro Uygulaması Sonucunda İşyerinde Bazı Kadroların İptal Edilmesine İlişkin Girişimci Kararın Uygulanmasında İşverenin İspat Yükü…….....103
cc. Norm Kadro Uygulaması Sonucunda İşyerinde Bazı Kadroların İptal Edilmesi Sebebiyle Yapılan Fesihler……..…..104
b. İşyerindeki Çalışma Bölümlerinin Kapatılmasına İlişkin Olarak Alınan Girişimci Kararlar……...……....109
aa. Genel Olarak…….……....109
bb. İşyerindeki Çalışma Bölümlerinin Kapatılmasına İlişkin Girişimci Kararın Uygulanmasında İşverenin İspat Yükü…….....111

cc. Çalışma Bölümlerinin Kapatılmasına İlişkin Alınan Girişimci Karar Sonucu Yapılan Fesihler…….....113

c. İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesine İlişkin Girişimci Karar Alınması……...……...116
aa. Genel Olarak……...….....116
bb. Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesine İlişkin Girişimci Kararın Uygulanması Sonucu İş Sözleşmelerinin Feshi……...118
cc. Kamu Kuruluşları Lehine Getirilen Ayrıcalık……...……....121

d. Çalışma Koşullarının Esaslı Şekilde Değiştirilmesine İlişkin Olarak Alınan Girişimci Karar Sonucu Fesih…….....124
aa. Çalışma Koşulları Kavramı…….....124
bb. Esaslı Değişiklik Kavramı…….....126
aaa.Geçici İş İlişkisi……129
bbb.İş Sözleşmesinin Devredilmesi ile İşyerinin Devri……...131
cc. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişikliğin İşçi Tarafından Kabul Edilmemesi Sonucu İş Sözleşmesinin Feshi……..……...133

e. Ekonomik, Teknolojik ve Yapısal Nedenlerle Toplu İşçi Çıkarılmasına Yönelik Alınan Girişimci Karar…….…..139
aa. Toplu İşçi Çıkarma Kavramı…….....139
bb. Toplu İşçi Çıkarılmasına Yönelik Alınan Girişimci Kararlar….....141

f. Şirket Birleşmelerinde Ortaya Çıkan İstihdam Fazlasının Giderilmesine Yönelik Alınan Girişimci Karar……144
aa. Şirket Birleşmesi Kavramı…….……...……..144
bb. Birleşmelerde İstihdam Fazlasının Giderilmesine Yönelik Olarak Yapılan İş Sözleşmelerinin Feshi…….....146
cc. Birleşmelerde İstihdam Fazlasının Giderilmesine Yönelik Alınan Girişimci Kararın Uygulanmasında İşverenin İspat Yükü…….....149

g. Emekli Olmaya Hak Kazanmış Bulunan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Olarak Alınan Girişimci Karar……152
aa. Emeklilik Kavramı……...……...…152
bb. Emekli Olmaya Hak Kazanmış Bulunan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshi…….....152

h. Yeni Teknolojinin Uygulanması Nedenine Dayalı Olarak Alınan Girişimci Karar……....156
aa. Yeni Teknoloji Uygulanması…….……....156
bb. Yeni Teknoloji Uygulanması Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshi……...156

i. İşyerinin Kapatılmasına İlişkin Alınan Girişimci Karar……...……....157
aa. İşyerinin Kapatılması Kavramı……..……....157
bb. İşyerinin Kapatılmasına İlişkin Girişimci Karar Sonucu İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshi……..158

4. İşyeri Dışı Sebeplerden Kaynaklanan Girişimci Kararlara Dayalı Olarak Yapılan Fesihler……..…...162

1. Genel Olarak……..162
2. İşyerini DışarıdanEtkileyen Durumlar……..164
a. Ekonomik Kriz Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Alınan Girişimci Kararlar…….....164
aa. Kriz ve Ekonomik Kriz Kavramları……...164
bb. Krizin Yapısal Nedenleri.....167
cc. Ekonomik Kriz Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi……..…169

b. Talep ve Sipariş Azalması Sonrası Üretimin Düşmesine İlişkin Alınan Girişimci Kararlar……...…...172
aa. Talep ve Sipariş Azalması Kavramı……...…172
bb. Talep ve Sipariş Azalmasına Bağlı Olarak Alınan Girişimci Karar Sonucu İş Sözleşmelerinin Feshi……172

c. Kamu Kurumlarına Vize Tahsis Edilmemesi Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Alınan Girişimci Karar…….....174
aa. Vize Tahsisi Kavramı……..…...174
bb. Kamu Kurumlarına Vize Tahsis Edilmemesi Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshi……..….178

d. Personel Giderlerinin Sınırlandırılması Sonucu İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Alınan Girişimci Kararlar…….…..….181
aa. Personel Giderlerinin Sınırlandırılması Kavramı……...181
bb. Personel Giderlerinin Sınırlandırılması Sebebi İle İş Sözleşmelerinin Feshi……..…183

e. Kamu Kurumlarının Özelleştirme Kapsamına Alınması veya Özelleştirilmesi Sonucunda Ortaya Çıkan İstihdam Fazlasının Giderilmesine İlişkin Girişimci Karar……..……...….185
aa. Özelleştirme Kavramı……...……185
bb. İş Sözleşmelerinin Özelleştirme Kapsamına Alınması Veya Özelleştirilmesi Sebebiyle Feshedilmesi……..187
cc. Özelleştirme Sonrası İş Sözleşmesi Feshedilen İşçilere Sağlanan Haklar…….192

D. İşletme Gereklerine İlişkin Nedenlerin Geçerli Bir Fesih Oluşturma Koşulları……..195

1. Feshin Son Çare Olması(UltimaRatio)…….……195
a. İşçinin İşyerindeki Başka Bir İşte Çalıştırılması……...…….…..199
b. Fazla Çalışmaların Kaldırılması……..…...…200
c. İşçinin İşverenin Başka Bir İşyerinde Çalıştırılması……..201
d. İşçinin Meslek İçi Eğitime Tabi Tutulması……201
e. Uygulanabilecek Diğer Tedbirler……...202

2. İşçinin İşyerinde Çalışma Olanağının Kalmadığının Tespit Edilmesi…….202

III.ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YARGISAL DENETİM

A. İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim……...204
1. 7036 Sayılı Yasa Kapsamında Hukuk UyuşmazlıklarındaArabuluculuk……....204
a. Genel Olarak……..204
b. Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamı ve Uygulama Alanı……..…….206
2. İşe İade Talebi ve Arabulucuya Başvurma Zorunluluğu……....208
3. Yargılama Usulü ve İspat Yükü……..211
4. Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları……...213
5. Mahkemece Feshin Geçersizliğine Karar Verilmesi……..215
a. İşverence İşçinin İşe Başlatılması……...…217
b. İşverence İşçinin İşe Başlatılmaması…….....218
c. Uygulamada Sıklıkla Karşılaşılan Birtakım Durumlar……...…220
6. Mahkemece Feshin Geçerli Olduğuna Karar Verilmesi……...…..222

B. Yargısal Denetim Türleri……222

1. Yerindelik Denetimi……..……...…..225
2. Keyfilik Denetimi……..……...…...226
3. Tutarlılık Denetimi……..227
4. Ölçülülük Denetimi……..……...229
5. Sosyal Seçim……...…....231

C. Yargısal Denetimin Eleştirisi……..239

IV.SONUÇ…….241

KISALTMALAR

AB :Avrupa Birliği

a.g.e :Adı geçen eser

AİY : Alt İşverenlik Yönetmeliği

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

ASŞ : Avrupa Sosyal Şartı

A.Ş :Anonim Şirket

AY :Anayasa

AYM :Anayasa Mahkemesi

AYMK : Anayasa Mahkemesi Kararı

b : Bent

BM : Birleşmiş Milletler

BİK : Basın İş Kanunu

BK : Borçlar Kanunu

Bkz : Bakınız

BM : Birleşmiş Milletler

C :Cilt

Derg : Dergisi

Dn : Dipnot

E : Esas

EİK :Eski İş Kanunu

ESKHS **:**Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

f :Fıkra

GGASŞ : Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

ILO : International LabourOrganization

İK : İş Kanunu

K : Karar

md :Madde

MK : Medeni Kanun

No : Numara

RG : Resmi Gazete

s : sayfa

S :Sayı

SK : Sendikalar Kanunu

SSK : Sosyal Sigortalar Kanunu

Söz. :Sözleşme

TBK **:**Türk Borçlar Kanunu

TTK **:**Türk Ticaret Kanunu

TTSÇCSİS **:** Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası

Yön : Yönetmelik

vd **:** Ve devamı

Y9HD **:** Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

ÖZGEÇMİŞ

Nurşen GENÇ ERDEM

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Eğitim

Derece	*Yıl*	*Üniversite, Enstitü, Anabilim/Anasanat Dalı*
Y.Ls.	2018	Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
		Özel Hukuk Anabilim Dalı
Ls.	2011	İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	2005	Kaşif Kalkavan

İş/İstihdam

Yıl	*Görev*
2012 -	İstanbul Barosu, Avukatlık

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı : Ovacık, 1988 Cinsiyet:Kadın

Yabancı diller : İngilizce

GSM / e-posta : 05077850985/ nursengenc.ng@gmail.com

GİRİŞ

Liberal ekonomi politikalarını benimseyen ülkelerde, üretim araçlarını elinde bulunduran sermaye sınıfı, zamanla işçi sınıfı karşısında daha da güçlenerek, politika alanında da etkin düzeye ulaşmıştır. Sermaye sınıfının bilhassa yasalar yoluyla kendilerini koruyacak tek yanlı düzenlemeler tahsis etmeleri, çalışma hayatında işçi sınıfının birçok bakımdan mağdur edilmesine sebebiyet vermiştir. İşçi ve işverenler arasındaki emek-sermaye çatışması, politik alandaki tek yanlılık, işçi sınıfının işveren karşısındaki korunmasızlığı gibi sebepler süreç içerisinde işçi sınıfını çalışma yaşamında çok yönlü güvence arayışlarına yönlendirmiştir. Bu doğrultuda işçiler çalışma yaşamında işverene karşı birlikte hareket etmeyi seçerek, işçi birlikleri, sendikalar, ulusal ve uluslararası işçi konfederasyonlarını kurmuşlardır. İşçi sınıfının işverenin keyfi fesih işlemlerine karşı korunması ve iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması gibi birtakım haklı taleplerinin sonucu olarak iş güvencesi kavramı yasalarımıza girmiştir. İş güvencesi kavramı artık çalışma hakkının da ayrılmaz bir unsuru olup, etkili bir iş güvencesi sistemi çalışma hakkını da işlevli kılmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nda keyfi fesihler karşısında işçileri koruyacak mekanizmaların bulunmayışı ve iş güvencesine ilişkin hükümlerin bu yasada yer almaması, artık değişen çalışma yaşamının farklı talepleri ve ihtiyaçları sebebiyle, kamuoyunda iş güvencesi yasası olarak bilinen 4773 sayılı yasa kabul edilmiştir. Böylelikle ilk kez iş güvencesi kavramı bu yasa döneminde Türk çalışma hayatına girmiştir. 4773 sayılı yasanın iş güvencesine ilişkin kavramlarını ana hatlarıyla kabul eden 4857 sayılı İş Kanunu ile de iş güvencesine yönelik hükümler, gerek iş yaşamında gerekse mahkemelerin denetimleriyle tam olarak hukukumuzda uygulanmaya başlamıştır.

4857 sayılı İş Kanunun 18. maddesi ile birlikte iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilirken, feshin geçerli bir nedene dayandırılması zorunluluğu getirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda geçerli neden açıkça tanımlanmamış olup, sadece geçerli nedenlerin işçinin yeterliliği, davranışları ya da işyerinin işletmenin veya işin gerekleri olarak belirtilmiştir. Buna karşın 18. maddenin gerekçesine bakıldığında ise geçerli nedenlerin, 25. madde de belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin iş görmesini, işin, işyerinin normal işleyişini olumsuz etkileyen haller olarak tanımlandığını; kavramın somutlaştırılması ve özellikle fesihte "haklı neden" olarak kabul gören durumlardan farklılaşması öğreti ve uygulamaya bırakıldığını görmekteyiz. Yine gerekçede geçerli sebep

sayılabilecek bazı hallere ise örnekler verilmek suretiyle geçerli nedenlerin neler olabileceği açıklanmaya çalışılmıştır. Kanun koyucu, her ne kadar "geçerli neden" kavramının somutlaşmasını öğreti ve yargı kararlarına bırakmışsa da, "geçersiz fesih nedenlerini" ise 18. maddenin 3. fıkrasında açıkça düzenlemiştir.

Çalışmamızda iş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayalı feshi irdelenirken; Çalışmamızın birinci bölümünde iş güvencesi kavramı, iş güvencesinden yararlanabilme şartları, feshin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu ve kıstaslarına değinilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, işletme gereklerine dayalı nedenlerin geçerli bir fesih oluşturma koşulları ve işverenlerce alınabilecek uygulamada en sık rastlanan girişimci karar türlerine yer verilmiştir. Girişimci karar türleri açıklanırken işyeri ve işletme içi sebepler ile işyeri dışından kaynaklanabilecek sebeplerle alınan girişimci karar türleri ayrı ayrı irdelenmiştir. 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunun yürürlüğe girmesiyle, Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan iş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle çalışmamızın son bölümünde "dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk" kurumu 7036 sayılı Kanunu çerçevesinde irdelenmiştir. Arabuluculuk yargı yolunu kapatan bir yöntem olmayıp, taraflar uyuşmazlığın yargı organları nezdinde çözüme kavuşturulmasını da isteyebileceklerdir. İşe iade talebinin de Kanunla zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmış olmasından dolayı bu bölümde işe iade davası arabuluculuk prosedürü ayrı bir başlıkta irdelenmiştir. Yine bu bölümde yüksek mahkemenin girişimci kararın denetimi yaparken hangi tür denetimleri yaptığı, hangi ilkelere riayet ederek kararlarını oluşturduğu açıklanmış olup, nihayet çalışmamız genel bir değerlendirme başlığı altında Sonuç bölümü ile sonlandırılmıştır.

I- İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAYNAKLARI

A. İş Güvencesi Kavramı ve Önemi

Sanayi devrimi sonrasında kırsaldan şehire büyük göçler sonrasında iş arzı büyük boyutlara ulaşmış, sanayi devriminin gerçekleşmesiyle geleneksel usta-çırak ilişkisi ise yerini fabrikalarda seri üretim yapılan çalışma biçimine bırakmıştır. Bu durum işçi ve işveren ilişkilerinin de değişime uğrayarak, artık çok sayıda işçinin çalıştığı işyerlerinde sınıf bilinci doğmasına sebep olmuştur. Bu yönüyle toplumsal yapı da yeni dönüşümden etkilenmiş, birbirinden kesin çizgilerle ayrılan iki toplumsal sınıf meydana gelmiştir. Bu dönemde üretim imkanlarının sahibi olan işverenler, işgücü üzerinde hakim konumda olmalarından ötürü, istedikleri çalışma koşullarını işçilere kolayca dikte ettirebilmişlerdir. Her türlü koruma önleminden yoksun, güvencesiz ve ağır koşullarda çalıştırılan işçiler, uzun çalışma saatlerine karşın çok düşük ücretler alabilmişlerdir. Haliyle bu dönemde işverence tek yanlı olarak saptanan ağır çalışma koşulları, işçi sınıfının sömürülmesine neden olmuştur. Dolayısıyla işçi sınıfının işveren karşısındaki korunmasızlığı ve çalışma hayatında sömürülmesi artık 19. yüzyıl başlarından itibaren işçi sınıfının örgütlenmesini, işveren sınıfı karşısında toplu hareket ederek bilhassa sendikalaşma yoluyla haklarını arama mücadelesini başlatmasını sağlamıştır. Ağır çalışma koşullarında sömürülen işçi sınıfının ısrarlı talepleri ve mücadeleleri sonrasında, devlet işçi işveren ilişkilerine aktif müdahalelerde bulunmuştur. Böylelikle devletin işçi-işveren ilişkilerine müdahalesi kendiliğinden gerçekleşmemiş olup; sanayi devriminin yarattığı olumsuz çalışma koşulları, iş kazaları ve işçi ölümlerinin çok büyük boyutlara ulaşması, meslek hastalıklarının artış göstermesi ve bu durumlardan kamuoyunun etkilenmesi sonrasında işçiler lehine koruyucu yasal düzenlemeler tesis edilmiştir. Bu bağlamda birçok ülke ve uluslararası kuruluş, çalışma şartları, ücret konuları üzerinde durmuş, yasal mevzuatlarında iş güvencesini tesis etmeye yönelik kurallar koymuşlardır. Örneğin 1802 yılında İngiltere'de çocuk işçileri koruyucu bir yasanın yürürlüğe konulması sonrasında, diğer Avrupa ülkelerinde de işçileri koruyucu yasalar çıkartılmıştır. Günümüzde artık devletler, taraflar arasında adil bir denge kurmak, çalışma barışını sağlamak ve çalışanları korumak ve yeni ihtiyaçlara cevaz vermek amacıyla; işçi-işveren ilişkilerine sürekli müdahale etmekte, bu doğrultuda yasalar çıkarılarak çalışma hayatının ilkeleri belirlenmeye çalışılmaktadır.

Ülkemizde ise, 19. yüzyıl ortalarına kadar sanayileşmenin başlamamasından ötürü işçilerin hakları ve korunmalarına ilişkin düzenlemeler, özellikle Cumhuriyetten sonra, sanayileşmenin gelişmesine paralel olarak yer bulmuştur. İşçinin feshe karşı korunmasına,

yani iş güvencesine ilişkin düzenlemeler, Türk Hukuku'na önce 09.08.2002 tarihli ve 4773 sayılı yasa ile daha sonra da 22.05.2003 tarihli 4857 sayılı yasa ile girmiştir. İş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanarak, keyfi olarak işverence bozulmasının önüne geçilmesi başka bir deyişle iş ilişkisinin varlığının korunması, işçiyi geçim endişesi ve iş sözleşmesinin keyfi biçimde feshedilebileceği endişesi duymaksızın çalıştırma düşüncesi, artık günümüz İş Hukuku'nun da en önemli konuları ve amaçları arasında yer edinmiştir[1]. İş güvencesi hükümleriyle işverenlerin sözleşme özgürlüğünden kaynaklanan fesih hakları korunmakta; ancak kullanılması yasada belirtilen koşulların varlığına bağlı kılınarak sınırlanmaktadır. Bu yönüyle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanarak, keyfi bir şekilde işverence bozulmasının engellenmesi, iş güvencesinin özünü oluşturmaktadır[2].

İş güvencesi hükümlerinin hukukumuzda yer almadığı kanun dönemlerde, işçinin işveren feshine karşı korumasız kaldığı, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile uzatılabilen fesih sürelerinin ise gerçek anlamda feshe karşı koruma sağlayamadığı zaman içerisinde görülmüştür. İş güvencesi hukuku, piyasa ekonomisinin işlerliğine zarar vereceği ve istihdamı azaltacağı iddiası ile eleştirilse de, iş güvencesinin istihdamı olumsuz etkileyeceği yönündeki görüşler piyasa ekonomisi ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır. İş güvencesi işçi haklarının temel unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Etkili bir iş güvencesi sisteminin hakim olmadığı bir hukuk düzeni içerisinde, iş hukuku işçi ve işveren arasındaki menfaatleri dengelemeye de yetmeyecektir. Oysa ki iş güvencesi ortamında işçinin ücretinin kanun ve sözleşme hükümlerine göre aksatılmadan gereği gibi ödenmesi, fesihlerin keyfi yapılamaması düşüncesi işçiler üzerinde olumlu bir motivasyon etkisi yaratacağı gibi, işçilerin daha verimli bir şekilde çalışmasını da sağlayacaktır. İş güvencesinin yetersiz kaldığı hukuk sistemlerinde işçinin sadece bireysel hakları değil, kollektif hak ve özgürlüklerinin de güvence altında olmadığı bilinmektedir. İşçinin feshe karşı gerektiği gibi korunmadığı bir hukuk düzeninde, sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve grev hakkı da yeterli işlev görmeyecektir[3]. Halen dahi ülkemizde sendikaya üye olması sebebiyle işten çıkartılan, sendikaya üye olmak isteyen işçilere gözdağı verilmek istenen, hatta çoğu kez toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra, önemli sayıda işçi çıkarmaların gerçekleştirildiğine şahit olmaktayız. Benzer şekilde greve öncülük edenler, çoğu kez işten atılmaktadırlar. İşte bu sebeplerle iş ilişkisine süreklilik

[1] ULUCAN, Devrim, Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan 2 den Ayrıbasım, İstanbul 1982, s.183;
[2] AKTUĞ, Semih Serkant, İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik ve Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirilmesi, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 1.Baskı, Ankara 2010, s.4.; CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, s.9; ULUCAN, Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, s.184-185.
[3] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s.27.

sağlanarak işçinin geleceğe güven duyması, işini kaybetme korkusu yaşamadan çalışması, iş güvencesi sisteminin önemli amaçlarındandır. Bu yüzdendir ki iş güvencesinin işlerlik kazandığı çalışma hayatı, piyasa işleyişine olumlu katkı sağlayacak, çalışma hakkına da ayrı bir anlam kazandıracaktır[4]. Nitekim iş güvencesi hükümleriyle varılmak istenen nihai amaç, üretime katkı sağlayan ve sosyal açıdan korunması gereken işçilerin çıkarıyla, ekonomik risk üstlenen işverenlerin karar verme ve yönetim hak ve özgürlüklerinin dengelenmesidir[5]. Üstelik iş güvencesi sistemine yapılan tüm eleştirilere rağmen, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmadığı ülkelerde istihdam gerçek anlamda sağlanamadığı gibi, 1951 yılından beri yürürlükte olan Alman Feshe Karşı Koruma Yasasına rağmen, o tarihten bu yana Almanya'da önemli bir ekonomik kalkınma gerçekleşmiştir. Bu sebeplerle iş güvencesi hukukunun piyasa ekonomisinin işleyişinde yararı olduğu açıktır[6]. Bu yüzdendir ki keyfi fesihlere karşı işçinin işini muhafaza etmesini, güvence altına alınması düşüncesi, küresel ekonomi içerisinde giderek, uluslararası hukukunda da esaslı bir parçası olmaya başlamıştır.

1. İş Güvencesinin Tanımı

İş güvencesi, işçinin işini güvence altına almayı amaçlar, işçinin işine işveren tarafından keyfi biçimde son verilmemesi biçiminde ortaya çıkar. Çalışma hakkı, herkesin yeteneklerine uygun, insanca yaşamasına yetecek bir ücretle, insan onuruna ters düşmeyecek çalışma koşulları içerisinde çalışabileceği bir iş sahibi olmasıyla başlayıp, iş güvencesinin sağlanmasıyla gerçekleşmektedir[7]. İş güvencesi hükümlerinin koruyucu yönü ağır basan düzenlemeleri, çalışma hakkını da etkili kılarak, bu hakkın kullanılmasını elverişli hale getirmiştir[8]. Nitekim iş güvencesi ile işçinin çalışma hakkı, işveren tarafından gerekçe gösterilmeksizin yapılan keyfi fesihlere karşı korunmaktadır. İş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanarak, keyfi bir şekilde işverence bozulmasının engellenmesi iş güvencesinin özünü oluşturmakta ve bu durum gerçek bir feshe karşı koruma olarak nitelendirilmektedir. İş güvencesi hükümleriyle getirilmek istenen asıl hedefte, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması, işçinin işini yitirmesini güçleştirecek tüm önlemlerin alınmasıdır[9].

---

[4] ULUCAN, İş Güvencesi, s.23-24.

[5] ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 30. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.446; EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 196; ULUCAN, Devrim, İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s.20-21.

[6] ULUCAN, İş Güvencesi s.22.

[7] KAR, Bektaş, "İş Güvencesi Kavramı", Legal İSGHD II, 6(2005), s.563.

[8] CENTEL, s.10.

[9] SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, 2017, s 567-568.

İşçinin geçimini sağlayabilmesi için tek geçim kaynağı çalışması sonucunda elde edeceği ücret geliridir. Genellikle işçinin çalışmasının karşılığı olan ücret dışında başkaca bir geliri de yoktur. İşçi emeği karşılığında hak kazandığı ücrete hayatı boyunca ihtiyaç duymaktadır. Günümüzde artık işçinin yaptığı iş, kendisinin ve ailesinin yaşamı ile yakın bağları nazara alınarak değerlendirilmektedir. İşçinin istihdamdaki yeri, aynı zamanda toplumsal kimliğini de belirlediğinden, işsiz bir bireyin ekonomik ve psikolojik baskılar altında kalarak; çalışma istek ve gücünü kaybettiği, yaşayabilmek için pek çok çareye başvurduğu, gerekirse suç işlemekten dahi beis duymadığı bilinen durumlardır. Benzer şekilde uzun süre iş bulamayan ve daha fazla bekleyemeyen, iyi bir işte bulamayan işçi, mecburiyet sebebiyle kendisine dayatılacak koşullarla çalışmak zorunda kalabilir. Bu yönüyle işçiyi ekonomik ve sosyal yönden koruma, işsizlik tehlikesinin giderilmesi gibi hususlarda iş güvencesinin yeri günümüzde büyük önem taşımaktadır. Tüm bu nedenlerle günümüzde modern iş hukukunun amaçlarından birisi de; iş güvencesi sistemi ile işçi ve ailesini geçim endişesi dışında tutmayı amaçlamak, sosyal huzursuzlukların azaltılmasına yardımcı olmaktır.

Tüm dünyada hızla artan nüfusun da etkisiyle işveren yönünden nitelikli işgücüne sahip olmak, işçi açısından ise iş bulmak ve bulduğu işte kalabilmek zorlaşmıştır. Haliyle işçilerin, işlerinde kendilerini güvencede hissetmelerinin ve işten atılma korkusunun olmadığı bir ortamda çalışmak istemeleri, işçilerin işyerindeki davranışları üzerinde de olumlu etkiler yaratacaktır. Aksi halde geleceğinden emin olmayan işçinin performansının iyi olması ve işletmeye yararlı olması pek olanaklı olmayacaktır. İşçilerin emeklerinin işletme amaçları doğrultusunda en etkili şekilde yönlendirebilmesi içinde, çalışma hayatında kendilerine iş güvencesinin sunulması gerekmektedir. İşte bu doğrultuda iş güvencesi sistemine hakim olan temel düşünce de, çalışması karşılığında işçinin aldığı ücretin, onun ekonomik ve sosyal yaşamının odak noktası olduğu gözetilerek, işçinin zarara uğrama tehlikesinin ortadan kaldırılması ve işçinin feshe karşı korunmasıdır[10]. İşçinin işini koruyabilmesi, önemli ölçüde, kamu müdahalesi yani yasama organının feshe karşı koruma yasası çıkarması suretiyle mümkün olmuştur. Zaman içerisinde hak alma mekanizmalarının işlerlik kazanması, işçi sendikalarının örgütlenmesi, toplu iş sözleşmelerinin yaygınlaşması vs. suretiyle de, söz konusu korumanın sağlanabileceği görülmüştür[11].

Çağdaş İş Hukuku, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde ne tam bir serbesti anlayışını nede işçiye çalıştığı iş üzerinde mutlak bir koruma sistemini benimsemiştir.

[10] AKTUĞ, s. 18-20.; CENTEL, s.9-10.
[11] CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, Legal, 2013, s.9.

Nitekim bir yanda işçi korunurken, diğer yanda da işletmenin varlığının korunması asıl gayedir. Bu sebeple iş güvencesiyle işçinin iş sözleşmesinin hiçbir şekilde işveren tarafından feshedilmeyeceği şeklinde anlaşılamayacağı gibi, işçi kanuna ve çalışma yaşamına aykırı davrandığı takdirde, iş sözleşmesinin feshedilmesi her zaman mümkündür. Böyle bir durumda işverenin, fesih sırasında keyfi hareket ettiğinden söz edilemeyecektir.

2. İş Güvencesinin Türleri

a. Dar/Geniş Anlamda İş Güvencesi

İş güvencesi kavramı konusunda; doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmış ve özellikle, "dar/geniş anlamda iş güvencesi" ayrımına gidilmiştir. Dar anlamda iş güvencesi işçinin doğrudan fesih işlemine karşı kendini korumasıdır. Başka bir söyleyişle, "dar anlamda iş güvencesi"; iş sözleşmesinin makul bir neden bulunmaksızın, keyfi biçimde bozulmasını engelleyip, iş ilişkisinin devam etmesini sağlama anlamına gelmektedir. Dar anlamda iş güvencesi ile amaçlanan, işverenin iş sözleşmesini keyfi olarak sonlandırmasının engellenmesi ve keyfi fesihler sonrasında işçinin işine iade edilmesi, iş ilişkisinin devamlılığının sağlanmasıdır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün(ILO) 158 sayılı Sözleşmesi de, iş güvencesini dar anlamıyla kabul etmektedir[12].

"Geniş anlamda iş güvencesi" ise, işçinin işini yitirmesini güçleştirici tüm önlemler ile işçinin işten çıkarılmasının kaçınılmaz olması halinde, işini kaybetmesinden dolayı uğrayacağı zararı ya da riski hafifletmeye yönelik tüm önlemleri içermektedir[13]. İşverenin fesih hakkına kanun ve sözleşmelerle getirilen bütün sınırlamalar örneğin fesih bildirim süreleri, fesih sebeplerinin gerekliliği, iş sözleşmesinin askıya alınması gibi işçiyi bekleyen riskler karşısında işçiye güvence sağlanması gibi durumlar, iş güvencesinin geniş anlamındaki kapsamı içerisinde yer almaktadır[14].

b. Yasal/Akdi İş Güvencesi

İş güvencesi, iş hukukuna hakim olan "işçiyi koruma ilkesinin" bir gereği olarak, işverenin iş sözleşmesini feshetme yetkisini sınırlandırmaktadır. İşverenin fesih hakkını sınırlamak suretiyle yaratılacak iş güvencesi, esas itibariyle iki yoldan gerçekleştirilebilir. "Kamu Müdahalesi" olarak bilinen birinci yol, devletin doğrudan doğruya yasama yoluyla işverenin fesih hakkına müdahale ettiği yoldur. Yasal iş güvencesi de, işverenin iş

[12] AKTUĞ, s.9.
[13] CENTEL, s.13.
[14] AKTUĞ, s.10.

sözleşmesini fesih hakkının yasa hükümleriyle sınırlamasıdır. Bu yönde, feshe karşı koruma hükümleri; yasa koyucunun takdiri çerçevesinde, ayrı ve özel bir yasada düzenleneceği gibi, iş yasasının içinde de yer alabilir. Hukukumuzda yasal iş güvencesi, İş Kanunu'nun içerisindeki hükümlerle (İş K. m.18-22 ve 29) ele alınmıştır[15]. İşçinin korunmasının gerçekleştirilmesindeki en etkili yollardan birisi emredici nitelikteki kuralların işlerlik kazanmasıyla sağlanabilecektir. Aksi halde hukuki düzenlemelere emredici nitelik kazandırılmaması, bu kurallara uyum sağlanmasını da güçleştirmiş olacaktır.

İkinci bir yol ise, "hak alma" mekanizmalarınca oluşturulacak, feshe karşı korumadır. İş güvencesi hükümlerinin, yasa yerine, sosyal tarafların (sendikalar) bağıtladıkları sözleşmelerden kaynaklandığı durumlarda, akdi iş güvencesinden söz edilir. Akdi iş güvencesinin başarısı, sendikalaşma oranının yüksek olduğu ve güçlü işçi sendikalarınca örülmüş bir toplu iş sözleşmesi ağının bulunduğu ülkelerde başarılı olmaktadır. Ülkemizde ise akdi iş güvencesi sistemi, tam anlamda gerçekleşme ortamını bulamamıştır. Yargıtay, cezai şart niteliğindeki toplu iş sözleşmesi hükümlerini yahut işe iadeyi öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerini geçersiz saymış, toplu iş sözleşmesiyle getirilecek olan feshe ilişkin tazminatların ise, iş güvencesine ilişkin yasal hakları aşamayacağını kabul etmiştir[16].

Öğretide yasal iş güvencesinin yokluğunda, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine karşı işçiyi korumak düşüncesiyle, birtakım akdi sınırlamalar getirilebileceği savunulmuşsa da, artık günümüzde iş güvencesine ilişkin yasa hükümleri kabul edildikten sonra, sözleşme hükümlerine başvurmanın gereğinin kalmadığı Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiştir[17].

B. İş Güvencesinin Unsurları

1. İş Sözleşmesinin Feshinin Sınırlandırılması

Güçlü olan sermayenin karşısında zayıf konumda olan işçinin işverenle eşit koşullarda sözleşme yapması mümkün değildir. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bu yönüyle iş hukukunda saf haliyle uygulama alanı bulması olanaklı değildir. Hizmet akdinin taraflarının fesih hakkı, TBK ve İş Yasaları ile düzenlenmiş ve aynı zamanda da sınırlanmıştır. İş sözleşmesinin fesih

[15] CENTEL, s.13.

[16] UŞAN, Fatih "İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunun'da Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi?(Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)" Sicil, S.9, Yıl: 3, Mart 2008,s.102-107.

[17] Y9HD. 27.06.2006T. 2006/13504E. 2006/18949K.; Y9HD. 11.04.2006T. 2006/8251E. 200/9414K., sinerjimevzuat.com.tr

yoluyla sona erdirilmesi işçi ve işverene verilen bir yetki olup, iş ilişkisi içerisinde sona erdirilemeyecek bir iş ilişkisinin varlığı mümkün olamayacağı gibi, aksi durum tarafların kişilik haklarına da ters düşecektir. Bu nedenledir ki işverenin güçlü konumu kendisine istediği gibi sözleşme yapma hakkını da tanımamaktadır.

İşsizlik tehlikesi şüphesiz sadece bireyleri ilgilendiren bir problem olmayıp, pek çok yönüyle toplumu da etkileyen bir durumdur. Bilhassa işsizlik sigortasının olmadığı ülkelerde biranda işini ve geçimini sağlayan gelirini kaybeden işçi, yeni iş bulmakta zorlanmakta, psikolojik sorunlar yaşamakta, zorunlu olarak çalışmayı kabul ettiği işlerde ise tatminsizlik yaşamaktadır. Yine işsizlik toplumlarda gelir dağılımlarında da eşitsizlik yaşanmasına neden olmaktadır. İşsizlik tüm aileyi etkileyen bir olgu olması nedeniyle var olan hayat standartları düşmekte, çoğu kez krediyle alınan menkul-gayrimenkullerin alımına yönelik kredilerin ödenmesi ise imkansızlaşmaktadır. Büyük ekonomik sıkıntılar içerisine düşen bireyler suç dahi işleyebilecek seviyeye gelebilmektedirler. Bu yönüyle bakıldığında iş sözleşmesi fesih yoluyla sona erdirilen işçinin uğrayacağı olası zarar, işverenin uğrayacağı zarardan çok daha fazla olacağı aşikar bir gerçektir. Nitekim böylesi bir durumda işverenin karşılaşabileceği güçlük yeni bir işçi bulmak olurken; işçi ise hem işini yitirmekte hem de ailesiyle birlikte geçim sıkıntısı içerisine düşmektedir. İşsizliğin toplumdaki barışı bozması, bireyi ve ailesini her yönüyle etkilemesi nedeniyle hem birey hem de toplumun çıkarları, gelir dağılımının topluma olumlu olarak yansıması için iş güvencesi sistemine ihtiyaç bulunmaktadır. Tüm bu hususlar gözetildiğinde işveren karşısında işçinin iş sözleşmesini sona erdirme hakkının sınırlanması ve haksız fesihlere karşı korunması gereksinimini doğurmaktadır.[18] Bu doğrultuda yasamız, geçerli nedenlerin varlığı halinde iş sözleşmesinin feshine imkan vermekte, feshin geçersiz sayıldığı durumlarda ise, işe iade ve tazminat hükümlerinin devreye girmesini düzenlemektedir (İş K. m. 18-21).

İş güvencesine ilişkin yasal düzenlemeler ile işverenin fesih hakkı sınırlandırılarak, işçinin işini güvence altına alması amaçlanmaktadır. Fesih haklarının kullanılmasının yasada belirtilen koşullara ve geçerli nedenlerin varlığına bağlı kılınması, işçileri feshe gerekçe göstermeden yapılan fesih işlemlerine karşı korumaktadır. Ancak burada söz konusu olan işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkının elinden alınması değil, söz konusu hakkın sınırlandırılarak, iş ilişkisinin sürdürülebilir nitelikte kalmasını sağlamaktır. Sözleşmenin feshi ve çalışma koşulları noktasında işverene birtakım sınırlandırmaların getirilmiş olması, iş

[18] CENTEL, s.11.

güvencesinin işçiye tanıdığı en önemli kazanımlardan olmuştur. İş güvencesi, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun sürdürülmesi manasına da gelmemektedir. Aksi düşünce, işverenin teşebbüs özgürlüğü, işletmecilik anlayışı ve temelde ekonominin genel ilkelerine aykırılık gösterecektir. Nitekim işverenin verimsiz bir işçiyi çalıştırmaya zorunlu tutulmasının beklenmesi, iş hukukunun amacına da aykırı düşmektedir. Bu nedenle feshe karşı korunmada nihai amaç verimsiz veya işletme için çalışma imkanı bulunmayan bir işçiyi iş yerinde tutmaya zorlamak değil, keyfi ve serbest iradeye dayalı fesihlerin yapılmasının engellenmesi ve feshe son çare olarak bakılmasıdır[19].

2. İşçinin Çalışma Hakkının Korunması

Devletçe ekonomik ve sosyal yaşama yapılacak herhangi bir müdahalenin ekonominin düzenli işleyişine engel olacağı, devlet baskısından uzak ve sözleşme serbestisi içerisinde ücret ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesi gerektiği yönündeki görüşler, işverenlerce uzun süre ön plana çıkarılmıştı. Bilhassa uzun çalışma süreleri, işçinin emeğine karşılık çok düşük ücretler ödenmesi, kadın ve çocuk işçilerin olumsuz koşullarda çalıştırılması, uzunca bir müddet liberalizmin ilkelerine hizmet etmiştir. Olumsuz ve güvenceden yoksun çalışma koşulları, işverenin istediği çalışma şartlarını ve ücretleri istediği gibi işçilere dikte ettirdiği korunmasız bir çalışma düzeni, zamanla işçiyi ve aile ilişkisini de olumsuz yönde etkilemiştir. Bu sebeplerle artık 19. yüzyıla gelindiğinde işçiye, ailesine bu yönüyle topluma da zarar veren korunmasız çalışma hayatından uzaklaşılmak istenmiştir. Böylelikle işçi sınıfının bu uğurda verdiği hak mücadelesi sonrasında devlet öncelikle yasa koyma yoluyla çalışma yaşamına müdahale etmiştir. Sonrasında ise birlikte örgütlenmenin ve hareket etmenin önemini kavrayan işçi sınıfı işçi sendikaları yoluyla örgütlenerek, artık iş yaşamında çalışma koşullarının toplu iş sözleşmeleriyle belirlendiği yeni bir döneme geçilmiştir[20].

Çalışma hakkının etkin bir biçimde hayata geçirilebilmesi ise ancak iş güvencesinin var olduğu bir hukuki ortam içerisinde mümkün olabilecektir. Çalışma hakkı ise, istihdam politikasının sağlanması ve devam ettirilmesi, işçinin serbestçe işini seçebilmesi ve çalışması karşılığında ücretini alabilme olanağının korunması, işçiler için iş olduğu kadar, işverenler yönünden de işçi bulma ve mesleki eğitim hizmetlerinin kurulup, devam ettirilmesinin sağlanması olarak tanımlanmaktadır[21]. Çalışma hakkı ve diğer sosyal haklar arasındaki dengeyi kurmakla yükümlü olan devlet, yasalar eliyle sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmakta,

[19] AKTUĞ, s.15.
[20] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s.25.
[21] AKTUĞ, s.8-9.

işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesini ortak paydada birleştirmeye çalışmaktadır. Birçok uluslararası sözleşme ve ülke anayasalarında çalışma hakkı temel bir insan hakkı olarak yer almaktadır. Anayasamızda yer alan bazı temel haklar ve bu hakların uygulanması ile ilgili ilkeler bu yönde çalışma hayatına olanaklar sağlamıştır[22]. Nitekim devlet tanıdığı hak ve özgürlüklerin yanında, bireyleri yoksulluk ve güvensizlikten kurtarıp, insanlık onuruna yaraşır çalışma koşullarını sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bu bağlamda 1982 Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle işçi haklarının korunması salt yasalarla sağlanmamış, çalışma hakkı, çalışma özgürlüğü, angaryanın yasak olması gibi hususların anayasal güvenceye alınması önemli bir adım olmuştur[23]. 1961 Anayasası, Cumhuriyetin sosyal bir hukuk devleti olduğu hükmünü getirmiş, bunun yanı sıra sosyal devlet ilkesinin içeriğini oluşturan geniş bir hak ve ödevler listesine yer vermişti. 1982 Anayasası'nın da temelde 1961 Anayasası ile aynı eğilimi paylaştığı görülmektedir. Sosyal devlet uygulamalarının 2. Dünya savaşı sonrasında yoğunlaştığı, benzer eğilimin, 1947 İtalya Anayasası, 1949 Almanya Anayasası ve 1958 Fransa Anayasası tarafından da benimsendiği görülmüştür[24].

Anayasa'nın sosyal hukuk devleti ilkesi ve bunun somut yansıması niteliğindeki çalışma hak ve ödevine ilişkin hükümleri, devletin kendiliğinden herhangi bir başvuru olmaksızın yerine getirmesi gereken yükümlülüklerindendir. 1982 Anayasamızın 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı; " *Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır*" şeklinde tanımlanmıştır. Mülga 1961 Anayasası'nın[25] 40. maddesinde ise " *Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Kanun bu hürriyetleri ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir. Devlet özel teşebbüslerin milli iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*" şeklinde tanımlanmıştır. Böylelikle her iki anayasamızda da düzenlenen çalışma hakkı, bir yandan çalışanların insanca yaşaması devlete bir takım ödevler yüklerken, diğer yandan

[22] ULUCAN, Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, s.190-191.
[23] ULUCAN, Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, s.192; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 11.Basım, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s. 80.; TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 8. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s.171.
[24] AKTUĞ, s.38.
[25] RGT:20.07.1961, RGN:10859.

ise iş bulup çalışana da, çalıştığı işi koruma ve keyfi bir şekilde işini kaybetmeme hakkını olarak tanımaktadır.

Çalışma hakkı sadece işin sona erdirilmesinde söz konusu olan bir hak olmayıp, bir işe sahip olma kadar işin devam ettirilmesini de kapsayan geniş ve soyut bir kavramdır. Nitekim iş güvencesinin tanınmadığı bir hukuk sisteminde çalışma hakkının yasalarla tanınmış olması, söz konusu sistemin iş güvencesinden yoksun bulunması sebebiyle, söz konusu hakkın sadece kağıt üzerinde kalacağı, hakların etkin şekilde kullanılamayacağı bir sistem olacağı muhakkaktır[26]. Bu sebeple bu hakka karşı girişimlerde yargı yolu açık tutulmuş, işverence gerçekleştirilen feshin, haklı ve geçerli bir nedene dayanmadığı ve keyfi olduğu hallerde, bu durumun çalışma hakkına aykırı olacağı vurgulanmıştır. Bu doğrultuda sözleşme özgürlüğü ve buna bağlı olarak sözleşmeye son verme özgürlüğünün, çalışma hakkına aykırı, onu ortadan kaldıracak şekilde kullanılmaması gerekir[27]. Çalışma özgürlüğü ise kişinin dilediği alanda çalışma serbestliği anlamına gelmektedir. Çalışma hakkı devlete olumlu edim yani, aktif faaliyetlerde bulunma borcu yüklerken; çalışma özgürlüğü ise devlete pasif davranma ve engel olmama yükümlülüğü yüklemektedir. 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma özgürlüğü " *Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*" şeklinde tanımlanmıştır. Mülga 1961 Anayasası'nın 42. maddesinde ise "*Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için, sosyal, iktisadi ve mali tedbirlerle çalışanları korur ve çalışmayı destekler; işsizliği önleyici tedbirleri alır. Angarya yasaktır. Memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliği alan beden veya fikir çalışmalarının şekil ve şartları, demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir*" şeklinde tanımlanmıştır. 1961 Anayasası'ndaki düzenleme ile devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alması yönündeki yükümlülüklerine dikkat çekmektedir.

1982 Anayasamızın 18. maddesiyle zorla çalıştırma ve angarya yasaklanmıştır. Yine mülga 1961 Anayasası'nın 42. maddesinde de angaryanın yasak olduğu vurgulanmıştır (42/2). Bu alandaki öncü belge ise, ikinci Dünya Savaşı öncesinde ve Millet Cemiyeti döneminde Uluslararası Çalışma Örgütü Konferansı tarafından 28.06.1930 tarihinde kabul edilen "Cebri(Zorla) Çalıştırma Sözleşmesi" dir. 29 sayılı bu Sözleşme toplam 33 madde içeren bir

[26] CENTEL, s.12-13.
[27] ULUCAN, Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, s.194-195.

belgedir. Taraf Devletler, her ne şekil altında olursa olsun cebri ya da mecburi çalıştırmanın kaldırılmasını taahhüt etmektedirler,(md.1/1)[28]. Türkiye 29 Numaralı Sözleşmeyi kabul edilişinin üzerinden ancak 68 yıl sonra onaylamıştır[29]. Bazı durumlarda ise birtakım çalışma yükümlülüklerinin doğması zorla çalıştırma sayılmamaktadır. Şöyle ki; Hükümlü veya tutukluluk halindeki çalışmalar, olağanüstü hallerde istenebilecek hizmetler, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı ve vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalıştırmalarıdır (md.18/2).

3. İş İlişkisinin Devamlılığının Sağlanması

Çağdaş iş hukuku işçiyi korumak adına türlü mekanizmalar kabul etmiştir. Bunlardan en önemlisi ise işçinin geçerli nedenler bulunmaması halinde işveren tarafından işten çıkarılmayacak olmasıdır. İş güvencesinin nihai amacı, işçinin çalışma hayatının gereklerine uyduğu müddetçe, iş sözleşmesinin işveren tarafından keyfi biçimde sona erdirilmemesi, mevcut iş ilişkisinin devamlılığının sağlanmasıdır. İşçinin işten çıkarılması halinde tek geçim kaynağı olan kazancını kaybetmesi beraberinde istihdam ilişkilerinin bozulmasına da neden olabilecektir. Bütün ekonomilerde güvenli istihdamın, istikrarlı istihdam ilişkilerini doğurduğu bilinen bir gerçektir. İşçiler yönünden bakıldığında işsizlik tehlikesinin giderilmesi son derece önem arz etmektedir. Uzun süren işsizliğin etkisiyle pek çok işçi güvencesiz koşullarda çalışmaya mecbur kalmakta, işverence kendisine dayatılacak koşullara itiraz edememektedir. Çoğu işveren işsizliği avantaj olarak görerek bilhassa kısa sürelerle niteliksiz işçiler çalıştırmakta, bu işçileri sosyal sigorta ve vergi dışına bırakarak haksız kazanç elde etme yoluna gitmektedirler. Uzun süreli işsizlik olgusu neticesinde, işçinin düşük ücretlerle çalışmayı mecburen kabul etmek zorunda kalması işçiye ayrıca sosyal ve ekonomik anlamda da zarar vermektedir. İşçilerin, çalıştıkları süre boyunca işten atılma korkusu yaşamdan çalışmaya devam etmeleri kuşkusuz performansları üzerinde de olumlu etkiler yaratacaktır[30].

İş İlişkisinin devamlılığını sağlayıcı güvence mekanizmaları, salt işçinin feshe karşı korunmasıyla sınırlı değildir. Nitekim işverenin işyerini başka bir işverene devretmesi halinde, devir tarihindeki mevcut iş sözleşmeleri, tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçmektedir (İş K.m.6/I). İşçinin işini yitirmemesi ve işçiye güvence sağlamak amacıyla

[28] GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul 2007, s.844-845.
[29] Türkiye bu Sözleşmeyi onaylamak üzere, 23/01/1998 tarih ve 4333 sayılı "Cebri veya Mecburi Çalıştırma Hakkında 29 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"u çıkarmıştır, RGT.27/01/1998, RG.No:23243.
[30] AKTUĞ, s.19-20; SÜZEK, s.569.

kanunumuzda düzenlenen kurumlardan bir diğeri ise iş sözleşmesinin askıya alınması halidir. Geçici ifa ve ifayı kabul imkansızlığı bulunan durumlarda, iş sözleşmesinin sona ermesi yerine, askıya alınmaktadır. Böylelikle işveren askı süresi içinde iş sözleşmesini feshedememektedir. Yine işverenin ölümünde ise kural olarak iş sözleşmesi sona ermemektedir. Bu gibi işçiyi bekleyen tehlikeler karşısında da işçiye güvence sağlanması, iş güvencesinin kapsamı içerisinde yer almaktadır[31].

C. İş Güvencesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği

1. İş Güvencesi Hükümlerinin Emredici Niteliği

İş güvencesi hükümleri, kural olarak "mutlak emredici" niteliktedir. Nitekim iş güvencesi hükümlerinin amacı, iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshine karşı işçinin korunmasıdır. Türk iş mevzuatı, iş güvencesi hükümlerinin tümünü mutlak buyurucu nitelikte düzenlememiş olup, işçi yararına sözleşmeyle düzenlenebilecek iş güvencesi alanlarını da taraflara bırakmıştır[32].

a. Mutlak Emredici İş Güvencesi Hükümleri

İşçinin korunmasının gerçekleştirilmesi ise emredici nitelikteki kuralların kabul edilmesiyle işlerlik kazanabilecektir. Nitekim hukuki düzenlemelere emredici nitelik kazandırılmaması, bu kurallara uyum sağlanmasını güçleştirecektir[33]. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesinde değişiklik yapan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 12. Maddesi ile; 21. Maddenin son fıkrasında, *"bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir"* hükmüne yer vermiştir. Buna göre, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (21/1). Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler (21/2). Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (21/3) yönündeki düzenlemeler mutlak emredici nitelikte hükümlerdir. Bu düzenlemeler, yasada sınırlı olarak

[31] CENTEL, s.12
[32] CENTEL, s.23.
[33] AKTUĞ, s.12.

sayılmıştır. Bu hükümlerin mutlak emredici nitelikte düzenlenmiş olması sebebiyle taraflar, bu hükümlerin aksini sözleşmeyle kararlaştıramazlar. Buna karşılık iş güvencesi hükümleri içerisinde yer alan İş K. m.18, 19 ve 20 ise mutlak emredici nitelikte düzenlenmemiştir[34].

b. Nisbi Emredici İş Güvencesi Hükümleri

İş K. m. 21/son hükmünün mutlak emredici iş güvencesi hükümlerini sayma yoluna gitmesi karşısında, söz konusu hükümlerin (İş K. m. 21/1,2,3) dışındaki iş güvencesi düzenlemelerinin nisbi emredici nitelikte oldukları kabul edilmektedir.

Yargıtay; İş K. m. 18 hükmünün "nisbi emredici" olduğunu, taraflarca her zaman işçi lehine bunun aksinin kararlaştırılabileceğini belirterek, işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi, iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngören toplu iş sözleşmesi hükmüne hukuken itibar edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Nitekim yüksek mahkeme bu hususta "*İş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi açısından işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerektiği yönündeki kural nisbi emredici niteliktedir. Daha az işçi çalıştıran işyerlerinde, sözleşmenin tarafları, nisbi emredici bu kurulanın uygulanmaması gerektiğini kararlaştırabilirler. Somut olayda davacının kapsamında olduğu 15.01.2009- 04.01.2011 tarihleri arasındaki dönem için geçerli olan Toplu İş Sözleşmesi'nin 24. maddesinde <..İş akdinin feshedileceği durumlarda işyerinde çalışan sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı Kanun'un iş güvencesine ilişkin hükümleri uygulanır.> şeklindeki düzenleme dikkate alındığında davacının işe iade davasının görülmesinde artık otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerektiği yönündeki koşul aranmaksızın işin esasına girilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir"*[35], şeklindeki isabetli gerekçesi ile doktrinde bu hususta yaşanan tartışmalara yön vermiştir. Doktrin ve yüksek mahkeme kararları doğrultusunda böylelikle otuz işçi ölçütü nispi emredici nitelikte bir hüküm olması sebebiyle, toplu iş sözleşmeleri ile bu ölçüt daha aşağı sınırlara çekilebilecektir. Böylelikle, toplu iş sözleşmesi yapacak işçi sendikalarına, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak işçilerin güvence altına alınması hususunda önemli bir yetki verildiği de söylenebilecektir [36].

2. İş Güvencesi Hükümlerinden Feragat Edilemezlik

İş güvencesi hükümleri, kamu düzenine yönelik olmaları nedeniyle, bu hükümlerin uygulanmasından feragat etmek mümkün değildir. İş sözleşmesinde, işçinin iş güvencesinden

[34] CENTEL, s.24.
[35] Y9HD. 22.02.2010T. 2010/4905E. 2010/4260K.; Y22HD., 19.01.2012T. 2011/5056E. 2011/194K., sinerjmevuzat.com.
[36] AKYİĞİT, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi(İşe İade), Ankara 2007, s.213; SÜZEK, s. 34-37.

yararlanmayacağına ilişkin her türlü kayıt, hukuken hükümsüzdür. Bu tür kayıtların varlığı halinde ise işçi bakımından hüküm ifade etmeyecektir. Yargıtay işe iade davası açma süresi içerisinde yapılacak feragatin, hukuken geçerli olmayacağını kabul etmektedir; **"***Somut uyuşmazlıkta davalı işveren iş sözleşmesinin feshettiğinde, davacı işçiye kıdem ve ihbar tazminatı yanında 9.448,68 YTL ilave ödemede bulunmuştur. Davacıdan alınan ibranamede bu ödemenin işe başlatmama tazminatı niteliğinde olduğu belirtilmediği gibi, davacının işe iade davasından bu ödeme karşılığı feragat ettiği de açıklanmış değildir. Kaldı ki böyle bir feragat geçersizdir. Ancak davalı işverenin fesih işlemindeki tutumu, yaptığı bu ödeme ve davacının ibraname imzalamış olması gibi nedenler işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınır arasında takdir edilmesinde dikkate alınabilir.''*[37]

D. İş Güvencesinin Kaynakları

1. Uluslararası Hukukta İş Güvencesinin Kaynakları

a. Birleşmiş Milletler Normları

Uluslararası alanda iş güvencesi konusunda mevcut olan düzenlemeler üç grupta ele alınabilir. Bunlar Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Birliği tarafından yapılan sözleşme ve alınan kararlardır.

1939 yılından 1945 yılına kadar süren 2. Dünya Savaşı sonrasında, dünyada barış ve güvenliği korumak adına yeni bir uluslararası örgütün kurulması kararlaştırılmış olup, bu doğrultuda 24 Ekim 1945 tarihinde Birleşmiş Milletler Kurulmuştur. Birleşmiş Milletler'in ana hedefi, barış ve güvenliğin korunması, bu amaçlar ekseninde uluslararası işbirliğinin gerçekleştirilmesi ve insan hakları ve temel özgürlüklere saygının sağlanmasıdır. Birleşmiş Milletler Anayasasında "yaşam düzeylerinin yükseltilmesi, tam çalışmayı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişmeyi sağlama" Birleşmiş Milletlerin temel amaçlarından sayılmıştır[38].

aa. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

BM Genel Kurulu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni 10 Aralık 1948'de kabul etmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, ilk defa uluslararası düzeyde klasik hakların yanı sıra ekonomik ve sosyal haklara da yer veren bir belge olmuştur. Bildirgenin, 1-21 nci maddelerinde kişi hakları ve siyasi haklar üzerinde durulurken, 22-28 nci maddelerinde ekonomik, sosyal ve kültürel haklara yer verilmiştir.

[37] Y9HD. 10.07.2006T. 2006/16045E. 2006/20332K.,sinerjimevzuat.com.
[38] AKTUĞ, s.54.

Türkiye'nin 1949 yılında onayladığı bu Bildirgenin 23'üncü maddesine göre; " ***Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı bulunmaktadır*"** denilerek iş güvencesine vurgu yapılmaktadır. Aynı madde de sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı da güvence altına alınmıştır. Bildirge iş güvencesinin, çalışma hakkının bir işçi hakkının da ötesinde, bütün toplumlar için bir insan hakkı olarak kabul edilmesi sebebiyle son derece önemli bir belge niteliğini taşımaktadır. Evrensel Bildirge, kişilerin devlete karşı olan görevlerini belirten en önemli uluslararası kaynaklar arasında olup, daha sonra kabul edilecek insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere de ışık tutmuştur[39].

bb. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulu'nda kabul edilen "Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi", yaşama hakkı, kölelik yasağı, kişi güvenliği, kanun önünde eşitlik, toplanma ve dernek kurma hürriyeti, yönetime katılma hakkı gibi insan kişiliğine bağlı klasik haklar ve temel özgürlükler Sözleşmede sayılmaktadır. Bu doğrultuda insan haklarına taraf devletlerin saygı gösterip göstermediğinin denetimi için İnsan Hakları Komitesi adı altında ayrıca denetim mekanizması da kurulmuştur[40].

cc. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

1966 yılında kabul edilen bu sözleşmeyle, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde altı maddesiyle bahsedilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bu Sözleşmede daha geniş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. ESKHS'nin doğrudan ve spesifik olarak hakları düzenleyen hükümleri (md. 6-15)'de bulunmaktadır. Sözleşmenin ilk beş maddesinde ise bazı temel ilkeler ve bu arada kimi haklarda düzenlenmiştir.[41] Sözleşmenin 6'ncı maddesine göre: "***Herkesin çalışma hakkı vardır. Bu hak herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak yaşamını kazanma şansının var olması hakkını da içerir".*** Sözleşmeye taraf olan devletlerin bu hakkın korunması için gerekli önlemlerin alınacağı da Sözleşmenin 2'nci bendinde belirtilmektedir. Ancak Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinden farklı olarak, bu sözleşmenin özel bir denetim organı da bulunmamaktadır[42].

b. Uluslararası Çalışma Örgütü Normları

[39] ULUCAN, İş Güvencesi, s.7; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s.26; GEMALMAZ, s.397.
[40] AKTUĞ, s.56; GEMALMAZ, s.425-426.
[41] GEMALMAZ, s.505.
[42] AKTUĞ, s.57-58.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), evrensel ve sürekli bir barışın ancak sosyal adalet ilkesinin gerçekleşmesiyle olanaklı olabileceği düşüncesi ve çalışma ve yaşama koşullarının iyileştirilmesini olanaklı kılmak maksadıyla 1919 yılında kurulmuştur. ILO, hükümet, işçi ve işveren temsilcilerinden oluşmaktadır. ILO normları bütün ulusal mevzuatları etkileyebilecek nitelikte, evrenseller kurallardır. ILO sözleşmelerinin temel amacı ise, işçilerin çalışma şartlarının iyileştirilmesi, sosyal adaletin tanınması ile insan ve çalışma hakkının teşvik edilmesidir[43]. ILO, üyesi bulunan devletler tarafından ve uluslararası kuruluşlar tarafından kullanılmak üzere çalışma yaşamına ilişkin "sözleşme" yahut "tavsiye" niteliğindeki düzenlemeler Uluslararası Çalışma Konferansında kabul edilmektedir. ILO, kurulduğu tarihten beri çalışma yaşamına ilişkin 150'den fazla sözleşme oluşturmuştur[44].

ILO'nun iş güvencesi ile ilgili en önemli düzenlemesini, 1982 tarihli ve ***158 sayılı Sözleşmesi*** oluşturmaktadır. 1981 ve 1982 yıllarında Uluslararası Çalışma Konferansı'nda iş güvencesi büyük bir tartışma konusu olup, işçi kesiminin talepleriyle, işveren temsilcilerinin taleplerinin farklılığı karar sürecini uzatmıştır. Söz konusu uyuşmazlıklar işçi ve işverenlerden oluşan ortak komisyon kurularak hazırlanan rapor Uluslararası Çalışma Konferansına sunulmuştur. Ortak komisyonun önerisi 22 Haziran 1892 tarihinde Cenevre'de toplanan 68. Uluslarası Çalışma Konferansında, işçilerin geçerli ve haklı bir nedene dayanmadan yapılan fesihlere karşı koruyucu normlar getirilmesi kabul edilerek, 158 sayılı Sözleşme yürürlüğe konulmuştur[45]. "*Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi*", iş güvencesinin tanınmasına ve bu yönde temel ilke ve kriterleri açıklayan en önemli sözleşmelerden biridir. 158 sayılı Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından da onaylanmıştır. 158 sayılı Sözleşme'nin onaylanması, 9.6.1994 tarihli ve 399 sayılı "*Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun*"la[46] gerçekleştirilmiş ve uygulanması da, 10.8.1994 tarihli ve 94/5971 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla[47] kabul edilmiştir.

Bu sözleşme işçilerin işten çıkartılması durumunda işçilerin korunmasını amaçlayıp, geniş ölçüde ILO'nun 1963 yılında kabul ettiği tavsiye kararına dayanmaktadır. 1963 yılındaki tavsiye kararı üye ülkeler için bağlayıcı olmadığı halde, bu sözleşmenin onaylanması

[43] AKUTĞ, s.59-60.
[44] AKTUĞ, s.61.
[45] ULUCAN, İş Güvencesi, s.8.
[46] RG. 18.6.1994, No.21964
[47] RG. 12.10.1994, No.22079

durumunda üye ülkeyi, hukukunu sözleşme ile uyumlu hale getirmekle yükümlü tutmaktadır. Uluslararası Çalışma Teşkilatı Konferansı 158 sayılı Sözleşme ile ilgili olarak ayrıca birde 166 sayılı Tavsiye Kararı almış ve 158 sayılı sözleşme için bazı açıklama ve öneriler getirmiştir[48]. ILO Genel Konferansı tarafından kabul edilen Sözleşme ve Tavsiye kararları, Uluslararası İş Hukukunun başlıca kaynağını oluştururlar. Tavsiye kararlarının hiçbir bağlayıcılık yönü olmadığı halde, sözleşmeler onay işleminin ardından üye devletler için bağlayıcı olmaktadır[49]. Anayasamızın m. 90'ıncı hükmüne göre uluslararası andlaşmalar dolayısıyla 158 sayılı ILO sözleşmesi iç hukukumuzda doğrudan bağlayıcı etki yapmaktadır. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanarak, iç hukukumuzda sözleşme doğrultusunda 4773 sayılı yasa ile düzenleme yapılmış, iş güvencesine ilişkin hükümler getirilmiş, daha sonra ise yürürlüğe giren 4857sayılı İş Kanunuyla sözleşme doğrultusunda iç hukukumuzda düzenleme yapma yükümlülüğümüze uyum sağlandığı görülmektedir[50].

158 sayılı Sözleşmenin 1. maddesinde sözleşme hükümlerinin üye ülkelerin iç hukuklarında nasıl geçerlilik kazanabilecekleri belirtilmiştir. Sözleşme hükümlerinin gerektirdiği ilkeler toplu iş sözleşmeleri, hakem veya mahkeme kararları yahut ulusal uygulamaya uygun başka yöntemlerle ulusal hukuk açısından uyumu sağlanmaya çalışıp, mümkün olmadığı takdirde yasama yoluna gidileceği belirtilmektedir[51]. Sözleşmenin 2. maddesi ise sözleşmenin kapsamını belirlemektedir. Buna göre sözleşme tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olanlara uygulanacaktır[52]. Sözleşmenin 3. maddesinde ise iş sözleşmesini fesheden taraf bakımından kapsamı belirtilmiştir. 158 sayılı Sözleşmenin en önemli özelliği ise işçinin işine son verilmesinin geçerli bir nedene dayandırılmasını ilke olarak benimsemiş olmasıdır. Buna göre geçerli nedenler sözleşmenin 4. ve 7. maddelerinde belirtilmiştir. Geçerli neden sayılamayacak olan haller hem Sözleşmede hem de ayrıntılı bir biçimde Tavsiye Kararlarında belirlenmeye çalışılmıştır[53]. Sözleşmenin 7. maddesine göre işçinin verimi ve tutumu ile ilgili nedenlerle iş ilişkisinin sona erdirilmesi durumunda işçiye önceden kendisini savunma olanağının verileceğinden bahsetmektedir. Sözleşmenin 8. maddesi ise hizmet ilişkisine geçerli sayılmayacak bir nedenle haksız olarak, savunması alınmadan veyahut alınarak son verilen işçinin, iş mahkemesi, hakem kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir

[48] ULUCAN, İş Güvencesi, s.9.
[49] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları ,s.32.
[50] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s.31-32.
[51] AKTUĞ, s.63; ULUCAN, İş Güvencesi, s.9.
[52] AKTUĞ, s.64; ULUCAN, İş Güvencesi, s.10.
[53] ULUCAN, İş Güvencesi, s.11-12.

(m. 9). Sözleşmenin 10. maddesiyle de iş ilişkisinin geçerli ve haklı bir nedene dayanmaksızın sona erdirildiğinin yetkili merci tarafından saptanması halinde, mutlaka işlemin iptalini öngörmemekte; tazminat veya uygun kabul edilen bir telafi biçimi gibi yaptırım yolları da kabul edilmektedir. Sözleşmeye göre geçerli bir nedenlerin bulunduğunun ispat yükü ise işverenin üzerindedir (m. 9/3).

Sözleşmenin 13. maddesi uyarıca işveren ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle işçinin iş ilişkisine son verilmesi halinde birtakım kıstasları yapmakla yükümlü kılınmıştır. İşveren işyerindeki ilgili işçi temsilcilerine, son verme işlemlerinin nedenlerini, bu işlemden etkilenecek işçi sayısını, süresi ve gerekli tüm bilgileri sağlamakla yükümlü tutulmuş, yine işyerinde alınacak önlemler, bunların işçiler üzerindeki etkileri gibi alınacak önlemler hakkında önceden işçi temsilcilerine bilgi verilmesi gerektiği düzenlenmiştir[54]. Sözleşme bu konuda işçi sayısı yönünden bazı sınırlamalar getirilebileceğini ve söz konusu hükümlerin belirli bir işçi sayısı ölçü alınarak uygulanabileceğini de kabul etmektedir. Böylece, toplu işçi çıkarmalar sırasında, işçilerin bu durumdan zarar görmeleri, en aza indirilmek istenmektedir[55].

c. Avrupa Birliği Normları

aa. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan haklarının ekonomik ve sosyal boyutlarıyla korunmasına yönelik uluslararası örgütlerden bir diğeri de Avrupa Birliği'dir. 10 Aralık 1991 tarihinde Maastricht'te düzenlenen zirvede, daha önce toplanmış olan hükümetlerarası iki konferans sonrasında varılan sonuçlar baz alınarak, yeni bir Avrupa Toplulukları Antlaşması yapılmasına karar verilmiştir. 7 Şubat 1992 tarihinde imzalanan ve 1993 kasım ayında yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması (resmi adı Avrupa Birliği Anlaşmasıdır) ile Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği adını almıştır. AB temelde ekonomik bir topluluk olup, ekonomik bütünleşmeyi sağlamak, üye ülkeler arasında iç sınırların bulunmadığı bir ortak pazarın sağlanması temel amaçlardandır. Maastricht Antlaşmasının 1. maddesinde, Birliğin ve üye devletlerin istihdam, yaşam, çalışma koşullarının düzeltilmesi, uygun bir sosyal korumanın sağlanması, sosyal diyalogun, işgücü potansiyelinin yüksek bir istihdam düzeyi sağlayacak şekilde geliştirilmesi ve sosyal dışlamaların engellenmesi hususlarını teşvik etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

[54] ULUCAN, İş Güvencesi, s.16-17.
[55] AKTUĞ, s.66; ULUCAN, İş Güvencesi, s.17.

AB iş güvencesini sağlamaya yönelik birtakım yönergeler çıkartmıştır. Anlaşmanın 2. maddesinde ise Birliğe sosyal politika alanında en az koşuları düzenlemek üzere yönerge çıkarma yetkisi verilmektedir. İş yaşamını ilgilendiren yönergeler genel olarak çalışanların sağlığını korumak, çalışma ortamlarının düzeltilmesi ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi, işçinin sağlığı ve iş güvenliği, işçinin bilgilendirilmesi ve dinlenmesi, iş piyasasında dışlanmış kişilerin fırsat eşitliği ile işyerinde kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması, iş piyasasında dışlanmış kişilerin mesleki açıdan yeniden iş piyasasına girmelerinin sağlanması, çalışma koşularının belirlenmesi alanına yöneliktir[56]. Yine toplu olarak işten çıkartılmaya karşı işçinin korunması, işverenin ödemede acze düşmesi halinde işçinin korunması da AB'nin önem verdiği konulardır. Oybirliğinin aranılarak çıkarılması gereken yönergeler ise şöyledir: Sosyal güvenlik ve işçilerin sosyal açıdan korunması, işçilerin hizmet sözleşmelerinin sona erdirilmesi sırasında korunması, işçi ve işveren menfaatlerinin kolektif düzeyde temsilinin sağlanması, yönetime katılma, üçüncü ülke vatandaşlarının çalışma koşulları, çalışma düzeninin geliştirilmesi ve iş olanaklarının arttırılmasına maddi katkı sağlanmasıdır.

Yönergeler, bağlayıcı olup, üye devletlere ulusal mevzuatlarını Birlik kurallarıyla aynı düzeye getirecek şekilde düzenleme yükümlülüğünü öngörmektedir[57]. AB bünyesinde yer alan sözleşme, yönerge ve diğer yazılı düzenleme hükümleri çerçevesinde oluşan Avrupa Birliği İş Hukuku, işçilerin serbest dolaşım hakkı, kadın ve erkek işçilerin eşit konumu, iş ilişkisinden doğan yükümlülükler ve iş güvencesi esaslarına dayanmakta olup, Birlik bünyesindeki işçilerin haklarının korunmasına yönelik bir dizi düzenlemelerden oluşmaktadır[58].

4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da, Avrupa Konseyi'ne üye devletler tarafından kabul edilen ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren, Türkiye tarafından da 1954 yılında 6366 sayılı Kanunla kabul edilen tam olarak adı "İnsan Hak ve Özgürlüklerini Korumak İçin Avrupa Sözleşmesi" olan sözleşmede, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma yasağı gibi konulara ve çalışma hakkına da değinilmiştir. AİHS, BM Bildirgesinden farklı olarak daha dar bir alan içerisinde bazı hakların güvence altına alınmasını düzenlemiş ise de, devletlere yükümlülükler getirerek etkili koruma sağlamaktadır. Sözleşmenin 1'inci maddesinde sözleşmeci tarafların sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri güvence altına almasını öngörmektedir. Bu sözleşme,

[56] ULUCAN, İş Güvencesi, s.19.
[57] AKTUĞ, 75-76.
[58] AKTUĞ, s.76-77; ULUCAN, İş Güvencesi, s.20.

hak ve özgürlüklerin yargı organlarınca denetlenmesini sağlamak yönünden de ayrıca önem taşımaktadır[59].

bb. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ), Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen insan hakları belgelerinin en önemlileri arasında yer almaktadır. Çalışma hakkı, adil çalışma koşulları hakkı, örgütlenme hakkı, grev dahil toplu pazarlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal hakları içeren ASŞ, kişilere sübjektif haklar vermemiş olup, kamu otoritesine birtakım yükümlülükler getirmiştir. Avrupa Sosyal Şartı m. 1/bent 2, çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde koruma, yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşma ve bu düzeyi koruma, tüm işçiler için ücretsiz iş bulma hizmetleri sağlama, mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetleri vermeyi taraf ülkeler taahhüt etmişlerdir. Bu maddeyle işçilerinin haklarının etkin bir şekilde korunmasının da kabul edilmesi işçinin feshe karşı korunması için son derece önemli bir adım olmuştur[60]. Avrupa Sosyal Şartı m. 24 hükmü, iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda korunma hakkını öngörmüştür.

ASŞ hükümleri, doğrudan uygulanmaya uygun olmayan, taraf devletlerin iç hukuklarında uygun etkinlikler sonucunda uygulanmaları beklenen kurallardır. Türkiye ilk açıklandığında imzaladığı Avrupa Sosyal Şartı'nı 28 yıl aradan sonra 1989 tarihli ve 3581 Sayılı Kanunla onaylamıştır[61]. ASŞ, giriş, 38 asıl madde ve 9 ek paragraftan oluşmasına karşın, Türkiye bunlardan bir bölümünü henüz onaylamamıştır. Yine şartta geçerli neden olmaksızın iş sözleşmesinin işverence feshedilememesi esası, "tüm çalışanlar" için öngörülmektedir. Hukukumuzda ise, iş güvencesi hükümleri herkes hakkında uygulanamadığından ötürü, Türk iş mevzuatı ile Avrupa SŞ hükümlerinin tam olarak uyumlu olmadığını kabul eden görüşler bulunmaktadır[62].

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASŞ), Avrupa Sosyal Şartı'nda düzenlenmeyen sosyal sorunlar gözönüne alınarak, değiştirilen kurallar ve eklenen yeni sosyal hakların toplandığı bir belge olmuştur. GGASŞ, 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe

[59] AKTUĞ, s.83.
[60] AKTUĞ, s.83-84.
[61] 3581 sayılı Kanun 16 Haziran 1989 tarihinde TBMM'de kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu da 7 Ağustos 1989 Tarihinde 89/14434 Sayılı Kararı İle Şart'ı onaylamıştır, RGT. 14.10.1989, No:20312.
[62] CENTEL, s.22.

girmiştir. GGASŞ'nın 24 ncü maddesi ise son derece önemli olup, geçerli sebepler olmaksızın yapılan iş akdinin feshine karşı işçilerin korunma hakkını düzenlemektedir. Buna göre ilgili madde hükmüne göre işçilerin yeterliliğinden, davranışlarından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep olmaksızın iş sözleşmelerine son verilemeyeceği, geçersiz fesih halinde ise işçilere tazminat veya başka bir giderim olanağının bulunduğu ve işçilerin bağımsız bir makama başvurma hakkının olduğunu belirtmektedir[63].

cc. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

Avrupa Birliği tarafından Aralık 2000 tarihinde Nice Zirvesi'nde onaylanan Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi Geçersiz Sebeple İşten Çıkarmaya Karşı Koruma başlığını taşıyan 30 ncu maddesinde iş güvencesine yönelik önemli düzenleme yer almaktadır. Buna göre; "Her işçi, topluluk hukuku ve ulusal kanunlar ve uygulamalara göre, geçersiz sebeple işten çıkarmaya karşı korunma hakkına sahiptir" denilerek iş güvencesine vurgu yapıldığı gibi, bildirge toplantı yapma, sendika kurma ve üye olma özgürlüğüne de geniş yer ayırmıştır. Bu yönüyle de bildirgenin, hem klasik hakları hem de siyasal ve sosyal hakları güvence altına aldığı nettir[64].

2. Ulusal Hukukta İş Güvencesinin Kaynakları

a. Anayasalarımızda İş Güvencesi

1921 Anayasası, olağanüstü koşulların içerisinde hazırlanmış olup, zorlu geçiş döneminin ardından toplum ve bireylerin konumu belirleyen 1924 Anayasası kabul edilmiştir. Nitekim 1921 Anayasası kişi hak ve özgürlüklerini düzenlememiş bulunmaktaydı. 1924 Anayasası klasik-bireysel hak ve özgürlüklere yer vermiştir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, her türlü ayrımcılığın yasaklanması, kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünce, söz, yayın, seyahat, sözleşme, çalışma, mülk edinme, malını kullanma, toplantı, dernek ve ortaklık kurma hakları bu haklardan bazılarıdır[65]. 1924 Anayasası'nda klasik hak ve özgürlüklere yer verilirken, sosyal ve ekonomik haklara ise yer verilmemiştir. Böylece 1924 Anayasası'nda sosyal haklar ele alınmamış olup, bireysel mülkiyet ve girişimi koruyucu düzenlemeler getiren, müdahaleleri çok istisnai düzeyde tutan 1924 Anayasası'nın liberal bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Yine sendika, grev ve toplu pazarlık, sosyal güvenlik konuları, iş hakkı, sağlık

[63] AKTUĞ, s.86.
[64] AKTUĞ, s.87-88.
[65] TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 14. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006, s.309.

vb. alanlarda devlete düşen ödev ve yükümlülüklerle ilgili 1924 Anayasası'nda hüküm olmaması, bu anayasanın felsefesinin sosyal olmadığını göstermektedir[66].

Sosyal hukuk devleti ilkesi ilk kez 1961 Anayasası ile benimsenmiştir. 1961 Anayasası ise, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinin ve o dönemin koşullarının sonucu olarak, askeri rejim ortamında hazırlanmıştır. 1961 Anayasası'nın 10. maddesinde, *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" denilmiş olup, anayasa klasik hakların hemen hepsini ise tanımıştır. 1961 Anayasası'nın en önemli yeniliği ise sosyal haklara, sosyal devlet ve sosyal adalet ilkelerine yer vermesi olmuştur[67]. 1961 Anayasası'nın genel esasları arasında Türkiye Cumhuriyeti'nin bir sosyal hukuk devleti olduğu ifade edilmiş (m. 2), üçüncü bölümünde de sosyal ve iktisadi haklar yer almıştır (m. 35-53). Bu doğrultuda 1961 Anayasası'nda çalışma yaşamı ile ilgili birçok sosyal hak öngörülmüştür. Çalışma hakkı, çocukların ve kadınların çalışma koşulları açısından korunması, dinlenme hakkı, ücrette adaletin sağlanması, sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi önemli haklar anayasal güvence altına alınmıştır[68].

7.11.1982 tarihinde halk oylamasına sunularak kabul edilen 1982 Anayasası tıpkı 1961 Anayasası gibi çalışma yaşamı ile ilgili hükümlere yer vermiştir. 1982 Anayasası'nın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve soysal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, üçüncü bölümünde ise, çalışma hakkı ve ödevi (m. 49), küçüklerin ve kadın işçilerin korunması ile dinlenme hakkı (m. 50), sendika kurma hakkı (m. 51), toplu iş sözleşmesi hakkı (m. 53), grev hakkı ve lokavt (m. 54), adil ücret (m. 55) ve sosyal güvenlik hakkına (m. 60-62) ilişkin haklara yer verilmiştir[69]. Anayasal güvenceye alınan çalışma hakkının (m. 49) sosyal devlete yüklediği görev ise şöyledir; devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olmaktadır[70]. Çalışma hakkının önemli bir yönü ise çalışan işçinin çalıştığı işi koruma hakkıdır. Bu hak geçerli bir neden olmadan işten çıkartılmamasını sağlamaktadır. Ay. m. 49'un metninde "iş güvencesi" sözcüğüne yer verilmemiş olmasına karşın, çalışma hakkının yaşama geçirilmesi, işlerlik kazandırılması ancak iş güvencesini tanımaktan ve sağlamaktan geçmektedir. Bu nedenle çalışma hakkı iş güvencesinin temel

[66] TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s.311.
[67] TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri ,s.381.
[68] ESÜZEK, s.12.
[69] ULCAN, İş Güvencesi, s.23.
[70] ENGİN, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.27.

anayasal kaynağıdır. Diğerleri ise program hükmüdür somut iş güvencesi vermeyecektir[71]. Böylelikle anayasamız, çalışmayı salt bir soyut hak olarak kişilere tanımakla kalmamış, bu hakkın fiilen de kullanılabilmesini ve ortadan kaldırılmamasını sağlamak üzere tedbirler almayı da devlete bir görev olarak yüklemiştir[72]. Anayasada güvence altına alınan çalışma hakkı (m. 49) ile işverenin girişimci karar verme özgürlüğü çatışmaktadır. Her iki temel hakkın sınırları ise ölçülülük ilkesi bağlamında çizilmektedir[73]. İşverenin girişim özgürlüğü ise AY. m. 48 de hükme bağlanmıştır. Bu anayasal güvence ile işveren ekonomik hayata girişimci olarak katılabilmekte, serbestçe faaliyet yürütebilmektedir[74].

b. Kanunlarımızda İş Güvencesi

Osmanlı İmparatorluğu dönemi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşu sonrasında; çalışma hayatının genellikle el ve tezgah işlerine dayanması, çok sayıda işçinin çalıştığı fabrikalarda seri üretime geçilememiş olması, teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmış olmamız, sermayenin yetersizliği gibi sebeplerle XIX. yüzyılın ortalarına kadar ülkemizde sanayileşme başlamamıştır. Sanayileşme hareketi Türkiye'de Cumhuriyet döneminde 1950 sonrasında görülmeye başlamış, işçi sınıfının korunması fikri ise 1961 Anayasası'nın kabulüyle daha da hızlı ilerlemeye başlamıştır.

İş hukuku alanında çalışma yaşamını ilgilen ilk yasa 2.1.1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Kanunudur. Tüm borç ilişkilerini düzenlemek amacıyla 22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu kabul edilmiş olup, kanunun onuncu kısmında (m.313 vd.) hizmet akdine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. 1930'lu yıllarda devlet öncülüğündeki sanayileşmeye başlangıç süreci, işçi sınıfının da sayısını arttırmıştır. Zamanla iş ilişkilerini düzenleyecek bir mevzuata ihtiyaç duyulması sebebiyle 8.6.1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir[75]. 3008 sayılı İş Kanunu işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen ilk kanundur. 3008 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde devletçilik ilkelerinin ağır basmasının da etkisiyle, uyuşmazlıkların çözümünün grev ve lokavta gitmeden çözümlenmesinin milli menfaatlere uygun olduğu belirtilmiştir. Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü zorunlu tahkim sistemine bağlanmış, işverene bağlı olarak çalışan işçiler fikren ve bedenen olmak üzere ikiye ayrılmış, kanun bütün işyerleri için değil sadece, en az on işçinin çalıştığı işyerlerinde uygulanmak üzere yürürlüğe konulmuştu.

[71] ULUCAN, İş Güvencesi, s. 23-24.
[72] AKTUĞ, s.103.
[73] ENGİN, s.28.
[74] ENGİN, ,s.26.
[75] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s.25.

1947 yılında, sendikal ilişkileri düzenleyen 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu yasada sendika kurma ve sendikaya üye olmada özgür bir sistem benimsenmiş ise de, grev yasağı ve zorunlu tahkime ilişkin kıstaslar korunmuştur. Bireysel iş hukukundaki önemli yasalardan olan 13.6.1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ile 1954 tarihli 6379 sayılı Deniz İş Kanunu bu dönemde kabul edilmiştir[76].

Sanayileşmenin yaygınlaşması ve buna paralel olarak işçi sınıfının taleplerinin artması 1961 Anayasası'nın öngördüğü ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler doğrultusunda Türk iş hukuku yeni bir gelişim içine girmiştir. 3008 sayılı İş Kanunu'nun zaman içerisinde çalışma ilişkilerinde yaşanan uyuşmazlıklara çözüm bulamaması yeni bir iş kanunu ihtiyacını doğurmuştur. Bu sebeplerle 28.7.1967 tarihli 931 sayılı İş Kanunu yürürlüğe konulmuşsa da, bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından biçim yönünden iptal edilmiştir[77]. Bu sebeple 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. Anayasada yer alan ilkeler doğrultusunda 1963 tarihinde 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe konulmuştur[78]. Böylelikle ülkemizde ilk defa işçiler yasal olarak grev yapma hakkını, işverenler ise lokavta başvurma olanağını kazanmışlardır. Bunun yanı sıra sosyal sigorta hükümlerini düzenleyen 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu bu dönemde kabul edilmiştir[79].

1982 Anayasası döneminde ise 274 ve 275 sayılı Kanunların yerini 12 Eylül dönemi ürünü olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu almıştır. Bu yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren sürekli eleştirilmişlerdir. Nitekim 2821 ve 2822 sayılı yasalarla 1961 Anayasası'nın aksine işçilere sağlanmış olan sendika kurma, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları sınırlanmış, hatta uygulanamaz hale getirilmiştir[80]. Daha sonraları ise ILO standartlarına uyum sağlamak gayesiyle birtakım çalışmalar yapılmış, akademisyenlere taslaklar hazırlatılmıştır[81]. Nihayet 18.10.2012 tarihinde 2821 ve 2822 sayılı Kanunları yürürlükten kaldıran 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş

[76] SÜZEK, s.9-11.
[77] AYM. 14.5.1970, 40/26, RG.11.5.1971, S.13833, SÜZEK, s.13.
[78] AKTUĞ, s.94; s.8; SÜZEK, s.11.
[79] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 447.
[80] ULUCAN, Devrim, Toplu İş İlişkileri Yasa Taslağı İle Kolektif İş Hukuku Alanında Önerilen Bazı Değişiklikler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 1. Basım, Ankara 2010, s.231.
[81] ILO'nun eleştirileri için, bakınız: DERELİ, Toker, "Uluslararası Çalışma Örgütü Perspektifiyle Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi", Sicil Dergisi, yıl 2007, sayı 6, s. 87-105.

Sözleşmesi Kanunu 7.11.2012 tarihli resmi gazetede yayımlanarak kabul edilmiştir[82]. 6356 sayılı Kanun, 2821 ve 2822 sayılı Kanunları birleştirip tek bir kanun halinde yürürlüğe koymuştur.

aa. 1475 Sayılı Yasa Döneminde İş Güvencesi

1475 sayılı İş Kanunu, işçinin hizmet akdinin işveren tarafından feshi halinde feshin olumsuz sonuçlarını belirli bir süre erteleyen fesih bildirim süreleri ile koşulları bulunması halinde kıdem tazminatı kurumlarını barındırmaktaydı. Bu yasa döneminde süreli fesih hakkının kullanılmasında işveren, iş akdini herhangi bir neden göstermek zorunda olmaksızın istediği zaman bildirim sürelerine uymak suretiyle iş akdini feshedebilmekteydi. 1475 sayılı İş Kanunu'nda feshin geçerliliğini herhangi bir sebebe dayandırma zorunluluğunun bulunmaması temel bir eksiklikti. Söz konusu feshin hakkın kötüye kullanılması yahut haksız fesih oluşturması halinde dahi, işverence gerçekleştirilen fesih geçerli bir fesih olarak kabul ediliyordu. Bu durumda iş ilişkisi son bulmakta, işveren ise tazminat ödemekle yükümlü tutulmaktaydı. 1475 sayılı İş Kanununda işçinin işyerine iadesine ilişkin koruyucu yasal düzenleme ise bulunmamaktaydı. Tüm bu sebeplerle 1475 sayılı İş Kanunu, iş ilişkisinin sürekliliğini sağlayacak bir iş güvencesi sistemi getirmemişti.

bb. 4773 Sayılı Yasa Döneminde İş Güvencesi

3008 sayılı İş Kanunu ile 1475 sayılı İş Kanununda işverenlere belirli bir süre önceden ihbar etmek şartıyla, mutlak ve sınırsız bir fesih serbestisi tanınmış idi. Bu durum bile başlı başına işçinin feshe karşı korunmadığını göstermekteydi. Yine 1475 sayılı eski İş Kanununda işverenin feshe dayanak yaptığı gerekçenin bulunmaması, işverenin fesih sebebini ispatlayamaması halinde dahi, bu durumun tek yaptırımının tazminat olup, feshin geçersizliğine ve işinin işine iadesine karar verilemiyor oluşu önemli bir eksiklikti. Otuz yıldan fazla yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunun birtakım hükümlerinin zamanla beliren ihtiyaçlara cevaz vermemesi, yeni çalışma türlerinin ortaya çıkışı, iş sürelerinin yeniden düzenlenmesi zorunluluğu, işçilerin korunması ve iş güvencesi ile iş sağlığı ve güvenliği sağlanması gereksinimi doğrultusunda, temeli Uluslararası Çalışma Örgütünün 158 sayılı Sözleşmesi olan ve kamuoyunda "İş Güvencesi Yasası" olarak nitelendirilen 4773 sayılı yasa 9.8.2002 tarihinde kabul edilmiştir[83]. Gerçek adı "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ve Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda

[82] RGT: 07.11.2012, RG No:28460.
[83] SÜZEK, s.13-14.

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" olan 4773 sayılı bu yasa 15 Mart 2003 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe girmişti.

Kanun ile 1475 Sayılı İş Kanunun 7. maddesinde değişiklik yapılmış, dört asıl, bir ek, birde geçici madde eklenmiştir. Bu kanun amacı, kamuoyundaki adına uygun olarak iş güvencesinin sağlanması, işçinin feshe karşı korunmasıdır. 4773 sayılı yasa geçerli bir sebep olmadan işçi çıkarmaya yaptırımlar getirmişti. Bu kanuna göre akdin feshinde geçerli sebebe dayanma on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerleri için söz konusudur. Kanun altı aydan az kıdemi olanlara, belirli süreli hizmet akdiyle çalışan işçilere, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olan işçiye, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. 1475 Sayılı yasa döneminde hizmet akitleri, ihbar önelleri ve kıdem tazminatı verilmek şartıyla, hiçbir neden gösterilmeden ve herhangi bir savunma alınmadan, işverence feshedilebiliyordu. 4773 Sayılı yasa ile a-Fesih bildiriminin yazılı olması, b-Fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirtilmesi, c-İşçinin savunmasının alınması, d-Feshin geçerli sebebe dayandığının işverence ispatı, e-Haksız feshe karşı bir ay içinde dava açılabilmesi ve davanın seri yargılama yöntemine göre çok kısa sürede bitirilme şartı, f-Davayı işçi kazanmışsa işçinin işe başlatılma zorunluluğu, g-İşçinin altı işgünü içinde başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatılmaması halinde, hakimin takdir edeceği altı ile bir yıllık ücretinin tazminat olarak ödenmesi, h-İşverenin işçiyi işe başlatsa bile dava sırasında çalışmadığı sürenin dört aylık kısmına ait ücret ve haklarını işçiye ödemesi, ı-Kararı alan, işçinin işe başlamak veya başka bir işe girmişse işe başlamayacağını altı gün içinde bildirmesi gibi hususların yasa ile düzenlenmesi son derece önemli bir adım olmuştur.

cc. 4857 Sayılı Yasa Döneminde İş Güvencesi

Çalışma hayatını etkileyen ekonomik, sosyal ve siyasal koşullar, uygulamada ortaya çıkan sorunlar, esnekleşme ihtiyacına gerek duyulması yeni bir kanun yapma sürecine giden adımlar olmuştur. Ülkemizde iş güvencesi tartışmaları 1994 yılında 158 sayılı ILO Sözleşmesinin onaylanması ile artmıştır. Yaşanan tartışmalar ve 158 sayılı ILO Sözleşmesine uyum amacıyla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarı, 9 Ağustos 2002 tarihinde TBMM'de kanunlaşmıştır. 4857 sayılı yeni İş Kanunu[84], iş güvencesine yönelik kapsamı daraltmasının dışında, 4773 sayılı Kanunun diğer hükümlerini ana hatlarıyla kabul etmiştir[85]. 4857 sayılı İş Kanunun iş güvencesiyle ilgili hükümleri Türk İş Hukuku

[84] 4857 sayılı İş Kanunu, 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir.
[85] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s.26.

alanında köklü bir değişikliğe yol açmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu Türkiye'de feshe karşı koruma konusunda yetersiz kalan yasal düzenlemeleri düzenlemiştir. Kanunun yürürlüğe girmesi 158 sayılı ILO Sözleşmesinin gereğinin yerine getirilmesi ve AB normlarına uyum sağlanması bakımından da önem taşımaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi sistemini getirerek (m.18 vd.), iş güvencesinin kapsamına giren hukuki ilişkiler açısından fesih serbestisi sistemini kaldırmıştır. İş güvencesi, işçinin işinin güvence altına alınmasını sağlayarak, işçiyi keyfi fesihlere karşı korumaktadır. Bu yönüyle iş güvencesi işverenin fesih hakkını sınırlandırmaktadır. Nitekim, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (İş K. m. 18/1)[86].

Kanun, süreli fesih hakkının doğumunu yasada belirtilen geçerli nedenlerin varlığına bağlamış, bu nedenleri ispat yükünü ise işverene yüklemiştir. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığını iddia ettiği takdirde, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilecektir (İş K. m. 20/1). İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı durumlarda ise feshin geçersizliğine karar verildiğinde ise, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda kalmaktadır. İşçinin başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır. Böylelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri ile iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayanılarak feshedilmesi zorunluluğunu devamla bu hususa uymayan işverene karşı feshin geçersizliğinin tespiti davasının açılabilmesini; iş mahkemesinin feshi geçersiz kabul etmesi üzerine işçiyi işe başlatmayacak işverenin ise, işe başlatmama tazminatı ödemesine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bunun yanı sıra kanunda değişiklik feshi (m. 22), toplu işçi çıkarma usullerinin ayrıntılı belirtilmesi (m. 29) ile iş güvencesi hükümlerini pekiştirmektedir[87].

[86] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.198.
[87] CENTEL, s.23.

II. 4857 SAYILI İŞ KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞ GÜVENCESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

A. Genel Olarak

İş güvencesi, işçinin işinin güvence altına alınmasını sağlayarak, işçiyi keyfi fesihlere karşı korumaktadır. Bu yönüyle iş güvencesi işverenin fesih hakkını sınırlandırmaktadır. Nitekim otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır(İş K. m. 18/1). Söz konusu nedenler yoksa ya da olmasına rağmen işverence ispat edilemiyor ise, işçi işine iade edilebilecek veya bu gerçekleşmiyorsa kendisine özel bir tazminat ödenecektir.

İş Kanunumuzun feshin geçerli sebebe dayandırılması başlıklı 18. maddesi aynı zamanda, 19, 20, 21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesine ilişkin hükümlerin kapsamını da çizmektedir[88]. Buna göre, işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan bir işyerinde çalışıyor olması, işyerindeki kıdeminin en az altı ay olması, işçinin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı niteliğinde bir vasıfa sahip olmaması ve belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle çalışıyor olması gerekmektedir. Bu sebepledir ki 4857 sayılı İş Kanunu'nun feshe karşı sağladığı koruma, sınırlı bir kesimi ilgilendirmektedir. İşverenin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep gösterme zorunluluğu, en az 30 veya daha fazla işçinin çalıştığı-tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerde 50 den fazla işçinin çalıştığı(m. 4) işyerine sahip olması halinde söz konusu olmaktadır (İK m 18/1). Dolayısıyla iş güvencesinin kapsamına iş sözleşmesi ile çalışan bütün işçiler girmemekte, iş güvencesi hükümleri ancak belirli bir çalışan kesime uygulanmaktadır.

İş güvencesi hükümlerinden sadece belli bir kesimin yararlanmasına örnek oluşturan haller, 158 sayılı Sözleşme'de de sıralanarak, bazı çalışanların iş güvencesi hükümlerinin dışında tutulabilmesine olanak tanınmıştır. Buna göre, "*belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler" ile "süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş deneme süreli hizmet sözleşmesi ile çalışılan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar*" ve *"süreksiz hizmet ilişkiyle çalışan işçiler"(bent 2 f.a-c) ile "işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan*

[88] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.199-205.

sınırlı bir kategori" de, söz konusu sözleşmenin tamamının veya bir bölümünün dışında tutulabilir(m.2/bent 5).

B. İş Güvencesinden Yararlanma Koşulları

1. İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na Tabi Olma

Türk İş Mevzuatı, iş güvencesini, işçiye tanımaktadır. Bu sebeple, iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak olan kişinin, öncelikle, işçi sıfatına sahip olması gerekmektedir. Kişiler bakımından İş Kanunun ve dolayısı ile iş güvencesinin kapsamına bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan işçiler ve onları istihdam eden işverenler girmektedir (İş K. m. 2). Kanunumuz sadece İş Kanunu ile Basın İş Kanununa tabi olan işçilerin, iş güvencesinden yararlanabileceğini öngörmektedir. Basın İş K. m. 6/son hükmü, 4857 sayılı İş K. m. 116 tarafından, "İş Kanunun 18, 19, 20, 21, 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır" şeklinde değiştirilmiş ve böylelikle Basın İş Kanunu'na tabi olan çalışanlar iş güvencesi kapsamına alınmıştır(İK m.116 f.2).

İş güvencesinin kapsam dışında bıraktığı alanlar ise; deniz ve hava taşıma işleri, 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işler gelmektedir. Tarım ve orman işlerinin yürütüldüğü işyerlerindeki işçilerin iş güvencesi hükümlerine tabi olabilmesi için, işyerinde 50'den çok sayıda işçi çalıştırılıyor olması gerekmektedir[89]. Her ne kadar İş K. m. 4/b bendinde "tarım ve orman işlerinin" yapıldığı işyerlerinden bahsedilmiş ise de; Yargıtay içtihatlarında, hayvancılığın açıkça yasada yer almamasına rağmen uygulamada hayvancılık işlerinde çalışanları istisna kapsamında değerlendirmiş, yalnızca hayvancılık faaliyetlerinin geniş yorumlandığı tavuk çiftliği, balık çiftliği gibi yerlerde çalışanların İş Kanununa tabi olacağını içtihatlarında belirtmiştir[90].

Deniz İş K. ile TBK (m. 393 vd.) hükümlerine tabi olarak çalışanlar bakımından, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma söz konusu değildir[91]. Yine iş sözleşmesine dayanarak çalışmayan, devlet memuru, stajyerler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklardır. İş Kanunu hükmü gereğince çıraklar, kanunun kapsamı dışındadır. Bu konuda iş daireleri arasında görüş birliği bulunmaktadır. Yargıtay, meslek eğitimi gören öğrenciler ile eğitim gördüğü yerin iş sahibi arasındaki sözleşmenin, 4857 sayılı İş Kanunu anlamında bir iş

[89] Y9HD. 01.06.2009T. 2008/36359E. 2009/15149K.; Y9HD. 18.12.2009T. 2009/247E. 2009/37746K., sinerjimevzuat.com.

[90] Y22HD. 10.04.2014T. 2013/6779E. 2014/7731K; Y9HD. 02.04.2014T. 2012/5228E. 2014/11095K; Y9HD. 10.03.2014T. 2012/2397E. 2014/7591K; Y9HD. 24.02.2014T. 2012/1909E. 2014/5458K, ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s.96-103.

[91] Y22HD. 28.01.2014T. 2014/229E. 2014/1063K, ÇİL, s.78.

sözleşmesi niteliğinde olmayacağını kararlarında sıklıkla vurgulamaktadır[92]. Yine yüksek mahkeme, özelleştirme kapsamındaki kamu iktisadi teşebbüsünün kapsam dışı statüde çalışan personelinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını kararlarında belirtmektedir[93]. İş sözleşmesine dayanarak çalışan vakıf üniversitesindeki öğretim elemanları ise, iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilecektir[94].

Şirket ortaklarının işçi olup olmayacağı hususu ise uygulamada sürekli karşılaşılan sorunlardan birisi olmuştur. Yargıtay, limited şirketler açısından ortak olsun ya da olmasın limited şirketin genel müdürü ile şirket arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi kapsamında olmayacağını sıklıkla vurgulamaktadır[95].

Sporla doğrudan uğraşan sporcular İş Kanunu kapsamında yer almamaktadır. Ancak Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarına göre, doğrudan aktif spor yapmayan, sporcuyu spor yapması için hazırlayan antrenör ile görevi daha çok direktif vermek olan ve takımı başarıya ulaştırma görevi de bulunan teknik direktör sporcu sayılmamakta ve İş Kanunu kapsamında bir işçi olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple antrenör veya teknik direktör ile kulüpleri işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının iş mahkemesinde görülmesi gerekmektedir[96].

2. Otuz veya Daha Çok İşçinin Çalıştığı Bir İşyerinde Çalışma

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin belirlenmesinde işyeri kavramının tanımı ve sınırları önem taşımaktadır. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denilmektedir (m. 2/1). İşyerine bağlı yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene, bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmaktadır (m. 2/2). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde getirilen sınırlama ile işverenin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep gösterme zorunluluğu, en az otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerine sahip olması durumunda söz konusu olmaktadır. Elliden fazla işçi çalıştıran

[92] Y9HD. 2.12.2009T. 2009/42975E. 2009/33400K; Y9HD. 04.12.2013T. 2011/42606E. 2013/31829K; Y22HD. 04.03.2014T. 2013/6970E. 2014/4726K.,ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, s. 60-62.
[93] CENTEL, s.29; Y9HD. 23.01.2012T, 2009/35757E. 2009/1051K., sinerjimevzuat.com.
[94] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 131-137; Y9HD. 15.10.2010T. 2008/41105E. 2010/29201K.; Y 9HD. 07.12.2005 T. 2005/12625E. 2005/38754K; Y9HD. 13.06.2008T. 2007/19368 E. 2008/15558K; Y9HD. 02.05.2006T. 2006/10643E. 2006/12286K. sinerjimevzuat.com
[95] Y9HD. 25.02.2014T. 2014/3752E. 2014/5833K; Y7HD. 24.01.2014T. 2013/20596E. 2014/966K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.105-108.
[96] Y22HD. 09.12.2013T. 2013/35215E. 2013/28615K.; Y22.HD.25.02.2013T. 2013/3110E. 2013/3690K.; Y22.HD. 28.05.2013T. 2012/23322E. 2013/12675K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.86-92.

tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmeler ise İş Kanunu kapsamına girmektedir(İK m.4).

4773 sayılı yasada iş güvencesinin kapsamının belirlenmesinde on işçi ölçütü esas alınmışken, bu ölçüt 4857 sayılı İş Kanunu ile değiştirilerek otuz işçi ölçütü benimsenmiştir. İş Kanunumuzun iş güvencesinden yararlanma hakkını otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki işçilerle sınırlandıran bu hükmüyle çok geniş bir işçi kitlesini kapsam dışında bırakmış olması, doktrinde iş güvencesi sistemine ve bununla güdülen amaca ters düştüğü, ülkemizdeki işyerlerinin çoğunun otuz işçinin altında işçi çalıştırıyor oluşu ve çok büyük kapsamdaki işçilerin güvencesiz bırakılması ve bu yönüyle bu durumun Anayasa'nın 10. maddesinde yer bulan eşitlik ilkesine aykırı olduğu öne sürülerek doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir[97]. Otuz işçi ölçütüne ilişkin İş Kanunun hükmünün Anayasaya aykırılığı nedeniyle dava açılmışsa da, iptal istemi Anayasa Mahkemesince şu gerekçelerle reddedilmiştir; "*İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır… 18.maddeyle getirilen otuz veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıtdışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan denge de bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, uluslararası Çalışma Örgütünün 158 sayılı sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir*"[98] Oysaki Anayasa Mahkemesi'nin 3417 sayılı yasanın[99] on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerden zorunlu tasarruf kesintisi yapılmasını düzenleyen 2. maddesini Anayasanın 10. maddesine aykırı bularak iptal etmiş olduğu da dikkate alındığında; Yüksek Mahkemenin 30 işçi ölçütünü esas alan düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılığının bulunmadığına karar vermiş olması düşündürücüdür[100].

Otuz işçi ölçütünün belirlenmesi, işverenin tek bir işyeri veya aynı işverenin birden çok işyerinin bulunması halinde de önem kazanmaktadır. İşverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı göz önünde

[97] Detaylı bilgi için bkz. ULUCAN, İş Güvencesi, s. 30; SÜZEK, s.573-575; Aksi Görüşte GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu İşletmeleri Sendikası, Ankara 2010, s.154.

[98] AYM, 19.10.2005, 66/72, RG, 24.11.2007, S. 26710, sinerjimevzuat.com

[99] Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun, RGT. 18.03.1988, RGNo:19758.

[100] SÜZEK, s.572-575.

bulundurulacaktır (m. 18/4). Yasamız, aynı işverene ait işyerlerinin aynı il sınırları içerisinde bulunmasını öngörmemiş, söz konusu işyerlerinin "aynı işkolunda" bulunması şartını aramıştır. Buna göre aynı işverene ait olup aynı işkolunda yer alan işyerleri, farklı coğrafi yerlerde bulunsalar dahi, tek başlarına değil, bir bütün olarak hesaba katılacaklardır[101]. Yargıtay, aynı işkolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamasını gerekçe göstererek, toplam işçi sayısı dikkate alınırken işverenin Türkiye'deki aynı işkolundaki işyerleri ile yurtdışındaki işyerleri ve oradaki işçileri de hesaba katılmasını kabul etmektedir[102]. Otuz işçi ölçütü belirlenirken önemli olan husus, sadece aynı işverene ait işyerinde çalışacak işçilerin göz önüne alınmasıdır. Bu nedenle aynı şirketler grubuna ait olsalar dahi farklı tüzel kişilere ait işyerlerinde çalışan işçiler, otuz işçi sayısına dahil edilmeyecektir. Nitekim kanunumuz aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerleri kıstasını kabul etmiş olup (İş K. m. 18/IV), tüzel kişiliklerin farklı olduğu durumlarda aynı işverenden bahsedilmesi mümkün değildir. Buna karşılık yüksek mahkemeye göre grup şirketlerinde birlikte istihdamın söz konusu olduğu yani işçilerin bir kısmının aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet verdikleri hallerde, bu durumda otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde ayrı ayrı değil, tüm işverenler nezdinde çalışan işçilerin toplamının dikkate alınması gerekmektedir[103]. Nitekim Yargıtay bu hususta yaşanan bir uyuşmazlıkta şu haklı gerekçeye değinmektedir; "*Özellikle gurup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet*

[101] CENTEL, s.41.

[102] Y9HD. 12.02.2007 T. 2007/32297E. 2007/3272K; Y9HD. 03.07.2006 T. 2006/9818E. 2006/19560K. , Sinerji mevzuat.com. Ayrıca Bkz. Y9HD. 25.1.2010T. 2008/32408E. 2008/1126K, ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.229; Yargıtay'ın görüşüne katılmayan CENTEL ise yasanın küçük işyerlerini koruma amacı doğrultusunda korunmak istenen işyerlerinin, Türkiye'deki işyerleri olduğu, kamu düzenini ilgilendiren konularda, ilgili düzenlemenin, artık işçi lehine olup olmadığına bakılmaması gerekçesiyle yüksek mahkeme kararını eleştirmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, s.43-44-45.; TUNCAY, A.Can, İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu, SİCİL, Haziran 2007 Y: 2 S:6 s.75-80; ODAMAN, Serkan, Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi, SİCİL Haziran 2007 Y:2 S:6 s.82-85.

[103] SÜZEK, s.575-577; Y9HD. 29.04.2014T. 2014/4383E. 2014/13776K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.380.

ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır"[104]. Doktrinde Yargıtay'ın bu yöndeki kararları tartışılmış olup, kanunun işçinin aynı anda tek bir işverenin olması esasını kabul ettiği, dolayısıyla Yargıtay'ın bu tutumunun aynı işkolu esasını öngören İş K. m. 18/IV tümce 2 hükmüne ters düştüğü belirtilmiştir. Yargıtay'ın ortaya attığı birlikte istihdam deyiminin, Türk İş Hukukunun itibar edeceği bir kavram olamayacağı ve yürürlükteki hukuk sistemine yabancı kaldığı vurgulanarak, yüksek mahkemenin bu hususstaki görüşleri eleştirilmiştir[105]. İşçi lehine yorum yapma ilkesi göz önüne alındığında, Yargıtay'ın bu hususstaki kararını isabetli buluyorum. Aksi takdirde sırf tüzel kişiliklerin farklılığı ön plana çıkarılarak, pek çok işçi sırf bu sebeple mağdur edilebilirdi. Nitekim bu tür bir ilişkide işçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır. Ayrıca Yargıtay'ın birlikte istihdam olguna örnek vermek suretiyle yer verdiği durumlar ise çoğunlukla çalışma hayatında rastlanan olgulardır. Bu sebeple birlikte istihdam olgusunun yürürlükteki hukuk sistemine yabancı kaldığını savunan görüşlere katılmamaktayım.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayrım yapılamaz[106]. Fesih bildiriminin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Yargıtay, konumu itibariyle güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir[107]. Yargıtay önceleri fesih bildirimi tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, davaları devam eden işçilerin otuz işçi sayısına dahil olup olmayacağı konusunda, bekletici mesele yapılarak sonucun beklenmesine göre hüküm kurmaktaydı.[108] Ancak yüksek mahkeme bu içtihadından vazgeçerek, artık feshin geçersizliğinin tespiti davası açmış olan işçilerin otuz işçi sayısının hesaplanmasında dikkate alınacağını kabul etmiştir[109]. Sayının belirlenmesinde, fesih işlemi sırasında hasta, raporlu, izinli olanlar da dahil edilmektedir. İş Kanunun kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını

[104] Y9HD, 01.06.2009T, 2008/36359E. 2009/15149K ; Y9HD. 18.12.2009T. 2009/247E. 2009/37746K. benzer yönde; Y9HD. 29.04.2014T. 2014/4383E. 2014/13776K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.380.

[105] CENTEL, s.43; Aksi görüşte ise SÜZEK: aynı şirketler grubuna ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerindeki toplam işçi sayısının iş güvencesinin kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulmaması gerektiğini, ancak; şirket gruplarında birlikte işverenlerin söz konusu olduğu hallerde, otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde ayrı ayrı değil, tüm işverenlere çalışan işçilerin toplamının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir, s.576

[106] Y9HD. 24.03.2008 T. 2007/27699 E. 2008/6006K. , Sinerjimevzuat.com.

[107] Y9HD, 24.03.2008T. 2007/27699E. 20008/6006K., sinerjimevzuat.com.

[108] Y9HD, 21.11.2006T. 2006/22120E. 2006/30720K; Y9HD, 01.06.2009T. 2008/36359E. 2009/15149K; Y9HD. 31.3.2008T. 2008/29950E. 2008/7008K., Y9HD. 18.12.2009T. 2009/247E. 2009/37746; sinerjimevzuat.com.

[109] Bkz. Y9HD. 22.11.2010T. 2010/27187E. 2010/33920K, ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.225.

taşımayan çırak, stajyer, meslek öğrenimi gören öğrenciler, geçici işçiler, alt işverenin işçileri[110] ve geçici iş ilişkisiyle çalışanlar o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar[111]. Yargıtay alt işveren işçilerinin otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmayacağını; fakat iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir[112].

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde, işçinin fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçi sayısı esas alınmaktadır[113]. Yüksek mahkeme kararları da bu yöndedir[114]. Fesih ihbarında bulunulduktan sonra kötü niyetli işveren tarafından işçi sayısında değişiklik yapılabilme riski sebebiyle, fesih anın esas alınması son derece isabetli olmuştur. İşçiye yazılı fesih bildirimi yapılmayıp sözlü veya fiili fesih yoluna gidilen hallerde de yine işçiye bildirim yapıldığı tarihteki işçi sayısına bakılacaktır[115]. Doktrinde iş sözleşmesinin feshi tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısının 30 olduğunu, iş güvencesinden yararlanma iddiasında bulunan işçinin ispat etmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır[116]. Fesih tarihi itibariyle 30 veya daha fazla işçinin çalışıp çalışmadığının denetimi ise mahkemece resen araştırılmalıdır[117]. Otuz işçi ölçütü nispi emredici nitelikte olup, taraflarca işçi lehine olmak üzere bu ölçütün daha aşağı sınırlara çekilmesi ise mümkündür[118].

3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması

İş Kanunun 18. maddesinin 1. fıkrası gereğince en az altı aylık kıdeme sahip olan işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir. İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir (İş K, m. 18/4)[119]. Altı aylık sürenin hesabında, otuz işçi ölçütünden farklı olarak, daha önce çalışılan işyerlerinin aynı

[110] Y9HD. 24.09.2007 T., 2007/13965E., 2007/27703K, sinerjimevzuat.com
[111] SÜZEK, s.576.
[112] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 74-78; Y9HD. 18.12.2009T. 2009/247E. 2007/37746K.; Y9HD, 24.05.2010T. 2009/20428E. 2009/14386K, sinerjimevzuat.com; TUNCAY, A. Can, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor? Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2003, s.18-20.
[113] SÜZEK, s. 576-577.
[114] Y9HD. 08.04.2004T. 2004/7166E. 2004/7634K; Y9HD. 26.01.2005T. 2005/30907E. 2005/1534K.; CENTEL, s. 38, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.200; KESER, Hakan, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 1. Basım, Ankara 2010, s. 49.
[115] Y9HD. 28.11.2005T. 2005/34667E. 2005/37461K.; KESER, s.48-49.
[116] KESER, s. 49; İspat yükünün işverende olacağına ilişkin aksi görüş için bkz. ULUCAN, İş Güvencesi, s.36.
[117] Y9HD.06.03.2014T. 2013/10684E. 2014/7406K, ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.382; Y9HD. 10.10.2005T. 2005/28968E. 2005/33031K.; GÜNAY, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, s.155; Aynı doğrultuda Y9HD. 20.05.2014T. 2014/5024E. 2014/16029K, ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.378. KESER, s. 49
[118] SÜZEK, s.577.
[119] Y7HD. 23.05.2014T. 2013/11289E. 2013/9614K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.386.

işkolunda olması zorunlu değildir. Aynı işverenin değişik işyerleri farklı işkollarında da olsa bu işyerlerinde geçirilen sürelerin toplamı göz önünde bulundurulacaktır[120]. Buna karşılık, ayrı tüzel kişiliklerin söz konusu olduğu aynı holding içerisinde yer alan şirketlere veya aynı şirket topluluğuna ait işyerlerinde geçecek süreler, altı aylık bekleme süresinin hesabında birleştirilmeyecektir[121]. Nitekim holding içinde yer alan her şirket ayrı birer bağımsız işverendir.

Kıdem süresinin başlangıcı ise hizmet akdinin yapıldığı tarih olmayıp, fiilen işe başlama tarihidir. Geçici işveren yanındaki çalışma süreleri de kıdem süresine dahil olmaktadır[122]. Kıdem süresinin belirlenmesinde fesih bildiriminin sonuç doğurduğu tarih değil, fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih esas alınmaktadır[123]. Altı aylık kıdemin belirlenmesinde, sadece fiilen çalışılan süreler değil; "Çalışma Süresinden Sayılan Halleri" düzenleyen İş K. m. 66'da gösterilip iş süresinden sayılan haller (yer altına inip çıkma, çocuk emzirme süreleri) de dahil edilmektedir. Kısa süreli hastalık veya ücretsiz izin hallerinde de kıdeme esas süre işlediği gibi, işçilikte geçen süre varsa deneme süreside dahil edilmektedir. Ancak çırak veya stajyer olarak geçirilen süreler, altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmayacaktır.

Altı aylık kıdemin gerçekleştiğinin işçi tarafından ispat edilmesi gerekmekte olup, işçi bu iddiasını yazılı belgelerle olduğu gibi tanık beyanlarıyla da ispat edebilecektir[124]. Altı aylık çalışmanın sürekli ve kesintisiz bir çalışma olması gerektiği yönünde kanunda açık bir ifade olmaması nedeniyle doktrinde aralıklı çalışmaların birleştirilmesi gerektiği savunulmuştur[125]. İşçinin, işverenin işyerlerinde aralıklı çalışması halinde, kıdemin hesaplanmasında aralıklı çalışmalarının birleştirilmesinin uygun olacağı doktrin ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin istikrarlı kararlarıyla vurgulanmaktadır[126]. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, son dönem verdiği kararlarında, birleştirilecek önceki döneme ait çalışmaların, tazminatları ödenmek

[120] SÜZEK, s.577-578; Y9HD. 1.04.2014T. 2014/8402E. 2014/12065K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.382.
[121] SÜZEK, s.577.
[122] Y9HD. 18.4.2008T. 2008/27725E. 2008/7812K., Y9HD. 23.6.2008T. 2008/40991E. 2008/17075K.
[123] Y9HD, 28.22.2005T., 2005/34667E. 2005/37461K.; Y9HD 6.5.2010T. 2010/22787E. 2010/12440K., sinerjimevzuat.com.; Y9HD. 8.4.2008T. 2007/27725E. 2008/7812K.; Y9HD. 5.5.2008T. 2008/33471E. 2008/11128K.; Y9HD. 23.6.2008T. 2008/400991E. 2008/17075K.; Y9HD. 6.5.2010T. 2010/22787E. 2010/12440K.; Y9HD. 14.2.2011T. 2011/474E. 2011/2785K.; Y9HD. 1.4.2013T. 2013/35856E. 2013/10606K.,sinerjimevzuat.com; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.202; KESER, s.54.
Y9HD. 01.04.2014T. 2014/491E. 2014/10933K.; Y9HD. 27.02.2014T. 2013/11619E. 2014/6329K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.385
[124] Y9HD. 13.04.2005T. 2005/3943E. 2005/13121K.; KESER, s.54.
[125] CENTEL, s.48.
[126] Y9HD. 12.01.2005T. 2005/28186E. 2005/562K., sinerjimevzuat.com.

suretiyle sonlandırılmamış olması şartını aramaktadır[127]. Yargıtay'ın daha önce böyle bir şart aramaksızın aralıklı geçen çalışmaların birleştirileceği yönündeki içtihadını sonradan kıdem tazminatı kurumundan etkilenmek suretiyle şarta bağlamasına ilişkin son dönem içtihatlarına katılmamaktayım. İşyerinin devri ise altı aylık kıdem süresini etkilememektedir. Devir sonucunda işverenin değişmesine rağmen işyeri aynı kaldığı için, altı aylık sürenin hesabında önceki süreler göz önünde tutulmakta,[128] yine geçici iş ilişkisi kurulan işverenin yanında geçirilen süreler, bekleme süresine dahil edilmektedir[129].

Kötü niyetli bir işveren; altı ayın dolmasına kısa bir süre kala sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek kastıyla feshi ihbara kalkışması ve bu yolla işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemeyi istemesi her zaman olasıdır. Böyle bir fesih işleminin hukuki sonuçları doktrinde tartışma konusu olmuştur. Doktrinde kötü niyetli işverenin fesih işlemi karşısında işverenin fesih hakkının kötüye kullanmış sayılıp, işçinin kötü niyet tazminatına hak kazanmış sayılacağına dair görüşler bulunmaktadır[130]. Yargıtay'ında katıldığı diğer görüş ise işçinin altı aylık kıdeminin dolmasına kısa bir süre kala sırf işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla yapılan fesihlerin iş akdinin feshinin dürüstlük kurallarına aykırılığı nedeniyle geçersizliğinin (İş K. m. 20-21 çerçevesinde) ileri sürülebileceğidir.

4. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak

İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir; işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur (İK m. 2/4). İş K. m. 18/son, belirli konumdaki bazı işveren vekillerinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını öngörmektedir. Buna göre; "işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri" hakkında, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir[131]. Uygulamada bunlar, "genel müdür" ile değişik işlerden sorumlu "genel

[127] Y22HD. 20.10.2011T. 2011/1014E. 2011/3133K., sinerjimevzuat.com, Yargıtay kararına katılmayan görüşler için bkz.; CENTEL, s.48, SÜZEK, s.579.
[128] Y9HD. 6.5.2010T. 2010/22787E. 2010/12440K.; Y9HD. 15.10.2010T. 2010/30688E. 2010/29172K.,sinerjimevzuat.com.
[129] CENTEL, s.49.
[130] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.174.
[131] Y22HD. 14.05.2013T. 2013/8683E. 2013/10924K.,sinerjimevzuat.com.

müdür yardımcıları" olarak adlandırılan kişilerdir[132]. Kapsam dışında kalan ikinci grup ise, işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkartma yetkisi olan işveren vekilleridir. İşyerinin bütününü yönetme yetkisine sahip olmasına karşın, işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunmayan şube müdürleri, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir[133].

Önemli olan kişiye verilen yahut kişinin kullandığı unvan değil, kişiye temsil yetkisi verilip verilmediği, işletmenin bütününü yahut işyerinin bütününü yönetip yönetmediği, işçi almada ve çıkarmada yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında genel müdüre bağlı olarak çalışan genel müdür yardımcısının, şirketi temsil konusunda imza yetkisinin bulunmasını gerekçe göstererek, davacının işletmenin bütününü yöneten işveren vekili yardımcısı konumunda olduğunu ve iş güvencesinden yararlanamayacağını belirtmiştir[134]. Yüksek mahkeme, konuyla ilgili uyuşmazlıklarda ise işyerine ait kayıtların getirtilerek; işyerini temsil ve ilzama yetkili olan kişilerin belirlenmesini, davacı işçinin imza yetkisinin olup olmadığının varsa bu yetkisini tek başına mı yoksa müşterek mi kullandığının belirlenmesini, organizasyon şemalarının getirtilmesini, davacının organizasyon şemasındaki yerinin belirlenmesini, davacının işçi çıkarma yetkisinin varlığı hususunda kimden emir ve talimat aldığı hususlarının belirlenmesini, tanık ifadelerinin bu doğrultuda tereddütsüz olarak belirlenmesi gerektiğinin altını çizmektedir[135].

5. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dayalı Olarak Çalışma

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmıştır Belirli süreli iş sözleşmesi, İş K. m. 11/I tarafından, "Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi" olarak tanımlanmıştır. Belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı dışında bırakılmış olup, kanunumuz belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara

[132] GÖKTAŞ, Seracettin, "İşveren Vekilinin İş Güvencesi", Çalışma ve Toplum, S. 20, 2009/1, s.67.; Y9HD. 30.10.2006T. 2006/19164E. 2006/28676K.; Y9HD. 05.04.2007 T. 2007/602E. 2007/9465K.
[133] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 81-83.
[134] Y9HD. 22.05.2014T. 2014/2692E. 2014/16499K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.395; Y22HD. 20.06.2013T. 2013/13514E. 2013/14918K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.399; Y22HD. 23.05.2013T. 2013/9412E. 2013/12047K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.402; Y22HD. 23.05.2013T. 2013/9412E. 2013/12047K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.402; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 27-28.
[135] Y7HD. 23.09.2013T. 2013/21739E. 2013/15320K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.397.

koruma sağlamıştır (m. 18/1)[136]. Belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için işin niteliği, esaslı nedenler ya da kanundan doğan nedenler olması gerekmektedir. Bu sebeple belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında objektif bir neden olup olmadığının araştırılması gerekmektedir[137]. Bu anlamda Özel Öğretim Kanunu uyarınca ard arda belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi mümkün olup, bu durum özel okul öğretmenlerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemektedir[138]. İşveren tarafından iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış olsa bile, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılan objektif koşulların bulunmaması halinde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilecektir. Bu sebeple sadece esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma niteliğini taşırlar[139]. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi vakıf üniversitesi öğretim elemanları ile yapılan sözleşmeleri belirli süreli saymakta; Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre ise salt üniversite öğretim üyesi olmak belirli süreli iş sözleşmesi için objektif nedeni oluşturmamaktadır[140].

Belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçilerin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaması, işçinin belirli sürenin sonunda işini kaybedecek olma tehlikesi belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmanın esasen güvenceli bir çalışma sistemi yaratmadığı doktrinde bazı yazarlarca kabul edilmektedir. Bu sebeple, doktrinde bir kısım yazarlarca belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanların iş güvencesi dışında tutulmasının eşitsizlik yarattığı ileri sürülmüştür[141]. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin ancak işin uygulamasına ilişkin koşullar veya işin türü nedeni ile işçinin çıkarları gerekli kılıyorsa yapılabileceği ve 158 sayılı Sözleşmenin ikinci maddesi uyarınca belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili işçileri iş güvencesinin kapsamı dışında bırakabileceğine yönelik hükmü de göz önüne alındığında, doktrindeki bu görüşü isabetsiz buluyorum.

---

[136] Y9HD. 7.12.2005T. 2005/12625E. 2005/38754K.; Y9HD. 13.06.2008T. 2007/19368E. 2008/15558K.; Y9HD. 23.02.2009T. 2008/12778E. 2009/3194K.; TEPEDELEN, Mustafa Kemal, Yargıtay Uygulamalarıyla İş Hukukunun Temel İlkeleri, 1. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.61-64.

[137] Y9HD. 22.03.2005T. 2005/4776E. 2005/9440K.; Y9HD. 28.04.2005T. 2005/12959E. 2005/14908K., KESER, s.50.

[138] GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, s.156; Y9HD. 13.6.2008T. 2007/19368E, 2008/15558K, Sinerjimevzuat.com.

[139] Y9HD. 22.05.2006T. 2006/5115E. 2006/14969K., Y22HD. 11.01.2014T. 2013/1779E. 2014/206K.; Y22HD. 14.05.2013T. 2013/9436E. 2013/11032K., sinerjimevzuat.com; KESER, Hakan, İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi, SİCİL, S:10 Haziran 2008, s. 33-39.

[140] Y22HD. 18.03.2014T. 2013/706E. 2014/6392K, ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.278; Y22HD. 11.01.2014T. 2013/1779E. 2014/206K; Y22HD. 14.05.2013T. 2013/9436E. 2013/11032K., sinerjimevzuat.com

[141] Bkz. CENTEL, s. 35; Ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin Çil, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2010, s.55.

Bazı durumlarda tarafların belirli süreli sözleşmenin süresini çok uzun kararlaştırmaları durumunda, sözleşme yapma hakkı ve serbestisinin suiistimali gündeme gelebilmektedir. Bu tür durumlarda kişilik haklarını zedeleyici nitelik arz eden durumlarda kanun koyucu işçiye, sözleşmeyi fesh etme yetkisi vermiştir Buna göre, bir iş sözleşmesi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla süre için yapılmış ise, işçi akdi on yıl geçtikten sonra her zaman ve bir aylık fesih öneline uymak koşuluyla, tazminat vermeye gerek duymaksızın feshedebilecektir[142](TBK m.343).

6. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi

İş sözleşmesinin sona erme nedenlerinden olan fesih, sözleşmenin işçi ya da işveren tarafından tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesidir. Bildirimli fesih (feshi ihbar) hakkı taraflara, belirsiz süreli iş akdini tek taraflı irade beyanıyla bildirim sürelerinin bitiminde sona erdirme yetkisi vermektedir[143]. Taraflara süreli feshin tanınmış olması, ne zaman sona ereceği belli olmayan sözleşmeyle bağlı kalmak zorunda bırakılmalarının kişi özgürlüklerine zarar vereceği ve en nihayetinde sınırsız bir süre için akdi yükümlülük altına girmemeleri sebebiyle getirilmiştir[144]. İşveren yönünden süreli feshin bir hak olarak tanınmasının nedeni ise, işletmenin ihtiyaç duyduğu hareketliliği sağlamak, taraflar arasındaki eşitlik ve karşılılığı gözetmek esasına dayanmaktadır[145].

İş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından önemli olan husus ise, söz konusu fesih beyanının geçerli bir nedene dayandırılıp dayandırılmadığıdır. İş K. m. 18 vd. hükümlerine göre, iş güvencesinin kapsamına giren işçinin sözleşmesini süreli fesih bildirimiyle fesheden işveren geçerli bir nedene dayanmak zorundadır[146]. Nitekim iş güvencesi kapsamında olsun olmasın belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmeleri bildirim süresine uymak veya bu süreye ilişkin ücreti peşin olarak ödemek suretiyle sona erdirilebilir (İşK. m. 17/5)[147]. Ancak peşin ödeme yoluyla fesih türü, sadece işverene tanınmış bir haktır. İş Kanunun 17. maddesine göre yapılan fesihlerde, hem işçi hem

[142] KAPLAN, Tuncay Senyen, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Kamu-İş, 1. Basım, Ankara, 2010, s.215.
[143] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.265-269.; OĞUZMAN, M.Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.537, s.436-443.
[144] NAKLEN, Brun/Galland, No:633, sh.811, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 3.Bası, Ankara, 2008, s.656.
[145]ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 418-425; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.657.
[146] MOLLAMAHMUTOĞLU, s.659.
[147] TOPCU, s.135.

de işveren tarafının uyması gereken bildirim süresi, maddenin devamında işçinin kıdemi esas alınmak suretiyle belirlenmiştir[148]. Buna göre; iş akdi, işi altı aydan az sürmüş işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak alt hafta, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş olur. Karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olan fesih bildirimi, karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hukuki sonuç doğurmaktadır[149]. Yargıtay fesih bildiriminin bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu, muhatabına ulaştığı anda sonuç doğuracağını hükme bağlamaktadır[150]. Yine yüksek mahkeme içtihatlarında, bildirimli feshi kısıtlayıcı tarzda iş sözleşmelerine tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart konulmasını geçersiz saymaktadır[151].

Süreli fesih hakkının da her hak gibi MK m. 2 uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun bir biçimde kullanılması gerekir. Aksi halde, fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılmaktadır[152]. İşveren tarafından yapılan süreli fesihler meşru ve makul nedenlere dayandığı takdirde hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermeyecektir[153]. Yargıtay yerel seçimlerden 1,5 yıl kadar sonra seçimde kendisinin desteklenmediğinden bahisle işçinin iş akdinin feshinin hayatın olağan akışına uygun olmadığından bahisle kötü niyet tazminatının reddedilmesi gerektiğine vurgu yapmış[154] yine işçinin emekliliğine hak kazanma prim gün sayısı dolmadan işten çıkartılmanın fesih hakkının kötüye kullanıldığı anlamına gelmediğini,[155] yerel seçimler sonrası yeni yönetim tarafından şoförlük dışı diğer işlerde çalıştırılmanın iş koşullarında esaslı değişiklik olmakla birlikte, bu hususun kötü niyet tazminatına esas teşkil edemeyeceğini vurgulamıştır[156]. İş güvencesine tabi olmayan işçilerin, iş sözleşmelerinin işverence kötü niyetle feshedilmesi halinde bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatına hak kazanacaklardır (İş K. m.17/6).

[148] Y9HD. 07.10.2003T. 2003/2828E. 2003/16324K.,TOPCU, Umut, İşçi Alacak Davaları ve Belirsiz Alacak Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.63.
[149] ENGİN, s.10.
[150] Y9HD. 9.5.2006T. 2006/34222E. 2006/13100K. ; YHGK. 25.05.1991, 9-338/426, SÜZEK, s.515
[151] Y9HD. 02.05.2008T. 2007/17475E. 2008/11063K., sinerjimevzuat.com
[152] TOPCU, s.136.
[153] SÜZEK, s.531-534.
[154] Y.HD.21.01.2014T. 2013/27255E. 2014/670K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.374.
[155] Y9.HD.14.03.2012T. 2009/48750E. 2012/8412K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.376.
[156] Y9.HD.10.04.2014T. 2014/9880E. 2014/12163K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.373.

İş güvencesi, işçiyi işveren tarafından yapılan fesihlere karşı güvence altına almayı amaçlamaktadır[157]. İş güvencesi hükümleri, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde, işçiye uygulanacak bir koruma sistemidir. İş K. m. 18/I hükmünde, "iş sözleşmesini fesheden işveren" denilerek konuya açıklık getirilmiştir. İş güvencesi hükümlerinin uygulanması, öncelikle, iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesine bağlıdır. İş sözleşmesinin fesih dışında sona erdiği hallerde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma söz konusu değildir. Tarafların iş sözleşmesini ikale yoluyla sona erdirmesi halinde, sözleşme karşılıklı sona erdiği için, işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır[158]. İkale, sözleşmenin tarafların ortak iradeleriyle iş akdinin sona erdirilmesidir[159]. İkale ile sözleşmenin sona erdirilebilmesi için hem işçinin hem işverenin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik hukuki işlem iradesine sahip olması gerekmektedir. Bu sözleşme ile tarafların hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde iş sözleşmesi ilişkisinden kurtulmak istediklerinin kesin olarak ortaya konulması gerekmektedir[160]. İrade fesadı denetimi dışında tarafların ikale sözleşmesi yapması hususunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekmektedir. Yargıtay makul yarar ölçütünü açıklarken, ikale sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesini, somut olayın özellikleri dikkate alınarak hüküm tesis edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.[161].

İş sözleşmesi, işçinin işyerinden istifa etmek suretiyle ayrılması durumunda, işçi tarafından feshedilmiş olur. Böylelikle iş sözleşmesini işveren değil işçi feshetmiş olacağı için, istifa eden işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması yine söz konusu olamayacaktır. Nitekim iş sözleşmesinin feshini talep eden bu durumda işçidir, işveren ise işçinin talebini uygulayan konumundadır[162]. Ancak bu durumda işçi istifa etmek suretiyle iş sözleşmesini gerçekten ve isteyerek feshetmiş olmalı, istifa beyanını ise baskı altında kalarak yazmamalıdır[163].

---

[157] ALPAGUT, Gülsevil, " İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Sicil, S.1, Mart 2006, s.71.

[158] SEVİMLİ, Ahmet, "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", Sicil IV, S.14,Haziran 2009, s.95. Ayrıca bkz. SEVER, Hatice, "Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi", Sicil VI, S.23, Eylül 2011, s. 87; Y9HD. 21.4.2008T. 2007/31287E. 2008/9600K ;Y22HD. 22.12.2011T. 2011/4403E. 2011/7992K., sinerjimevzuat.com.

[159] Y9HD. 18.10.2010T. 2009/29861E. 2010/29354K., sinerjimevzuat.com

[160] Y9HD.18.10.2010T. 2009/29861E. 2010/29354K., sinerjimevzuat.com.

[161] Y22HD. 22.12.2011T. 2011/4403E. 2011/7992K.; benzer yönde Y9HD. 21.4.2008T. 2007/31287E. 2008/9600K., sinerjimevzuat.com.

[162] Y9HD. 26.11.2007T. 2007/35800E. 2007/35329K., sinerjimevzuat.com.

[163] Yargıtay HGK., 10.02.2010-9-39/71; Aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 17.10.2006 gün ve 2006/9-612 E. 662 K. ; 3.05.2007 gün ve 2007/9-288 E. 286 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir, sinerjimevzuat.com;

İş sözleşmesinin feshi ihbar suretiyle işveren tarafından sona erdirildiği sırada, bildirim öneli içerisinde, işçinin emekli olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurduğu takdirde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı konusu Yargıtay tarafından da tartışılmıştır Yargıtay ilk dönem kararlarında işçinin bildirim öneli içerisinde kuruma başvurmasını işçi feshi saymaktaydı"[164]. Ancak Yüksek Mahkeme, daha sonra görüş değiştirmiştir: "*Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılı ve sonrasında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır*" yönündeki kararıyla, işçinin yaptığı emeklilik başvurusunun, fesih niteliği taşıyamayacağına isabetli olarak hükmetmiş ve görüş değiştirmiştir[165].

Süreli fesih hakkının da her hak gibi MK m. 2 uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun bir biçimde kullanılması gerekir. Aksi halde, fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılmaktadır[166]. Kötü niyet tazminatı, iş güvencesinden yararlanamayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından kötü niyetle feshinin hukuksal yaptırımıdır [167] .İş güvencesine tabi olmayan işçilerin, iş sözleşmelerinin işverence kötü niyetle feshedilmesi halinde bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatına hak kazanacaklardır (İş K. m.17/6). İş Kanunun 17. maddesinin 6. fıkrasında sadece işverenin fesih hakkını kötüye kullanması hali düzenlenmiş olup, bu hakkın işçi tarafından kötüye kullanılması konusunda ise bir hüküm öngörülmemiştir[168]. Buna göre 17. maddenin gerekçesinde birtakım örnekler sayılarak kavrama açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Ancak kötü niyet teşkil eden davranışlar gerekçede sayılanlarla sınırlı olmayıp, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilerek ayrıca sonuca gidilmesi gerekmektedir[169]. İşverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat yükü ise işçiye düşmektedir. Burada önemli olan, işçinin kusurlu olup olmaması değil işverenin fesih hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının tespitidir[170]. İşletmenin, işyerinin ekonomik, mali ve teknik gerekleri nedeniyle işverence yapılan fesihler ise kural olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmayacaktır. Yargıtay işletme gereklerinden ortaya çıkan

---

KARAÇÖP, Eda, "Kıdem Tazminatının Ödeneceği Konusunda İşverence Kendisinde Haklı bir Güven Oluşturularak İstifa Eden İşçinin Talebinin Güven Prensibi Çerçevesinde İrdelenmesi", Sicil VI, S.21 ,Mart 2011,, s.141.

[164] Y9HD. 01.10.2007-14067/28540, sinerjimevzuat.com.

[165] Bkz. CENTEL, s.34, Yargıtay 9.HD.26.6.2008 gün 2007/24004 E, 2008/17671 K., sinerjimevzuat.com.

[166] TOPCU, s.136; SÜZEK, s. 539.

[167] Y9HD. 28.09.2011T. 2011/20784E. 2011/33779K., www.sinerjimevzuat.com; Y9HD. 27.05.2014T. 2012/21854E. 2014/17168K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 371.

[168] SÜZEK, s.5554-557; Y9HD. 28.09.2011T. 2011/20784E. 2011/33779K., www.sinerjimevzuat.com.

[169] Y9.HD. 27.05.2014T. 2012/21854E. 2014/17168K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.371.

[170] KESER, s.33.

kadro daraltılması zorunluluğunun[171], ekonomik kriz veya işyerinin kapanması, ham madde yokluğu nedeniyle yapılan fesihleri kötü niyetli fesih olarak değerlendirmemektedir[172].

C. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi

1. Genel Olarak

İş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten çıkarmaları önlemektir. Böyle bir amaca ulaşmanın yolu ise, işverenin işçiyi işten çıkarırken kanunun öngördüğü geçerli bir sebebe dayanması koşuludur[173].

Geçerli sebep; haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan nedenlerle olumsuz etkileyen ve iş ilişkisinin devamını olanaksız kılan sebeplerdir[174]. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyecek olduğu durumlarda, fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Bu sebepler 25. madde kapsamında belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklan sebeplerle ciddi bir biçimde etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine imkan vermeyen, işçinin işini veya işyerinin olağan yürüyüşünü bozan sebeplerdir[175]. Herhangi bir olgunun geçerli neden olarak kabul edilip edilmeyeceği ya da İş K. m. 18/I'de sayılan geçerli neden grupları içinde ne gibi hallerin yer alacağı hususlarında, yasamızda açıklık yoktur. Sıklıkla karşılaşılabilecek geçerli neden örneklerine ise, yasa yerine İş K. m. 18'e ilişkin madde gerekçesinde yer verilmiştir[176]. Haklı sebeple feshe imkan veren olgular ise, taraflar arasındaki kişisel ilişkiyi çökerten, bir taraftan sözleşmeye devamı beklemenin dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturduğu durumlar olmaktadır[177]. Haklı fesih sebepleri ile geçerli fesih sebepleri arasında bu nedenle de önemli ağırlık farkı bulunmaktadır[178]. Taraflar arasındaki güven temeli henüz çökmemiş ama işçinin davranışı iş ilişkisinde bulunması gereken güveni işverenden ilişkiye beklenemeyecek ölçüde sarsmış ise geçerli sebebe dayanan bildirimli fesih hakkı bulunmaktadır.

---

[171] TOPCU, s.137.
[172] Y9HD. 04.11.2003 T. 2003/12421E. 2003/18679K., TOPCU, s.138.
[173] Y9HD. 20.04.2009T. 2008/27835E. 2009/11273K.; KESER, s.36.
[174] CENTEL, İş Güvencesi, s.58; GÜNAY, s.159.
[175] ULUCAN, İş Güvencesi, s.36
[176] ALPAGUT, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Sebep Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", SİCİL, Mart 2006, Y:1 S.1, s.71-82.
[177] ALPAGUT, s.72.
[178] ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, İşe İade Davaları, s.65.

İş K.'nun 20/2 maddesinde, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü işverene verilmiştir. İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli veyahut haklı olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması gerektiği gibi, nitekim işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür[179].

2. Feshi Geçerli Nedene Dayandırma Yükümlülüğü

4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, 1475 sayılı İş Kanununda, işverenin iş sözleşmesini bildirimli fesih yoluyla feshinde herhangi bir sebebe dayanması gerekmemekteydi. 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde; "iş sözleşmesine son vermenin geçerli bir sebebe dayandırılması ve geçerli sebep teşkil etmeyecek haller, sözleşmenin feshinde takip edilmesi gereken usul, fesih bildirimine itiraz ve usulü, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerle işverenin feshinde işçi temsilcilerine danışma ve yetkili makama bildirim usulleri" düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin kurallar ise 158 Sayılı ILO Sözleşmesinin 4,5,6 ncı maddelerinde yer almış ve bu doğrultuda "işçinin yeterliliğinden veya tutumundan kaynaklanan ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı geçerli bir fesih sebebi olmadıkça işçinin iş ilişkisine son verilmeyeceği" düzenlenmiştir. Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler çerçevesinde, 4773 sayılı Kanunun kabul edilmesi ile Türk İş Hukukunda ilk kez geçerli sebep kavramı ortaya çıkmış, işverene bildirimli fesih sureti ile iş sözleşmesini feshederken geçerli bir sebebe dayanma yükümlülüğü getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 158 sayılı ILO Sözleşmesinin ilgili hükümleriyle örtüşen 18 inci maddesinde "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı 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*" olduğunu belirtmektedir. Yasamız, işverenin fesih hakkını sınırlarken, "geçerli sebep" kavramını merkeze oturtmuştur. Yasamız işverenin fesih hakkını, haklı nedenlerin olmadığı durumlarda, "geçerli bir sebep oluşuncaya kadar" sınırlamaktadır[180].

[179] KAR, Bektaş, s.13.
[180] KAR, Bektaş, İşletme, İşyeri Ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s.101; KESER, s.38.

3. İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebepler

4857 saylı İş Kanunu'nun "feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlıklı 18 inci maddesi, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin dayanmak zorunda olduğu geçerli sebepleri sıralarken ilk olarak işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli sebeplerden bahsedilmiştir. İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilecek, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul sınırlar dahilinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilecektir[181].

a. İşçinin Yetersizliği Nedeniyle Fesih

Yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi vurgular[182]. İşçinin yetersizliği nedeniyle yapılan fesihler işçinin kişisel yetenekleri ve özellikleri ile bağlantılıdır. İşçinin yetersizliği iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki işçinin fiziki yetersizliği olup, işçinin sağlık durumu, kapasitesi, eğitimi, yaşı gibi durumlar bu kapsamdadır. Mesleki yetersizlik ise, işçinin performans ve verim düşüklüğünü ifade etmektedir.

İşçinin yetersizliği ve davranışları, İş Kanunun 25. maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta olmamakla birlikte, işyerinin işleyişini ve yürüyüşünü bozan, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, iş görme borcunun gerektirdiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen durumlardır [183] . İşçinin objektif konumu dikkate alınırken, davranışlarından kaynaklanan nedenlerde işçinin haklı nedenle derhal feshe olanak verecek ölçüde olmayan kusurlu davranışı değerlendirmede önemli rol oynamakta olup, fiziki veya mesleki yetersizliğin söz konusu olduğu hallerde işçinin kusuru aranmayacaktır.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenlerin neler olabileceği İş Kanunun gerekçesinde sayılmıştır. Buna göre "*Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli*

[181] Y9HD. 09.03.2009T. 2008/20570E. 2009/6142K., sinerjimevzuat.com.
[182] Y9HD. 15.12.2008T. 2008/8488E. 2008/33641K., KAR, Bektaş; Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim, SİCİL 2008, Y:3 S:11, s. 34-40; Y9HD. 15.12.2008T. 2008/8488E. 2008/33641K., sinerjimevzuat. com.
[183] Y9HD. 1.7.2010T. 2010/24402E. 2010/21299K, Y9HD. 14.03.2017T. 2016/6679E. 2017/4009K., sinerjimevzuat.com; SÜZEK, s. 569.

çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenlerden daha düşük performansa sahip olma; işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olması" gibi nedenler işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepleri oluşturmaktadır. İşçinin işini uyarılara rağmen, eksik, kötü ve yetersiz olarak yerine getirmesi geçerli fesih nedeni olarak belirtilmişken, İşK. m. 25/II-h'de ise işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırladığı halde yapmamakta ısrar etmesi haklı bir fesih nedeni olarak sayılmaktadır. Diğer yandan, madde gerekçesinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilecektir[184].

İş sözleşmesinin işçinin fiziki veya mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun, iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması gerekmektedir. Yine işçinin iş ediminin usulüne uygun olarak ifası için kısa sürede doktor, terapist, antrenör vs.nin yardımlarıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin olanaklı görülmemesi gerekmektedir[185].

aa. İşçinin Fiziki Yetersizliği

İşçinin sağlık problemlerinin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi taraflarının fesih haklarını düzenleyen maddeler İş K. m. 24/I-bent ve 25/I-bent 1 inci maddelerinde sırasıyla işçinin ve işverenin sağlık sebebi ile iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkını düzenlemektedir. Buna göre, İş K. m. 24/I-bent 1 uyarınca, işçi; iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa ya da işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimsiz olarak feshedebilecektir. İşçinin sahip olduğu hastalık sebebi ile bildirimsiz fesih hakkına karşılık, işvereninde hastalık sebebi ile işçinin iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshetme hakkı vardır. Buna göre, İş K. m. 25/I-bent 1 uyarınca işveren, öncelikle, işçinin

[184] GÜNAY, s.160; Y9HD. 09.03.2009T. 2008/20570E. 2009/6142K., sinerjimevzuat.com.
[185] Y9HD. 05.05.2008T. 2007/35818E. 2008/11433K., Y9HD. 18.03.2008T. 2007/27584E. 2008/5327K., KESER, s.66.

kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi durumunda, işçinin iş sözleşmesini sağlık sebebiyle bildirimsiz olarak feshedebilecektir. Söz konusu bu hallerde, işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacaktır. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlayacaktır.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilecekleri ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği, işverenin işletme ile ilgili menfaatlerinin önemli ölçüde ihlal etmiş olan durumlarda feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilecektir[186]. Nitekim İş K. m. 18'de genel olarak yetersizlikten bahsedilmiş, ancak gerekçede işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler arasında "sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işin gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık", işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler arasında da sık sık rapor alma, örnek geçerli sebepler içerisinde sayılmıştır. Sık sık hastalanma ve rapor alma halinin ise iş görme ediminin gerektiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak olumsuz etkilemesi, işyerinin normal işleyişini bozması halinde, işveren geçerli olarak süreli fesih hakkını kullanabilecektir[187]. İşçinin sağlık sorunu, daha önce yaptığı görevi ve performansını olumsuz etkilediği durumlarda, işçinin işletme içerisinde başka bir görevde değerlendirilmesine engel oluşturmayan hallerde, işverenin işçiyi bu görevde değerlendirmeden performans yetersizliği nedeni ile fesih yoluna gitmesi geçerli sebep olarak kabul edilmemektedir. Nitekim son çare ilkesi, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihler yanında, işçinin performansı veya uyumu gibi nedenlerle sınırlı olarak, işçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle yapılması düşünülen fesihler içinde göz önüne alınması gereken bir ilkedir[188].

İş K. m. 18'e ilişkin gerekçesinde, emeklilikten söz edilmiş anca emekliliğin sadece işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde geçerli sebep olarak kabul edileceği

[186] Y9HD. 28.4.2005T. 2004/31892E. 2004/14992K; Y9HD. 18.06.2007T. 2007/9567E. 2007/19231K.,Y9HD. 18.03.2008T. 2007/27584E. 2008/5327K.; Y9HD. 05.05.2008T. 2007/35818E. 2008/11433K.; sinerjimevzuat.com; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 48; SÜZEK, s.586-587.

[187] Y22HD. 28.01.2013T. 2013/590E. 2013/1158K., SÜZEK, s.587

[188] GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, s. 70-75; Y9HD. 15.12.2008T. 2008/8488E. 2008/33641K., KESER, s.70.

belirtilmiştir. Buna göre, işyerinden kaynaklanan bir sebep söz konusu değil ise, emeklilik hakkını elde etmiş olmak tek başına geçerli sebep olmayacaktır. Nitekim doktrin ve Yargıtay kararlarına göre de salt yaşlılık veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak geçerli bir fesih nedeni sayılmamaktadır[189]. İşçinin salt emeklilik aylığına hak kazanması veya belli bir yaşa gelmesi işçinin yetersiz olduğu anlamına da gelmemektedir. Yaşlılık, işinin verimini ciddi bir biçimde etkilemesi, yaşlılığın iş görmeye engel oluşturması ve işyerinde olumsuz sonuçlar doğurması halinde geçerli bir fesih nedeni teşkil edebilecektir. Buna karşılık, ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen çalışan fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında, emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesini ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir[190]. Yargıtay, belli bir yaş sınırına gelmiş ve emekliliği hak etmiş olma halinde iş akdinin geçerli olarak feshedilebileceğini öngören personel ve yönetmelik ile toplu iş sözleşmesi hükümlerinin objektif ve genel olması halinde geçerli olduğuna karar vermektedir[191]. Doktrinde Yargıtay'ın kararını isabetli bulmayan İK 18/1'de yer alan geçerli fesih nedenlerinin emredici nitelikte oluşu ve işçi aleyhine değiştirilememesi niteliği sebebiyle bu tür sözleşmesel kayıtların kural olarak geçersiz sayılması gerektiği yönündeki görüşler bulunmaktadır[192]. Doktrindeki eleştirel görüşe katılmaktayım çünkü salt işçinin yaşlılığı veya yaşlılık aylığına hak kazanması geçerli bir fesih nedeni olamayacağı gibi, zira yaşlılığın etkisi kişiden kişiye ciddi farklılıklar göstereceğinden, yaşlılık ancak işçinin verimini ciddi bir biçimde olumsuz etkiliyor, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesine engel oluşturuyorsa, ancak o zaman mesleki yetersizlik dolayısıyla iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilecektir.

bb. İşçinin Mesleki Yetersizliği

İşçinin mesleki yetersizliği kural olarak geçerli fesih nedenidir. İş Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere işçinin aynı ve benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli ve daha düşük performansla çalışması iş akdinin feshi için geçerli bir neden teşkil etmektedir. İşçinin gerektiği kadar çalışamaması, dinanizm, inisiyatif kullanma, çabuk karar alma vb.

[189] SÜZEK, s.588.
[190] Y9HD. 04.03.2008T. 2007/26106E. 2008/3438K., Y9HD. 05.12.2006T. 2006/24004E. 2006/31985K., Y9HD.25.05.2009T. 2009/28828E. 2009/13792K., EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.206; KESER, s.76.
[191] Y9HD. 20.10.2008T.2008/11058E. 2008/27690K., Sinerjimevzuat.com.
[192] ULUCAN, Devrim, 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, B.2, İstanbul 2003, s.17-48.

konularda eksiklikler göstermesi, mesleğe uyum yetersizliği, yaptığı işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini geliştirme yetersizliği gibi haller performans eksikliğine dayanan geçerli fesih nedenleri arasındadır[193]. Yargıtay'ın emsal kararlarında da bu husus vurgulanmaktadır "*İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir*"[194].

İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih nedeninin oluşabilmesi için sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışma metodunun değiştirilmesi nedeniyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması halinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir.

Yargıtay'ın emsal içtihatlarına göre işçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için performans değerlendirmesi sistemi her şeyden önce objektif ölçütlere dayanmalı; işletmenin yapısına uygun, işyerine özgü performans standartları oluşturmalıdır[195]. Yargıtay performans değerlendirme kriterlerinin önceden saptanmasını, işçiye tebliğ edilmesi, yine işçinin performansının düşük olduğu hallerde yine işçiye ihtar edilmesi gerektiğini belirtmektedir[196].

Geçerli bir fesih için işçinin performans düşüklüğünün sürekli olması gerekmektedir. Buna karşın, koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen arızi sonuçlar ise, iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilmemektedir[197]. Performans

[193] SÜZEK, s.591-593.
[194] Y9HD. 1.12.2009T. 2009/8299E. 2009/32595K., sinerjimevzuat.com
[195] Y9HD. 9.3.2009T. 2008/20570E. 2008/6142K.; Y9HD. 30.6.2008T. 2007/42768E.2007/18079K.; Y9HD. 27.4.2009T. 2008/27863E.2008/11775K., Y9HD. 12.4.2010T. 2010/7476E. 2010/10020K., sinerjimevzuat.com.
[196] Y9HD. 8.4.2008T. 2008/27829E. 2008/7831K., sinerjimevzuat.com
[197] Y9HD. 18.3.2008T. 2008/27584E. 2008/5327K., SÜZEK, s.591-593.

düşüklüğü ve yetersizliği nedeni ile iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebep oluşturması için, performansı olumsuz etkileyen nedenin; işçinin kendisinden, görev tanımından kaynaklanması ve uyarıya rağmen işçinin bu durumu düzeltmemesi gerekmektedir. Engelli bir işçinin verimi sebebiyle iş akdinin feshedilebilmesi için engelliği oranında performans beklenmelidir[198].

Mesleki yetersizliğe dayanarak iş akdinin feshi nedenleri arasında bir mesleğin uygulanabilmesi için zorunlu olan resmi izin veya lisansın kaldırılması işveren yönünden geçerli bir neden oluşturabilmektedir. Buna örnek olarak yabancı bir işçinin çalışma izninin kaldırılması veya bir pilotun lisansının süresinin uzatılmaması, şoförün ehliyetinin alınması vb. gibi durumlar iş akdinin süreli feshinde geçerli neden oluşturmaktadır[199]. İş K. m. 19/2 uyarınca, işçinin verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesi feshedilmeden önce işçinin savunmasının alınması gerekmektedir. Verimliliği hakkında işçinin savunmasının alınmaması feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır[200].

b. İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih

İş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından bildirimli olarak feshedilmesinde, işverence dayanılabilecek geçerli geçerli sebeplerden ikinci de İş K. m. 18 de işçinin davranışları olarak gösterilmiştir. Kanunumuzun gerekçesinde geçerli bir feshe neden olabilecek işçinin davranışları örnekler verilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Gerekçeye göre "*İşverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş 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 işin aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller*" gibi sebepler işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerdir. İşçinin davranışlarına dayanan geçerli fesih nedenlerini sınırlı bir şekilde saymak mümkün olmayıp, her olayın niteliğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. İşçinin davranışından kaynaklanan sebepler, genel olarak iş sözleşmesinden doğan borca aykırılık hallerini ifade eder ve işçinin kusuruna dayanmaktadır. Bununla birlikte işçinin her kusurlu eylemi de geçerli sebep sayılmayıp,

[198] Y9HD. 25.5.2009T. 2009/34233E. 2009/14264K., sinerjimevzuat.com
[199] ULUCAN, İş Güvencesi, s.49-50, SÜZEK, s.593.
[200] Y9HD. 06.12.2005T. 2004/11743E. 2004/26264, KESER, s. 87.

bunun için kusurlu eylemin işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığının denetlenmesi gerekmektedir [201] . İşçinin kusur veya ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceği gibi, bu durumda işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebebinden de bahsedilemeyecektir[202]. İşçinin özel yaşamının geçerli bir fesih nedeni teşkil edebilmesi için; işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapıyorsa geçerli sebep teşkil edebilecektir.

İş Kanunun 19 uncu maddesinde, iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple feshinde, işverene işçiye ihtarda bulunmasına yönelik bir yükümlülük getirilmemiştir. Ancak Yargıtay işçinin kural olarak uyarılmasını ve buna rağmen işçinin davranışı tekrarlamayı sürdürmesini geçerli sebebin varlığından söz edilebilmesi için aramaktadır[203]. İşçinin davranışlarına dayanan geçerli fesih sebepleri teşkil edebilecek örnek hallerden bazıları kısaca şöyledir:

aa. İşçinin İşvereni Yanıltması

İşçinin iş akdinin yapıldığı sırada işçinin bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya koşullara sahip olmadığı halde belirli vasıfların bulunduğunu ileri sürerek işvereni yanıltması haklı nedenle derhal fesih nedenidir[204]. Ancak işçinin görüşmeler sırasında işvereni yanıltmış ve bu durum işyerinin işleyişini olumsuz etkilemiş ise geçerli fesih nedeni olabilecektir.

bb. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarf Etmesi

İş K. m. 25/II, b gereğince işçinin, işveren ve aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, asılsız isnatlarda bulunması haklı nedenle derhal fesih nedeni olmaktadır. Ancak işçinin bu ağırlıkta olmamakla birlikte işveren aleyhine sözler söylemesi ve eleştirilerde bulunması, işyerinde olumsuzluklara yol açması ve

[201] DEMİR, Fevzi; Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10 2006, s.476-479.
[202] Y9HD. 29.06.2009T. 2009/3776E. 2009/18292K., Y9HD. 17.03.2008T. 2007/27583E. 2008/5294K., Y9HD. 17.03.2008T. 2007/27680E. 2008/5302K., Y9HD. 24.03.2008T. 2007/27673E. 2008/5995K.,Y9HD. 04.05.2009T. 2008/36305E. 2009/12393K., Y9HD. 23.02.2009T. 2008/17133E. 2009/3187K., Y9HD. 29.06.2009T. 2009/3776E. 2009/18292K.; Y9HD. 29.06.2009T. 2008/36431E. 2009/18306K., Y9HD. 01.06.2009T. 2008/36397E. 2009/15176K., Y9HD. 29.06.2009T. 2009/3776E. 2009/18292K; KESER, s.98.
[203] Y9HD. 23.02.2009T. 2008/17133E. 2009/3187K., sinerjimevzuat.com.
[204] SÜZEK, s.597.

işverenin artık iş ilişkisini sürdürmesinin makul sınırlar dahilinde beklenemeyeceği durumlarda geçerli fesih hakkı doğacaktır[205].

cc. İşçinin Geçimsizliği

İşçinin işverene veya onun ailesi üyelerinden birine ya da işverenin başka bir işçisine sataşması derhal fesih sebebidir (İK 2/II, d). Ancak işçinin sataşmasının sürekli tartışma boyutunda kalması hali geçerli bir feshe dayanak oluşturabilecektir. Nitekim bu durum yasanın gerekçesinde "amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi" davranışların geçerli bir feshe dayanak oluşturduğunu belirtmiştir.

dd. İşçinin Sadakat Borcunu İhlal Etmesi

İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları haklı fesih sebebi oluşturacaktır. Ancak işçinin sadakatsizlik düzeyine varmayan, taraflar arasındaki güven ilişkisini tamamen çökertmeyen işçi davranışları ise geçerli fesih nedeni olacaktır[206].

ee. İşçinin Devamsızlığı ve İşe Geç Gelmesi

İş K. 25/II bendinin g alt bendi gereğince işçinin izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içerisinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü ya da bir ayda üç işgünü işe devam etmemesi halinde işveren haklı nedenle derhal iş akdini feshedebilecektir. Ancak işçinin işe sık sık geç kalması İK 18/1'e göre iş akdinin geçerli feshine yol açan bir nedendir[207].

ff. İşçinin Görevini Yerine Getirmekteki Yetersizliği

İşçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi geçerli fesih nedeniyken, İş K. 25/II bendinin h alt bendi gereğince işçinin yapmakla ödevli olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ise haklı bir fesih nedenidir. İşçinin işyerinde süreklilik kazanan, işe olan ilgisinin ve sorumluluk duygusunun

[205] SÜZEK, s.598.
[206] Y9HD. 18.1.2010T. 2010/14601E. 2010/156K.; SÜZEK, s.600.
[207] Y22HD. 20.10.2011T. 2011/1221E. 2011/3182K., sinerjimevzuat.com

yetersizliğini gösteren davranışları geçerli feshe neden olabilecektir[208]. Yasanın gerekçesinde bu duruma örnek olarak işçinin işyerinde iş akışını durduracak şekilde uzun kişisel telefon görüşmeleri yapması, işini aksatarak işyerinde dolaşması, devamlı esas çalışma yerinin dışında bulunması, iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkiye girmesi, uzun sohbetlerde bulunması geçerli fesih nedeni oluşturabilecek davranışlardır.

gg. İşçinin İşverenin Malına Zarar Vermesi

İş K. 25/II bendinin ı fıkrasına göre işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işverenin makinelerini, tesisatını ya da başka eşya ve maddelerini otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması haklı nedenle derhal fesih nedeni olmaktadır. Ancak işçinin kusuruyla işverene verdiği zarar otuz günlük ücretinden az olduğu takdirde, işveren derhal fesih hakkını değil geçerli nedenle fesih hakkını kullanabilecektir[209].

hh. İşçinin Kısa Süren Tutukluluğu

İş Kanunun 25. maddesinin dördüncü bendine göre işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması halinde işveren iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Ancak tutukluluk süresi yasal bildirim süresini aşmadığı durumlarda, bu durum işin normal yürüyüşünü etkileyeceğinden geçerli nedenli feshe dayanak teşkil edecektir.

Yukarıda yer verdiğimiz örnekler uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlar olup, bu durumların yanı sıra işverenin kapısını dinlemek, diğer işçilerden sürekli borç para istemek, işyerinde rahatsızlık verecek tarzda dedikodu yapmak, sigara içme yasağına uymamak, işveren tarafından sağlanan eğitimlere katılmamak, diğer işçilere uygunsuz davranışlarda bulunmak, müşterilere saygısız ve nezaketsiz davranmak vb. haller, işin normal işleyişini veya işyerindeki uyumu olumsuz etkiliyor, işverenin güvenini sarsacak nitelikte olup, iş ilişkisinin sürdürülmesini makul ölçüler içinde beklenemez kılıyorsa geçerli fesih nedeni sayılacaktır[210].

Tez konumuzun "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih" konusuna özgülemiş olmamız sebebiyle, bu bölüm başlığı altında sadece genel bilgiler vermekle yetinilmiştir.

[208] Y9HD. 22.06.2017T. 2017/5507E. 2017/11214K., sinerjimevzuat.com.
[209] SÜZEK, s.603.
[210] SÜZEK, s.604-605.

c. İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Nedeniyle Fesih

İş Kanunun 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işveren belirsiz süreli iş akdini "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe" dayanarak feshedebilir. İşletme, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlüklere veya reorganizasyon (yeniden yapılanma) gereklerine ya da teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısıyla çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlasının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır[211].

İş Kanunun gerekçesinde işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler konusunda örnekler verilmiştir. Gerekçede bu nedenler ikiye ayrılmakta, "sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebepler" işyeri dışından kaynaklanan nedenler olarak gösterilmektedir. Buna karşılık, "yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması" işyeri içi nedenlerdir. İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle fesih yapılabilmesi için; öncelikle ekonomik, yapısal, teknolojik nedenlerin feshi zorunlu kılması, işçinin işinin ortadan kalkması veya işgücü fazlalığının meydana gelmiş olması gerekmektedir[212]. Yüksek mahkeme bu hususstaki istikrarlı kararlarında işverenin ekonomik güçlükler veya işyerinde uyguladığı yapısal ya da teknolojik değişim sonucunda işçinin işyerinde çalışma olanağı kalmadığı, farklı şekillerde istihdamlarının mümkün olmadığı bir işgücü fazlalığının ortaya çıktığı ve işyerine yeni işçi alınmasının söz konusu olmadığı hallerde, işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayandığını belirtmektedir[213].

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle fesih konusuna çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak yer vermiş bulunmamız dolayısıyla, bu bölüm başlığı altında sadece kısa tanımlamalar yapılmakla yetinilmiştir.

4. İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep Oluşturmayan Durumlar

[211] ENGİN, s. 35-36; ULUCAN, İş Güvencesi, s. 58 vd.
[212] SÜZEK, s. 606-607.
[213] Y9HD. 1.3.2010T. 2010/41740E. 2010/5295K.; Y9HD. 8.2.2010T. 2010/15451E. 2010/2646K.; Y9HD. 22.10.2010T. 2010/31834E. 2010/30149K.; SÜZEK, s. 607-614.

İş Kanunun 18. maddesinin 3. fıkrasında 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 5. ve 6. maddelerine hemen hemen paralel şekilde süreli fesih için geçerli bir neden oluşturmayan haller örnek verilmek suretiyle sayılmıştır. Buna göre geçerli sebep oluşturmayacak hususlar şunlardır: Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, 77 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin I numaralı bendinin b alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık şeklinde örneklendirilmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere söz konusu nedenler örnek şeklinde sayılmış olup, sınırlı sayıda değildir.

a. Sendikal Nedenler

Çalışma hayatında işçi ve işverenlerin menfaati zaman zaman çatışmaktadır. İşveren karşısında zayıf konumda olan işçiler, çalışma haklarını sendikal örgütlenmeler yoluyla korumaya çalışmaktadırlar. Sendikal örgütlenmeler sonucu, işverenler karşısında işçinin birtakım pazarlık konusu edilen talepleri bulunmaktadır. Bu durum işverenler yönünden ise çoğunlukla işletme menfaatlerine tehdit oluşturacağı ve kar marjını düşüreceği kaygısı yaratmakta, neticede sendikal örgütlenmelere sıcak bakılmamaktadır. Sendikal örgütlenmelere muhalif işverenler, kimi zaman çalışanlarını sendikalardan uzak tutmak, çeşitli yollarla sendikalarla olan bağlarını koparmak, sendikal faaliyetlerini önlemek gibi birtakım girişimlerde bulunabilmektedirler. Bu sebeplerle işçilerin sendika üyeliği, sendikal haklarını kullanma ve sendikal faaliyetlerde bulunma haklarına işverenlerce gerçekleştirilen saldırılar sebebiyle, yasalarımızda sendika özgürlüğü güvence altına alınmıştır[214].

Toplu iş hukukunda işçinin feshe karşı korunması ile sendika özgürlüğü arasında sıkı bir bağ söz konusudur. Sendika özgürlüğünün güvenceye kavuşturulması, sendikal faaliyette bulunan işçinin feshe karşı etkili bir korumaya sahip olmasını sağlayacaktır. Bu minvalde sendika özgürlüğü ve özelde de sendikal feshe karşı oluşturulan güvence, sendikal özgürlüğü korumanın yanında anayasal bir hak olan çalışma hakkının da korunmasını sağlayacaktır[215]. Sendika özgürlüğü, gelişen ve gelişmekte olan birçok ülkede anayasal ve uluslararası

[214] TUNCAY, A.Can, KUTSAL SAVAŞ, F.Burcu, Toplu İş Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul, 2016, s 104.
[215] BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki Sendikal Güvenceler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, İstanbul, 2014, s. 168.

belgelerle evrensel niteliğe sahip özgürlüklerin başında gelmektedir[216]. Ülkemiz hukuku açısından sendikal özgürlüğün temel kaynağı ise anayasadır. Anayasa m. 51'e göre: "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üye olmamaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz" ifadesine yer verilerek sendika özgürlüğü anayasal güvenceyle taçlandırılmıştır. Türk çalışma hukukunu ILO sözleşmeleri ile uyumlu hale getirmeyi ve uygulamada karşılaşılan çeşitli sorunları çözmeyi amaçlayan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 7 Kasım 2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe girdiğinde, yeni bir dönem başlatmıştır. Sendikal güvencelere ilişkin getirilen düzenlemeler ise 6356 sayılı Kanununda esaslı değişikliklerin yapıldığı alanlardandır[217].

Sendika özgürlüğü evrensel nitelikte olan birçok uluslararası belgelerin de konusunu oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi (m.11), Avrupa Sosyal Şartı (m. 5), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m. 23/4), Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m. 22) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerle sendika özgürlüğü güvence altına alınmıştır[218].

aa. Sendika Üyeliği Nedeniyle Yapılan Fesihler

Sendikaya üyelik hakkı Anayasamızın 51/1 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çalışanlar ve işverenler, çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına sahip olup, hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacaktır. Sendika üyeliği ya kurulu bir sendikaya başvuru ve sendika yetkili organının kabulüyle ya da sendika daha kurulurken kurucular arasında yer almakla gerçekleşmektedir. İşçilerin sendikaya üye olma ya

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 175; [216] CENTEL, Tankut, Sendikal Nedenle Fesih (Karar İncelemesi), http:/wwww.tekstilisveren.org.tr/dergi/2002/mayis/35.html.; TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s. 37; ŞAHLANAN, Fevzi, Sendika Özgürlüğü Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması), Legal İSGHD, S. 37, İstanbul 2013, s. 3.

[217] İNCİRLİOĞLU, Lütfi, "Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s. 65-68.

[218] ÇINAR, Özgür Heval, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yeni Anayasa'da Sendikal Haklar Nasıl Düzenlenmeli?, Legal İSGHD, S. 36, İstanbul, 2012, s. 141vd.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, İstanbul, 2011, s. 367.

da olmama hakkına yani bireysel sendika özgürlüğüne karşı müdahaleler işveren tarafından gelmektedir. İş K. 18/III uyarınca, sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılma, işyeri sendika temsilciliği yapma sebebiyle yapılan fesihler geçersiz olacaktır. Sendika üyeliğinin ve sendikal alanda etkin olma sebebiyle yapılan fesih işlemlerinin geçerli neden oluşturamamasının temel nedeni yasamızın sendikal özgürlükleri güvence altına almak istemesidir.

Sendika üyeliği nedeniyle fesihten anlaşılması gereken sadece işçinin sendikaya üye olması nedeniyle yapılan fesihler değildir. Sendikayla ilgili her türlü faaliyet bu hükmün kapsamındadır. Nitekim bu anlamda; işçinin işverenin tercih ettiği sendikaya üye olmaması, üyelikten ayrılması veya üye olduğu sendikayı değiştirmesi, belirli bir sendikaya girmeyen işçileri işe almama, işten çıkartma ya da işçilerin iş şartlarını ağırlaştırma, işçinin iş saatleri dışında veya izinli olduğu gün sendika toplantısına katılması, işçinin sendika lehine propaganda yapması, sendikal örgütlenme çalışmalarına ve greve katılması, sendika dergisinde yazı yazması nedeniyle yapılan fesihlerde bu kapsamdadır[219].

bb. İşyeri Sendika Temsilciliği Nedeniyle Yapılan Fesihler

İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması, 87 ve 98 sayılı ILO sözleşmelerine uyum için olduğu kadar sendika hareketimizin gelişmesi ve geleceği bakımından da son derece önemlidir. İşyeri düzeyinde işçilerin temsilini sağlayan ili kurum bulunmaktadır. Bunlardan ilki sendikayı ve sendika adına işçileri temsil eden sendika temsilcileri, ikinci ise tüm işçileri temsil eden işçi temsilcileridir. İşyeri sendika temsilcileri sendika tarafından atanmakta ve sendikayı temsil etmektedirler. Sendikalar üyelerinin çalıştığı işyerlerindeki faaliyetlerini temsilcileri aracılığı ile yürütmektedirler (m. 27/3). İşyeri sendika temsilcileri hem sendikanın hem de işçilerin temsilcisi olmaları sebebiyle ifa ettikleri görev itibariyle, oldukça önemli bir yere sahiptirler. Bu bağlamda işyeri sendika temsilcilerine sağlanacak olan güvence, öncelikle iş sözleşmesinin feshine karşı korunmalarına yönelik olmalarıdır. Nitekim sendika özgürlüğünün kullanılmasında sendika işyeri temsilcilerinin kritik bir önemi vardır. Sonuçta sendikal hakların kullanılması, toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve denetimi, üyelerin (işçilerin) sendika ve işveren ile iletişiminin sağlanması, şikayet, disiplin ve uyuşmazlık çözümü işlevlerinin yerine getirilmesi ve son tahlilde örgütlenme faaliyetinin

[219] KUTSAL SAVAŞ/TUNCAY, s.115.; SÜZEK, 660-662.

yürütülmesi işyeri düzeyinde gerçekleştirilecektir. İşverenle iş ilişkisi devam eden bu temsilcilerin işlevlerini güvenle yerine getirebilmeleri için diğer sendika fonksiyonerlerine göre feshe ve ayrımcılığa karşı daha güçlü biçimde korunmaları zorunludur. Bu ilke hem sendika özgürlüklerinin geçerli olduğu tüm diğer ülkelerde, hem de ILO'nun 135 sayılı Sözleşmesinde vurgulanmıştır. Ülkemiz mevzuatı da aslında 135 sayılı Sözleşmenin Türkiye tarafından onaylandığı 1992 yılından çok önceki tarihlerde bile, örneğin 1963 tarihli, 274 sayılı Sendikalar Kanunda olduğu gibi, işyeri sendika temsilcisini güçlü biçimde korumuştur[220].

158 Sayılı ILO sözleşmesinde (m.5/b) işçi temsilciliği yapmak veya bu göreve talip olmanın fesih nedeni oluşturamayacağı öngörülmüştür. Sona ermiş bulunan işyeri sendika temsilciliği nedeniyle iş akdinin feshi tipik bir sendikal faaliyet nedeniyle fesihtir (STSK 25/3)[221]. Sendika üyesi olan işçiler ile işveren arasında adeta köprü görevini üstlenen temsilcinin zaman zaman işverenle problem yaşayabileceği olasılığı göz önüne alındığında, işini kaybetme riski olan işyeri sendika temsilcisinin diğer işçilerden ayrı özel olarak korunması gerektiği gözetilerek, 6356 sayılı yasa ile işyeri sendika temsilcilerinin güvencesinin teminine yönelik önemli düzenlemeler yapmıştır[222]. Buna göre 6356 sayılı Yasanın 24'üncü maddesinin 1. Fıkrası uyarınca: "İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir". Mevcut düzenleme ile sendikal güvencelerden yararlanacak olan işçilerin kapsamı genişletilmiş, iş güvencesine tabi olan ve olmayan tüm temsilciler anılan hükmün koruması altında olacaklardır. Yine işverenin işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini haklı bir neden olmadıkça feshedememesi, fesih nedeninin açık ve kesin şekilde içermesi, yazılı olması şüphesiz önemli bir güvence olmuştur[223]. Aksi halde herhangi bir geçerli nedenle iş akitlerinin feshedilebilmesi, temsilcilerin görevlerini yapamaz hale gelmesine sebep olabilir.

[220] ÇİL, Şahin, "4857 Sayılı İş Kanunundaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri", Sicil, Mart 2008, s. 27-30; DERELİ, Toker, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme", *Çalışma ve Toplum, 2013/1, s.49;* ŞAHLANAN, Fevzi, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", Sicil, Mart 2013, s. 67-69.

[221] Y9HD. 23.03.2005T. 2005/6480E. 2005/9546K., KESER, s.57.

[222] CENGİZ URHANOĞLU, İştar, "İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 11, S. 1, 2009, s. 60; İNCİRLİOĞLU, s. 68, ÖZKARACA, s. 190.

[223] TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s. 136-142; İNCİRLİOĞLU, s. 66-68; NARMANLIOĞLU, Ünal, "19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri", Sicil Dergisi, 2012, s. 139-155.

Yazılı fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde feshin haklı nedene dayanmadığı iddiası ile işyeri sendika temsilcisi veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir (m. 24/1). Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılıp, mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi kesin olarak karar verir. Mahkemece temsilcinin işe iadesine karar verildiği durumda ise fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları temsilciye ödenecektir. İşyeri sendika temsilcisi kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içerisinde işe başlatılmak için işverene başvurmak zorundadır. Yapılan başvuru üzerine işveren altı işgünü temsilciyi işe başlatmazsa, işverence geçekleştirilen fesih geçersiz olduğundan, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek çalışmaksızın temsilcinin ücret ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilecektir. Bu durum yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanacaktır (m. 24/3).

İşyeri sendika temsilcisine getirilen bir diğer güvence ise; yazılı rızası olmadıkça işyerinin değiştirilememesi ve işinde esaslı değişiklik yapılamamasıdır. Aksi halde geçersiz sayılarak, temsilciyi bağlamayacaktır (m. 24/4)[224].

cc.Sendikal Tazminat

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun 25. maddesinin 1-4. fıkralarında birtakım güvencelere yer verilmiştir. Buna göre; işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacaktır (m. 25/1). İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamayacak, ancak bu hususta ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklı tutulabilecektir (m. 25/2). Bu hüküm Anayasa m. 51/1 de yer alan "hiç kimse sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz" hükmünün bir paraleli olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Yine işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı iş sözleşmelerine son verilemeyecek ve farkı bir işleme tabi tutulamayacaklardır (m. 25/3). İşçiyi belli bir sendikaya üye olmaya veya

[224] Y9HD. 14.07.2005T. 2005/17239E. 2005/26305K; Y9HD. 08.10.2012T. 2012/32285E. 2012/33332K, sinerjimevzuat.com; Y22HD. 10.04.2014T. 2014/2781E. 2014/7807K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 1138-1139; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 230.

olmamaya, belli bir sendikadan çıkmaya ya da çıkmamaya zorlayan her türlü kayıt ve şart yasaklanmış olup, bu hususlara aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri de geçersiz sayılmıştır (m. 25/8). STSK m. 25/4 e göre işverenin 1, 2, 3. fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. Bu kural uyarınca işçiler iş akdinin feshi dışında, işe alınmalarında(m. 25/1), işin devamında (m. 25/2,3) işveren tarafından sendikal nedenle eşit davranma borcuna aykırı bir işleme tabi tutulurlarsa sendikal tazminat talep edebilirler[225].

İşçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmesi halinde, işçi iş güvencesinden yararlansın yahut yararlanmasın sendikal tazminat talepli dava açabilecektir. Yine 6356 sayılı STSK m. 25/3 te "sendika üyesi işçiler" değil, "işçiler" ifadesi kullanıldığı için, sadece sendika üyesi olan işçiler değil, herhangi bir sendika üyesi olmayan işçilerin de sendikal faaliyetleri güvence altına alınmıştır. STSK m. 25. maddesinin 5. fıkrasına göre "*Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 20, 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir*". Böylelikle STSK 25/5 uyarınca, işçinin açtığı işe iade davasında yargı organı tarafından feshin sendikal nedenle yapıldığının kararlaştırılması halinde, işe başlatılsın yahut başlatılmasın sendikal tazminata hak kazanabilecektir. Halbuki sendikal neden dışındaki işe iade davalarında, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin talep edebileceği iş güvencesi tazminatı sadece işçinin işverence işe başlatılmaması halinde ödenebilecek bir tazminattır.

İşçinin işe iade davasını açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyecektir[226]. İş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler tarafından açılacak doğrudan doğruya sendikal tazminat davalarında (STSK 25/4-5) işe iade seçeneği olmayıp işveren sendikal tazminat ödemek zorundadır. Aynı şekilde, iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçilerce açılacak işe iade davalarında da feshin sendikal nedenle yapıldığının saptanması halinde, işe başlatılsın veya başlatılmasın her durumda işçiye sendikal tazminat

[225] TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s.115; Y7HD. 07.04.2014T. 2013/2739E. 2014/7484K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 1139-1141.

[226] ŞAHLANAN, Fevzi, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2013, s.45; Aynı yönde: Y9HD. 6.5.2015T., 2015/11857E. 2015/16560K., sinerjimevzuat.com.

ödeneceğinden(STSK 25/5), yargı organı tarafından rakamsal olarak belirlenmiş bir hüküm kurulması gerekmektedir.

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4821 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilse de; işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 ini maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata (iş güvencesi tazminatı) hükmedilmeyecektir. Yani işçi, iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminatı birlikte talep edemeyecek, ikisine birlikte hak kazanamayacaktır (STSK md. 25/5). Sendikal tazminatın hesaplanmasında çıplak brüt ücrete göre hesaplama yapılacaktır[227].

Sendikal tazminat iş güvencesi tazminatından farklı olarak işçinin 4-8 aylık ücreti tutarında değil, bir yıllık ücreti tutarından az olamaz (STSK m. 25/4). İşçi bu fesihten doğan hiçbir zararı olmasa sahi ücretinin bir yıllık tutarında tazminata hak kazanacaktır. Ancak bu tutarın üzerinde bir tazminata hükmedilebilmesi yargıcın takdirine bağlıdır. Yüksek mahkeme, iş güvencesi tazminatı gibi sendikal tazminatında da kural olarak alt sınırdan belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Yüksek mahkeme önemli bir kararında sendikal tazminatın en az bir yıllık olan kısmıyla alt sınırının belirlendiği, üst sınırının ise açık bırakıldığını, artık tazminat miktarının işçinin kıdeminin yüksekliğine göre bir yıllık ücret tutarının üzerine çıkabileceğini belirtmiş, kademeli bir sistem uygulanmasını öngörmüştür. Buna göre 5-15 yıl arasında kıdemi olan işçi için bir yıl 1 aylık, 15 yıldan fazla kıdemi olan bir işçi için bir yıl iki aylık ücreti tutarında sendikal tazminatın belirlenmesinin hakkaniyete uygun olacağı belirtilmiştir[228].

İşçinin sırf herhangi bir sendikanın üyesi olması ya da belli bir sendikadan ayrılmaması sebebiyle işe alınmaması durumunda, işverene uygulanabilecek bir hukuki yaptırım uygulanması şüphesiz önemli bir güvencedir. Bu yaptırım işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere takdir edilecek olan sendikal tazminattır (m. 25/4). Ancak bu durumda işçinin işe girmemesi sebebiyle esasen bir ücreti de bulunmamaktadır. Bu husus doktrinde "sendikal tazminatın hesabında hangi ücretin esas alınacaktır? sorusunun tartışılmasına sebebiyet vermiştir. Bir görüşe göre işe alım esnasında yapılacak ayrımlara karşı getirilen bir güvence olan bu hususta taraflar arasında iş ilişkisinin kurulamaması ve

[227] TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s.116.
[228] Y9HD. 13.11.2006T. 2006/29857E. 2006/29758K., OCAK, s. 1288; Y7HD.25.3.2015T. 2015/9209E. 2015/5525K., sinerjimevzuat.com; TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s.115.

ücret miktarının belirlenememesi, yani başvurulan iş açısından belirlenmiş bir ücretin söz konusu olmaması dolayısıyla dikkate alınabilecek ücretin emsal ücret olması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda emsal ücretin belirlenmesinde işyerinde aynı veya benzer işte çalıştırılan işçilerin veya bir işçinin olmadığı işyerlerinde ise aynı iş kolunda şartlara uygun aynı veya benzer işte çalıştırılan işçinin ücretinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[229]. Diğer bir görüşe ise adayın yaşına uyan asgari ücretten veya varsa TİS'ne göre ödenecek sözleşmesel ücretten hesaplama ve ödeme yapılmalıdır[230].

Sendikal tazminat için sendikal nedenle fesih yapılmalıdır[231]. Sendikal tazminat için işçinin sendika üyesi olması şart olmayıp, işçinin sendikal faaliyeti nedeniyle işten çıkarılması yeterlidir. Nitekim Yargıtay pek çok kararında, işçinin sırf sendika üyesi olduğundan hareketle feshin sendikal nedenle yapıldığının kabulüne imkan vermeyeceğini vurgulamaktadır[232]. Yüksek mahkeme bir uyuşmazlıkta davacının sendika üyesi olan diğer işçilerle birlikte hareket ettiği ve bu nedenle diğer işçiler gibi sendikal nedenle işine son verildiği hallerde, işçinin sendikal tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiş,[233] yine iş sözleşmesinin feshedildiği tarih itibariyle sendika üyeliği için başvuruda bulunan işçinin iş sözleşmesinin, sendikal sebeple feshedildiğini belirtmiştir[234]. İşverence sendikadan istifa taahhüdü almaya çalışılması, çıkarılan işçilerin sendikalı olmaları karşısında feshin sendikal nedenle yapıldığını göstermektedir[235]. Yine işverene feshin sendikal örgütlenmenin engellenmesine yönelik olarak gerçekleştirildiği uyuşmazlıklarda sendikal tazminat taleplerinin kabulü gerekmektedir[236].

6356 sayılı Kanun fesih nedenini ispat yükümlüğünün işverene ait olduğu belirtmiştir. Ancak işçi, feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia ettiği takdirde sendikal

[229] BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 183; ESENER, Turhan, BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Sendika Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 172-174; ÖZKARACA, Ercüment, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 201.

[230] AKYİĞİT, Ercan, Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s. 78; ULUCAN, Devrim, Nazlı, Seçkin, Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, 2011, s. 1681.

[231] Y9HD. 29.9.2011T. 2009/20949E. 2011/33832K., OCAK, s. 1263.

[232] Y7HD. 01.04.2014T. 2014/4199E. 2014/7161K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 1141-1142.

[233] Y9HD. 14.04.2014T. 2012/7961E. 2014/12534K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 1137-1138.

[234] Y9HD. 14.03.2007T. 2006/21885E. 2007/6653K.; Y9HD. 02.06.2008T. 2007/21774E. 2008/13452K.; Y9HD. 07.07.2009T. 2008/6021E. 2009/20177K.; Y9HD. 02.02.2010T. 2009/21141E. 2010/1983K., Y9HD. 01.10.2010T. 2008/34805E. 2010/26647K.; Y9HD. 27.02.2014T. 2011/53638E. 2014/6340K.; OCAK, s. 1264-1265; Y22HD. 11.03.2014T. 2014/5270E. 2014/5560K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 1147-1149.

[235] Y9HD. 17.12.2009T. 2009/26423E. 2009/35694K. ; Y9HD. 21.03.2007T. 2006/32462E. 2007/8010K.; Y9HD. 25.05.2011T. 2009/14308E. 2011/15448K.; OCAK, s. 1267-1268; TOPCU, s. 138.

[236] Y9HD. 13.11.2007T. 2007/31927E. 2007/33674K.;Y9HD. 16.04.2009T. 2007/42564E. 2009/10854K.; Y9HD. 15.04.2010T. 2008/24409E. 2010/10758K.; OCAK, s. 1268-1269.

nedeni kendisi ispatlamakla yükümlü olmaktadır (STSK m. 25/6). Yüksek mahkemede bu hususta feshin sendikal nedenle gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda çok sıkı bir araştırma yapmaktadır. Yüksek mahkeme sadece tanık beyanlarına itibar etmemekte, muhakkak başkaca kuvvetli delillerin bulunması gerektiğine işaret etmektedir[237]. Bu hususta yüksek mahkeme işyerinde sendikalı çalışan olup olmadığı sendikalı işçiler varsa sayısı, bunlardan kaçının iş sözleşmesinin feshedildiği, sendikadan istifa edip çalışmaya devam eden işçi olup olmadığı, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği konusunda bir araştırma yapılarak karar verilmesi gerektiğini istikrarlı kararlarında belirtmektedir[238].

Yüksek mahkeme işyeri kapatma kararının sendikal hakların kullanılmasını engelleme amacı taşıması halinde, hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini, bu durumda işe başlatmama tazminatının işçinin bir yıllık ücreti tutarında belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir[239]. Yüksek mahkeme içtihatlarına göre, işçilerin iş sözleşmelerinin işyerinin verimliliğini kaybetmesi yahut kapasite daralması gibi ekonomik nedenlerle feshedilmesi, ekonomik nedenlerle toplu işçi çıkarma ve işin bir bölümünün alt işverene verilmesi gibi hallerde feshin sendikal amaçla yapılmadığı belirtilmektedir[240].

Sendikal nedenle işten çıkarılan işçinin hem sendikal tazminat hem de İş K. m. 17/6'da düzenlenen kötü niyet tazminatı alıp alamayacağı hususu üzerinde durulan konulardan biridir. Sendikal nedenle işten çıkarılan işçi hem sendikal tazminat hem de kötü niyet tazminatı isteyemez. Sendikal tazminat kötü niyet tazminatının ağırlaştırılmış bir türünü oluşturması ve temelde aynı hukuki nedene dayanmalarından ötürü iki ayrı tazminata hükmedilemez. Kaldı ki kötü niyet tazminatı iş güvencesi ve tazminat haklarından yararlanamayan işçilere tanınmış bir hakken, işe iade ve tazminat haklarından yararlananların

[237] Y9HD. 26.01.2015T. 2015/34090E. 2015/2066K.; Y9HD. 30.04.2015T. 2015/7385E. 2015/939K., sinerjimevzuat.com; Y7HD. 19.03.2014T. 2014/3342E. 2014/6332K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 1146-1147.
[238] Y9HD. 28.12.2006T. 2006/30840E. 2006/35100K.; Y22HD. 12.07.2012T. 2012/1809E. 2012/16621K.; Y7HD. 19.03.2014T. 2014/3330E. 2014/6338K.; Y9HD. 13.02.2014T. 2013/9591E. 2014/4491K.; Y9HD. 26.05.2014T. 2014/2720E. 2014/16760K., Y22HD. 13.01.2014T. 2013/37925E. 2014/7K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 509-511-s. 1130-s.1151.
[239] Y9HD. 12.05.2014T. 2014/8468E. 2014/15401K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 1131-1137.
[240] TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s.119; Y9HD. 04.12.2006T. 2006/13441E. 2006/31616K.; Y9HD. 18.04.2006T. 2006/8260E. 2006/10438K.; Y9HD. 11.05.2006T. 2006/5921E. 2006/5921K.; Y9HD. 24.12.2010T. 2008/40959E. 2010/40449K.; Y9HD. 14.12.2010T. 2010/40998E. 2010/37710K.; Y9HD. 29.06.2011T. 2010/3389E. 2011/19469K.; Y9HD. 01.07.2014T. 2012/17803E. 2014/22668K., Y9HD. 13.03.2017T. 2017/2973E. 2017/3787K., Y9HD. 13.03.2017T. 2016/30662E. 2017/3789K., sinerjimevzuat.com.

kötü niyet tazminatı talebini Sendikal tazminatla birlikte talep etmesi yerinde olmayacaktır[241]. Yüksek mahkemenin görüşleri de bu doğrultudadır[242].

İşverenin sendikal nedenle bir işçisinin iş sözleşmesini feshetmesi İş K. m. 5'te düzenlenen eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etse de; işçi bu durumda sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı talep edemeyecektir[243]. İş Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrasında bu yönde açık bir kural yer aldığından, sendikal tazminatın yanında ayrımcılık tazminatı da talep edilemeyecektir[244].

b. Hak Arama Sürecinde Yer Alma

Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmaz. Yasamızın işçiye bazı yükümlülükleri öngördüğü durumlarda, ihbarın işveren aleyhine sonuçlar doğuracak nitelikte olup olmadığına bakılmayacak ve ihbar sahibi olan işinin korunması gerekecektir[245]. Örneğin, işçinin, işveren hakkında açılmış bir inceleme(vergisel incelemeler gibi) veya soruşturmalarda aleyhe ifade vermesi, işveren lehine tanıklıkta bulunmaması hali üzerine yapılan fesihler, nitekim geçersiz olacaktır[246].

İşçinin iş veya sosyal güvenlik mevzuatından doğan bir hakkını talep etmesi veya bir hakkını kullanması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi ise dürüstlük kurallarına aykırı nitelikte olan fesihlerden sayılmaktadır[247]. Yine işçinin hafta tatilini veya yıllık ücretli izin hakkını istemesi, zorunlu olmayan fazla çalışmayı reddetmesi, dava açmış olması gibi nedenlerle sözleşmenin feshedilmesi fesih hakkının kötüye kullanılması teşkil edecektir. İşçinin işvereni şikayeti sonrasında, işverence gerçekleştirilen fesihleri Yargıtay, hakkın

---

[241] ŞAHLANAN, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013.s. 46.; TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s.119.; SÜZEK, s.666 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.195.

[242] Y22HD. 29.11.2013T. 2013/29053E. 2013/27095K., sinerjimevzuat.com; Y9HD. 12.04.2011T. 2011/10837E. 2011/10837K. , OCAK, Uğur, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, Kalkan Matbacılık, Ankara 2016, s. 1288; ŞAHLANAN, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s.47.; TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s.119.; Y22HD. 29.11.2013T. 2013/29053E. 2013/27095K., sinerjimevzuat.com

[243] Y22HD. 21.06.2013T. 2012/25271E. 2013/15077K.; Y9HD. 16.06.2014T. 2012/17798E. 2014/19552K.; Y22HD. 09.04.2013T. 2012/20541E. 2013/7574K.; OCAK, s. 1289-1290.

[244] TUNCAY/KUTSAL SAVAŞ, s.120, SÜZEK, s. 666; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 195; Aynı yönde bak. Y22HD. 12.7.2012T. 2012/13064E. 2012/16519K., sinerjimevzuat.com.

[245] CENTEL, İş Hukuku, s.63.

[246] Y9HD. 13.10.2008T. 2008/31189E. 2008/26512K.; Y9HD. 13.10.2008T. 2008/31189E. 2008/26512K., sinerjimevzuat.com.

[247] SÜZEK, s.621.

kötüye kullanılması olarak kabul etmektedir[248].Yüksek mahkemeye göre işçinin işveren aleyhine tanıklık yapması nedeniyle işten çıkarılması işverenin fesih hakkının kötüye kullanılmasıdır[249]. İşçinin açtığı hizmet tespiti davası nedeni ile iş sözleşmesinin feshi, hak arama talebi üzerine yapılan fesih olması sebebiyle kötüniyet tazminatını gerektirmektedir[250].

c. Haklı Görülmeyecek Ayrımcılıkta Bulunma

Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, İş K. m. 18/III bent d hükmü uyarınca, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacaktır. İş K. m. 18/III bent de hükmü, 158 sayılı Sözleşmenin 5. maddesindeki düzenlemeyle de uyumludur.

d. Geçerli Mazeret Nedeniyle İşe Devam Etmeme

İş K. 74 üncü madde öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek ile hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin b fıkrasında öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık, nedenleriyle işverence iş akdi feshedildiği takdirde yapılan fesih geçersiz sayılır. Önemli bir husus olan aile yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Aile birliğini korumak ve bu birliğin sürekliliğini sağlamak amacıyla; doğum, ölüm veya derhal hazır bulunması gereken kaza, ciddi hastalık, ameliyat ve benzeri zorlayıcı sebep durumlarında aile yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, geçerli fesih nedeni teşkil etmemektedir[251].

Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre içinde çalıştırılmamaları söz konusudur. Çoğul gebelik halinde de, doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir (İşK. m. 74/I). Ancak kadın işçi, sağlık durumu uygun olduğu ve doktor da onayladığı takdirde, isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu halde ise, kadın işçinin çalıştığı

[248] Y9HD. 28.12.2009 T. 2009/3194E. 2009/38092K., TOPCU, s.138.
[249] Y9HD. 22.05.2002T. 2002/874E. 2002/8770K; Y9HD. 15.2.2010 T. 2010/16806E. 2010/3579K.,sinerjimevzuat.com.
[250] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 439-440; Y9.HD. 16.09.2013T. 2011/25455E. 2013/22603K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.375; Y9HD. 22.05.2002T. 2002/874E. 2002/8770K; Y9HD. 15.2.2010 T. 2010/16806E. 2010/3579K.,sinerjimevzuat.com, Y9.HD. 16.09.2013T. 2011/25455E. 2013/22603K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.375; SÜZEK, s.5557560.
[251] Y9HD. 23.06.2008T. 2007/41015E. 2008/17093K. ; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, İşe İade Davaları, s.69.

süre, doğum sonrasındaki süreye eklenmek suretiyle kullandırılır. Kadın işçinin kesin olarak çalıştırılmaması gereken tüm bu yasal süreler, işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre, doğumdan önce ve sonra doktor raporuyla uzatılabilir. Bu süreler boyunca kadın işçinin çalışmaması nedeniyle işe devam edememesi, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden teşkil etmeyecektir (İşK. m. 18/III bent e).

Yasa hastalık ve kaza hallerinin işçinin kusuruna dayalı olmayarak, gerçekleşmesi halinde feshin geçerli olmayacağını kararlaştırmış olmasına rağmen, işçinin kendi kusuruyla hastalığa yakalanması, sakatlığa, kazaya uğraması halinde ise durumun ne olacağı İş K. m. 25/ bent I f. a'da düzenlenmiştir. Buna göre; "İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşantısından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi" hallerinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı bulunmaktadır.

5. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Uygulanacak Usul

İş K. m. 19/I, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu belirtildikten sonra, 2 nci fıkrasında da hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceğini öngörmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca 18. madde kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. İşveren yargılama aşamasında fesih sebebini değiştiremez ve ilk fesih sebebi ile de bağlı olmak zorundadır[252].

İş K. m. 19/1 uyarınca iş sözleşmesinin feshinde işverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konulmalıdır. İşverence yapılmış fesih bildiriminin yazılı olmaması veya fesih bildiriminde fesih sebebinin açık ve net bir biçimde bildirilmemesi feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. İş K. m. 19/2 hükmündeki "zorundadır" ifadesi feshin yazılı

[252] Y9HD. 11.10.2004 T. 2004/10587E. 2004/22804K., sinerjimevzuat.com

yapılmasına ilişkin şekli şartının mutlak emredici olduğunu göstermektedir[253]. İşveren tarafından kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalıdır ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Bu nedenle "Görülen luzüm üzerine" gibi hiçbir gerekçe bildirmeyen açıklamalarla yapılan fesihler geçerli sayılmamaktadır[254]. Yargıtay, fesih bildiriminde sona erdirme iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanının da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olması gerektiğini istikrarlı kararlarıyla vurgulamaktadır[255]. İşveren fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlı olup, sonradan başka bir sebep ileri süremeyecektir[256]. İşverence fesih bildiriminin ve sebeplerinin yazılı olması ve altının imzalanması gerekmektedir. Fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi ve bu sebeple bağlı kalınması, fesih sebebinin sonradan değiştirilmesini de önleyecek, ispat kolaylığı sağlayacaktır. İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapıp, herhangi bir sebep bildirmediği takdirde, fesih işlemi salt bu nedenle geçersiz sayılmaktadır.

Fesih bildiriminin ne zaman yapılabileceği hususunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden fesih beyanının MK. md.2'deki objektif iyi niyet kuralına uygun düşecek bir zamanda yapılması gerekmektedir. Nitekim; geçerli sebeple yapılacak olan fesihlerde bu hakkın hiçbir süreye tabi olmaksızın kullanılabileceği şeklindeki bir anlayış, iş sözleşmesinin taraflarına yüklediği hak ve borçların niteliği, hukuki güvenlik, güven teorisi ilkeleriyle bağdaştırmak olanaklı değildir. Aksi halde, istenildiği zaman fesih hakkının kullanılabileceğinin kabulü, fesih hakkının işçi üzerinde baskı unsuru olarak kullanılmasına neden olabilecektir. Bu şekilde bir belirsizlik işyeri ortamı ve çalışma ilişkilerine de olumsuz yansıyacaktır[257]. Makul sürenin objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığı her olayın özelliği dikkate alınarak hakim tarafından belirlenecektir[258].

İş K. m. 19/1 uyarınca iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde, işverence yapılacak feshin yazılı olarak yapılması bir geçerlilik koşuludur; bu şekle uygun olmayan fesihler

[253] Y9HD. 05.12.2008T. 2008/632E. 2008/33544K., KESER, s.59.
[254] Y22HD. 19.04.2012T. 2011/14422E. 2012/7815K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.73.
[255] Y9HD. 05.07.2014T. 2013/5262E. 2013/20620K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.413, benzer yönde Y22HD.19.04.2012T. 2011/14422E. 2012/7815K., s.419; Y22HD.19.04.2012T. 2011/14422E. 2012/7815K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.419.
[256] Y9HD. 24.09.2008T. 2008/2909E. 2008/24572K., sinerjimevzuat.com.
[257] AVCI, Mustafa; Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında "Makul Süre", Karar İncelemesi, SİCİL Mart 2007, s.90-92.
[258] Y9HD. 14.02.2005T.2005/1827E. 2005/4204K., Y9HD. 2.10.2006T. 2006/17797E. 2006/25426K.; AKTUĞ, s.136.

geçersizdir[259]. Ancak iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımından fesih bildiriminin yazılı yapılması bir geçerlilik koşulu olmayıp, ispat koşuludur. Kimi durumlarda ise işveren, fesih iradesini yazılı veya sözlü ya da bu yöndeki bazı davranışları ile ortaya koyabilmektedir. Taraflardan birinin davranışlarıyla sözleşmeyi sona erdirme iradesini açık bir biçimde ortaya koyuyor ve fesih iradesi güven teorisi uyarınca muhatapça anlaşılıyor ise fesih işleminin gerçekleştiği kabul edilir[260]. Böyle bir durumda iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde iş akdi işverence feshedilmiş sayılacak ancak fesih yazılı şekle uygun olmadığı için geçersiz sayılmış olacaktır. Yargıtay ise bu tür fesihleri eylemli fesih olarak adlandırmaktadır[261].

İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin II numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır" bu hükümle işçinin yetersizliği veya işçinin davranışları ile ilgili geçerli sebepler söz konusu olduğunda, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilemeyecektir. Aksi halde salt işçinin savunmasının alınmaması tek başına, bildirimli feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır[262]. Ancak işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinde, işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimsiz ve tazminatsız feshettiği hallerde, savunmasının alınmasına gerek duyulmamaktadır[263]. Yargıtay, fesih bildiriminde İş K. m. 25/II uyarınca sözleşmenin feshedildiğinin belirtilmesine rağmen, işçiye tazminatlarının ödenmiş olması halinde, artık feshin İş K. m. 18'e göre yapıldığının kabul edilmesini ve bu doğrultuda işçinin savunmasının alınması koşulunun aranması gerektiğini vurgulamaktadır[264].

İşverene savunma alma yükümlülüğü, iş sözleşmesinin feshinden önce yüklenmiştir. İşçinin savunmasının, sözleşmenin feshinden kısa bir süre önce alınması gerekmektedir. Yargıtay fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesinin feshi geçersiz

[259] CENTEL, s.122.
[260] SÜZEK, s.624.
[261] AKTUĞ, s.133.
[262] Y9HD. 21.04.2008T. 2008/11193E. 2008/9563K. ,Y9HD. 24.09.2008T. 2008/2909E. 2008/24572K. sinerjimevzuat.com.
[263] Y22HD. 13.12.2011T. 2011/4004E. 2011/7383K.; Y9HD. 10.04.2014T. 2014/6135E. 2014/12053K.; Y22HD. 08.04.2014T. 2014/4135E. 2014/7252K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.420-423; Y9HD. 24.02.2004T. 2003/22581E. 2004/3229K., Fevzi ŞAHLANAN Karar İncelemesi, TEKSTİL İŞVEREN, Ocak 2005, S.301, s.57; CİNOĞLU, Şükran; İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Yasanın 9. Maddesinin 1. Fıkrası ile 25. Maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması, SİCİL, Aralık 2006, S:4, s.62-64.
[264] Y22HD. 13.12.2011T. 2011/4004E. 2011/7383K.; Y9HD. 10.04.2014T. 2013/14529E. 2014/1833K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 424.

kılacağını, ihbar süreleri içerisinde savunma alınmasının da feshin geçersizliğini doğuracağını belirtmektedir[265].

İKİNCİ BÖLÜM

II. İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VEYA İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ SEBEPLERLE İŞ AKDİNE SON VERİLMESİ

A. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nda sözü edilen ve işverenlerin, iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde dayanmak zorunda olduğu geçerli sebeplerin üçüncü ana başlığını işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebepler oluşturmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle feshedilebileceği belirtilmiş olmasına rağmen, bahsi geçen gereklerin neler olabileceği açıklamamış, bir ölçüt de sunulmamıştır. İş Kanunun 18. maddesinin gerekçesinde, Alman Federal İş Mahkemesinin zaman içinde verdiği kararlardan da esinlenerek, geçerli fesih nedenlerine örnekler verilmiştir[266]. Gerekçede bu nedenler ikiye ayrılmaktadır; "*sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı; ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebepler"* işyeri dışından kaynaklanan nedenler olarak gösterilmektedir. Buna karşılık, *"yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması*" işyeri içi nedenlerdir. İşyerini etkileyen haller, daha çok ekonomik ağırlıklı olup, söz konusu hallerin önemli bir kısmı, ekonomik krize ilişkin durgunluk dönemi örneklerine ilişkindir. İş akdinin işverence feshini zorunlu kılan ve feshi geçerli hale getiren işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinin neler olduğu İş Kanunun 29. maddesinin 1. fıkrası ile işyerinin devrini düzenleyen 6. Maddesinde de yer almıştır. Buna göre, "İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi" çıkarabilir hükmüne yer verilmiştir (m. 29/1). İşyerinin devrine ilişkin düzenlemeyi içeren İş K. madde 6/5'e göre ise "Devreden veya devralan

[265] Y9HD. 15.09.2008T. 2008/868E. 2008/23538K.; Y9HD. 27.01.2014T 2013/14529E. 2014/1833K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 424.
[266] GÜZEL, Ali, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1, s. 163.

işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları… saklıdır" düzenlemelerine yer verilmiştir[267].

İş K. m. 18 deki ifade göz önüne alındığında, bu maddedeki gerekleri kavramı; işletmenin, işyerinin veya işin ihtiyaçları, zorunlulukları anlamını taşımaktadır. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinin geçerli bir fesih sebebi oluşturabilmesi için, ortaya çıkan fiil durumun, iş sözleşmesinin feshedilmesi için zorunluluk arz etmesi gerekmektedir[268]. Bu yönüyle, işyeri gerekleri kavramı, feshin kaçınılmazlık ilkesiyle bağlantılıdır. İşletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler, işçinin şahsından kaynaklanmadığı gibi, söz konusu nedenlerin ortaya çıkışında, herhangi bir doğrudan etkisi de söz konusu değildir. İşyerinden kaynaklanan fesihlerde, işçinin sorumluluk alanında oluşan bir sebep değil, tam tersine işverenin sorumluluk alanında ortaya çıkan bir neden bulunmaktadır[269]. Dolayısıyla işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, feshe yol açan neden işçi ile bağlantılı olmaması sebebiyle, işverenin savunma alma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Nitekim yüksek mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta kontrol mühendisi unvanıyla çalışan işçinin iş sözleşmesinin, şirketteki organizasyonel değişiklikler ve performans yetersizliği nedenleriyle feshedilen bir uyuşmazlıkta, mahkemenin yazılı savunma alınmadığı gerekçesini performans yönünden doğru bulmuş, girişimci karar yönünden böyle bir zorunluluk bulunmadığını belirtmiştir[270].

İşletme gerekleri ile fesihler işçinin kişiliği ile ilgisi bulunmayan, ekonomik güçlüklere, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi dolayısı ile çalışmaya devam olanağının kalmaması neticesinde ortaya çıkan işgücü fazlalığının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır. Dolayısıyla işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinin geçerli bir fesih sebebi oluşturabilmesi için, ortaya çıkan fiili durumun, iş sözleşmesinin feshedilmesi için bir nevi zorunluluk oluşturması gerekmektedir. Bu yönüyle, işletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesihte, işyerini, işletmeyi veya işi etkileyen objektif sebeplerin istihdam fazlası yaratması, işçilerin işyerinde çalışma olanağını kesin ve sürekli olarak ortadan kaldırması gerekmektedir[271].

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler, geçerli fesih nedeni olabilmesi için gereken nedenlerin içerik kazandırılması, bilhassa Yargıtay 9. Hukuk

[267] ENGİN, s. 37.
[268] KESER, s.233; SÜZEK, s. 606-614.
[269] ULUCAN, Devrim, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, s.8.
[270] Y22HD. 8.12.2014T. 2014/32678E. 2014/34741K., sinerjimevzuat.com
[271] KESER, s.234.

Dairesi'nin çok sayıda verdiği kararlarda, bu hususta doktrinde yayınlanan pek çok makale, inceleme, eserle konu geniş ölçüde somutlaştırılmıştır. Yüksek mahkeme içtihatlarında bilhassa Alman Federal Mahkemesi kararları ve öğretisi işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerde uygulanacak yöntem, aranacak kriterler ve uyulması gereken ilkeler büyük ölçüde etkili olmuştur.

1. İşletme ve İşyeri Kavramı

4857 sayılı İş Kanunun da işletme tanımına yer vermeyip, kanun maddelerinde işletme kavramından bahsetmiştir. Kanunumuzda işletme kavramına alt asıl işveren ilişkisini düzenleyen 2., istisnaları düzenleyen 4, belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen 12, feshin geçerli sebebe dayandırılmasını düzenleyen 18, toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili 78, teftişi düzenleyen 95 ve idari yaptırım cezalarını düzenleyen 105. maddelerinde işletme kavramına yer verilmiştir. İşletme işyerinden daha geniş ve işyerlerini kapsayan bir kavram olup, "iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütün" olarak tanımlanmıştır[272].

İş hukukunun yer itibariyle uygulama alanını ise işyeri oluşturmaktadır. İş yasalarında, bu yasaların işyerlerinde uygulanacağı açıklandığı gibi, birçok hükümde işyeri göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Örneğin, özürlü çalıştırma yetkisinin saptanmasında işyerinde çalışan işçi sayısı esas alındığı gibi, iş davaları işçinin işini yaptığı işyeri mahkemesinde de görülebilmektedir[273]. İş hukukunda "işyerinde teklik" ilkesi benimsenmiştir[274]. İşyeri tanımına, iş ve işletme kavramlarının aksine, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1-3. fıkralarında işyeri tanımına yer verilmiştir. Bu maddeye göre, "*İşveren tarafında mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime*" işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır[275]. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi 2.maddesinin 3.fıkrasına göre ise "*Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir*" denilerek 4857 sayılı İş Kanunumuzun işyeri tanımı, Sendikalar ve Toplu İş

[272] YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, İstanbul 2007, s. 35; SÜZEK, s. 193-198.
[273] KAR, s.105,
[274] SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.22-27.
[275] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, s.47.

Sözleşmesi Kanunu kapsamında da aynen kabul edilmiştir. 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 3.maddesiyle " *gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları*" işyeri olarak kabul edilmiş, yasa metninde açıkça işyeri kavramının tanımına yer verilmemiştir. Teknolojik gelişmelerin iş hukuku alanında da yeni çalışma yöntemlerini beraberinde getirmesi; internet üzerinden yapılan çalışmalar ile tele çalışma gibi yeni çalışma türleri ortaya çıkmıştır. Bu durumda işyeri tanımının klasik tanımının dışına çıkarak genişlemesine neden olmuştur. İşveren fiilen yönetim hakkını kullanmasa dahi, söz konusu yerlerin birbirinden uzak mesafede bulunmaları, işyeri olma niteliğini değiştirmeyecektir[276].

İşyerinin maddi unsurları, mal ve hizmet üretiminde kullanılan, arsa, bina, makine, alet, büro araçları ve gereçler, hammadde ve bu gibi varlıklardır. İşyerinin maddi olmayan unsurları deneyim, buluşlar, know-how, üretim yöntemleri, ticari itibar, ticaret unvanı, müşteri çevresi, teknik bilgi, patent, lisanslar, imtiyazlar ve alacak hakkı gibi teknolojik gelişmeler ve sınai hakların artmasıyla değer kazanan buna paralel olarak sınai hakların önem kazandığı unsurlardır[277]. İşyerinin kamu veya özel kesime ait bir işyeri olması ya da işin kapalı veya açık bir yerde yapılmasının, işyerinde kaç işçinin çalıştığı önemli değildir. Yine işverenin o yerin maliki olması da zorunlu olmayıp, işin yürütülmesi için kiralanan yerler de işyeri sayılmaktadır. İş Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında mal ve hizmet üretiminden söz edilmesi sebebiyle işyerinde ticari veyahut sınai bir faaliyette bulunulabileceği gibi serbest meslek ya da hizmet kesimine giren herhangi bir faaliyetin sürdürülmesi de mümkündür. Örneğin, atölye, inşat şantiyesi, oteli lokanta, mimari büro, hekim muayenehanesi, özel okul, hastane, dernek vakıf, fabrika, avukat yazıhanesi, işyeri niteliğini taşımaktadır. İşçi işini sözleşme ile kararlaştırılan yerde (TBK 89) ve genellikle de işyerinde yapar[278]. İş Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasına göre işyerine nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler ile eklenti ve araçların işyerinden sayılacağını belirtmiş, olması nedeniyle bir işyerine bağlı yerleri tek bir işyeri sayabilmek için bu yerler arasında hukuki bağlılığın bulunması gerekmektedir. Çeşitli işyerleri ayrı ayrı kişilere aitse, birbirini tamamlamasına bakılmaksızın bunların tek işyeri sayılması mümkün değildir. Sadece hukuki bağlılığın varlığı yeterli olmamakla beraber, işin niteliği ve yönetimi yönünden de bağlılık gerekmektedir[279]. İşyerine bağlı yerlerden söz edilebilmesinin diğer koşulu olan işin niteliği yönünden bağlılık kavramı, malın üretim aşamasından satım aşamasına kadar bir bütün olarak

[276] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, s. 48-49; KAR, s. 106.
[277] ÇELİK, İş Hukuku, s.56-57.
[278] KAR, s.106.
[279] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 116-118.

aynı amacı izlemesini, yapılan işlerin bağlılığını, birbirlerini tamamlamalarını ifade etmektedir. Bağlı yerlerin aynı işyerinden sayılmasının diğer koşulu ise bu yerler arasında işin yönetimi bakımından da bağlılık olması gerekmektedir[280].

İş ise, iş sözleşmesi uyarınca, işçinin yapmakla yükümlü bulunduğu filleri ve işyerinin faaliyet konusunu ifade etmektedir. Bu nedenle yapılacak işin tanımı ve iş analizi de önem taşıyan bir husus olmaktadır. İş analizi, yapılacak işin en önemli yönlerini ortaya çıkarma, o işi tanımlama ve çözümleme sürecini ifade etmektedir. İş tanımı ise, iş analizi tamamlandıktan sonra toplanan verilerin sistematik hale getirilmesi neticesinde, işin kapsamına dahil olan eylem ve işlemler, sorumluluk, ödevler ile çalışma koşullarının özet bir şekilde belirtilmesidir[281].

2. İşyeri ve İşletme Ayrımı

İşletme, işyerinden daha geniş ve işyerlerini kapsayan bir kavramdır. İşletme, işyeri gibi çeşitli mal ve üretim faktörlerinin bir arada bulunduğu bir organizasyonu taşımaktadır. Örneğin, bir bankanın şubeleri, otelcilik işletmesinin otelleri, denizcilik işletmesinin gemileri aynı işletmenin kapsamında olan birden çok işyerini meydana getirmektedir. İşyerinin vazgeçilmez unsuru olan iş gücü, işletmede önemli olmayıp, ticari işletmeden söz edilirken, işçi çalıştırılması da gerekli değildir[282].

İşyerinin mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacı bulunduğu halde işletme kural olarak iktisadi ve kar sağlama amacı güder. Teknik bir üretim amacına yönelik olan işyerinin işletmeden farklı olarak piyasa ile kar veya zarar ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır[283]. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçüt ise izlenen amaçtır. İşyeri teknik bir amaç için örgütlenmişken, işletme ise iktisadi-ekonomik bir amaç için örgütlenmiştir. İşyeri, işletmenin amaçlarına ulaşmasında bir araç olmaktadır[284].

3. İşyeri Gerekleri Kavramı

İşyeri gerekleri ise işyeri unsurlarından biri veya sınırlarını teşkil eden bağlı yerler, eklentiler ve araçlar gibi işyerinden sayılan yerlerde; işyerini etkileyen objektif nedenlerden

[280] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, s.48-49.
[281] KAR, s. 392.
[282] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, s.47-49.
[283] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 130; SÜMER, s. 24.
[284] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 130; SÜZEK, s.198.

dolayı yapılan değişiklikler sonucu işçi veya işçilerin çalışmasını engelleyen bir olgu ortaya çıkması durumunda, işyeri gereklerinden söz edilmektedir[285].

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu kaçınılmayan işyeri gerekleri fesih nedeni olarak tanımlanmış, işletme gereğinden ise bahsedilmemiştir. Her ne kadar işletme gereğinden kanunda bahsedilmemişse de, işletme kavramı kanun maddi hükümlerine bakıldığında göz ardı edilmediği, yasa koyucunun bilinçli olarak işyeri ve işletme kavramlarını düzenlediği kabul edilmiştir. Kanunun bilinçli bir ayrıma gidilerek düzenlenmiş olmasının nedeni ise yargı denetimini işyeri düzeyiyle sınırlı tutmak, girişimci kararı ise denetim dışında bırakmaktır[286]. Doktrinde aynı görüşe paralel olarak Alman hukukunda iş hukuku normlarının uygulama alanı esas olarak işyeri olarak belirlenmekte, işletme kavramının ise belirli düzenlemelerle ortaya çıktığını, Fransız iş hukukuna bakıldığında ise, İş Kanunun uygulama alanının işletme kavramı üzerinden belirlendiği belirtilerek, her iki yasa koyucunun bilinçli olarak böylesi bir ayrıma gidildiği vurgulanmıştır[287].

4. İşletme Gerekleri Kavramı

Kaynak Alman hukukunda da işletme gerekleri açıkça sayılmamış, fesih nedeni "kaçınılmaz işyeri-işletme gerekleri" olarak tanımlanmıştır. İş K. m. 18 deki ifade göz önünde bulundurulduğunda, maddedeki gerekleri kavramı; işletmenin, işyerinin veya işin ihtiyaçları, zorunlulukları anlamına gelmektedir. Gereklilik sebep ve sonuç ilişkisini gerektirmektedir. Nitekim istihdama engel olan nedenle fesih arasında nedensellik ilişkisinin bulunması gerekmektedir[288]. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden doğan geçerli nedenlerin, bir zorunluluktan, ihtiyaçtan doğması ve bu durumdan ötürü işverenin fesih yoluna başvurması gerekmektedir[289]. İşletme gerekleri ile fesihte, işyerini veya işletmeyi etkileyen objektif nedenler istihdam fazlası yaratmalı, işçinin işyerinde çalışma olanağınınsa kesin ve sürekli olarak ortadan kalkması gerekmektedir.

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler; işçi ile bağlantılı ve işçinin kendisinden kaynaklanan nedenlerdir. İşletme gerekleri ile fesihte ise, fesih nedeni işverenin iradesinden kaynaklanmakta olup, işçinin, yeterliliğinden ve davranışları yönünden hiçbir kusur yahut sorumluluğu olmasa dahi, işyeri gereklerine dayalı olarak yapılan

[285] KAR, s.107.
[286] Preis, Prinzipien, s.305-306, Naklen; ENGİN, s.60.
[287] ENGİN, s.61.
[288] KAR. s.105.
[289] KAR, s.103.

fesihlerde, işçinin işini kaybetme riski ile karşılaşması söz konusu olmaktadır. Yasamız, bir yandan işverene girişimci olarak ve işyeri gereklerine dayalı olarak iş sözleşmelerini feshetme olanağı tanırken, bir yanda da işçinin işini korumasını sağlayacak mekanizmalar getirmeye çalışmaktadır. Bu yönüyle yasa koyucu, işçilerin sosyal çıkarlarını, işverenlerin karar verme, yönetim hak ve özgürlükleri ile dengelenmeye çalışıldığı söylenebilir[290].

B. İşletmenin, İşyerinin Veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Sebebe Dayanan Fesihlerde Girişimci Karar Alınması

1. Girişimci Karar Kavramı

İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple bildirimli olarak feshetmek isteyen işverenin; her şeyden önce söz konusu fesih işlemini, bu feshi haklı kılan bir girişimci karara dayandırması zorunludur. Yargıtay, feshin işletme, işyeri veya işin gerekleri sebepleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle işverenin bu davranışını haklı gösteren bir girişimci kararı aramaktadır. Nitekim işletme, işyeri ve iş gereklerine dayanan her feshin arkasında işveren kararı bulunmaktadır. Bu kararlar, işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir[291]. Bu sebeple işverence alınan girişimci kararlar, feshe ilişkin yargısal denetimin de temelini oluşturmaktadır[292]. Yargıtay'a göre, iş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshinin, girişimci kararın sonucu olarak gerçekleştiğinin kabul edildiği hallerde, fesih işleminin girişimci karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin tepkisini oluşturduğunu belirtmektedir[293].

İşverenin, işletmesel anlamda üç tip kaynağı bulunmaktadır. Bunlar; fiziksel veya materyal değerler, parasal değerler ve çalışanlar olmaktadır. Bu kaynaklar zamanla eskiyip, yıpranabilmektedirler. Nitekim işverenlerde işletmelerini yönetirken eskiyen, bakım gerektiren tesisatları yenilemek ve piyasada daha etkin rekabet edebilmek için işletmesine yönelik olarak birtakım kararlar almak zorunda kalabilmektedirler. Bu yönüyle işverenin

[290] ENGİN, s. 36; ULUCAN, Devrim, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 47, Yıl: 2015, s. 50-51.
[291] KAR, s.108.
[292] Y9HD. 05.05.2008T. 2007/32500E. 2008/11101K., Y9HD. 18.02.2008T. 2008/4547E. 2008/413K., Y9HD. 26.05.2008T. 2008/15486E. 2008/12521K. , Y9HD. 14.4.2008T. 2008/1812E. 2008/7842K., Y9HD. 23.3.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K., sinerjimevzuat.com.
[293] Y9HD.23.03.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K., KESER, s. 235.

aldığı girişimci kararlar, aynı zamanda işletmeyi amaçlarına ulaştırmak için alınan kararlar olmaktadırlar[294].

İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, girişim özgürlüğü ve yönetim hakkı kapsamında alabilir. Girişimci kararlar, işletmenin yapısını ve şeklini vücuda getirme ile ilgili olup, işletme kaynaklarından azami sonuç elde etmek için en iyi organizasyon yapısının kurulması ve işletme kaynaklarının edinilmesi ve geliştirilmesi ile ilgilidirler[295]. Bu anlamda bir işverenin işletmesinin organizasyon yapısını oluştururken karar vermesi gereken en önemli konular; yapılacak işler için hangi kadrolara, bölümlere ihtiyaç olduğu, bunların yetki ve sorumluluklarının ne olacağı, kadrolar arasındaki hiyerarşik paralel, çapraz ve fonksiyonel ilişkilerin nasıl kurulacağı; işletmeye giren ve çıkan bilgilerin ve dökümanların hangi yolları izleyeceği; haberleşme araç ve kanallarının nasıl olacağı vb. gibi konularına ilişkindir[296].

Girişimci kararın ölçüsünü ve amacını, işletme yararı belirlediği gibi alınan girişimci kararlar işverenin menfaatlerinin yanında, işçilerinde yararını gözetmelidir[297]. Anayasa'nın 48. maddesi ile düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü işverenin girişimci karar alma özgürlüğünün güvencesidir. Nitekim işveren işletmesi için en uygun gördüğü kararı verme hakkına sahip olmalıdır. İşverence alınan kararlar hatalı hatta işletmenin menfaati için olumsuz da olabilir. Yargıç işverenin işletmesine yönelik isabetli karar almaya zorlayamayacağı gibi, işverence alınan girişimci kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Dolaysıyla girişimci kararın hatalı olup olmadığı denetlenemeyecek; bu nedenle de işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilemeyecektir. Örneğin işverenin işletmesindeki işçi sayısını arttırmak yönündeki vermiş olduğu karar yargısal denetime tabii tutulmaz iken, işverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durum, hatalı bir karara dayalı olarak alınsa dahi, bu durum iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmayacaktır. Nitekim aynı gerekçelerle Yargıtay "*İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak*

[294] KESER, s.236.
[295] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.53.
[296] Naklen, EREN, Erol, İşletmelerde Stratejik Planlama, s. 30-42, İstanbul 1979, EREN, s. 236; ULUCAN, İş Güvencesi, s.8.
[297] ENGİN, s.53.

alınan işletme kararları açısında da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığı da denetlenemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar veremeyecektir"[298] yönündeki kararıyla değindiğimiz konulara vurgu yapılmıştır. Benzer şekilde yüksek mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta davalıya ait işyerinde kırk bir işyeri hekiminin görev yaptığı, bunlardan on altı işyeri hekiminin iş sözleşmesinin feshedildiği, işverenin fesihte seçim yapılırken uzman hekimlerle çalışılması tercih edilerek pratisyen hekimlerin iş sözleşmesinin sona erdirildiği uyuşmazlıkta; Yargıtay iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin girişimci kararın yerindeliğinin yargı denetimine tabi olamayacağı belirtilerek, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığını kabul etmiştir[299].

İşveren, girişimci kararlarına dayanak olarak gösterdiği gerekçeleri işletme gerekleri doğrultusunda aldığını ispatlamalı, işgücünde azalmayı gerektiren nedenleri ise mahkemeye sunmalıdır. Kısacası geçerli bir fesihten söz edebilmek için, ortaya çıkan işletme gereğinin işyerinde işgücü fazlası yaratması ve girişimci karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekmektedir[300].

2. Yargıtay'ın Kabul Ettiği "İşletmesel Karar" Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, ***işletmesel karar*** kavramına yer verilmemiştir. İşletmesel karar kavramına ise, ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarında rastlanmaktadır. Yüksek mahkeme bu hususta, geniş anlamda işletme ve işyeri ile ilgili, işin düzenlenmesi konusunda, işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararı işletmesel karar olarak tanımlamaktadır[301]. Yani bir başka ifade ile işletmesel karar, işverenin işletmesi ile ilgili karar vermesi, alternatif seçenekler arasından işletmesi için en iyi olanı seçmesi olarak tanımlanabilecektir[302].

Yargıtay'a göre, "*İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de*

[298] Y9HD. 4.10.2010T. 2009/27204E. ,2010/26763K.,sinerjimevzuat.com.
[299] Y22HD. 22.01.2015T. 2014/35516E. 2015/726K.,sinerjimevzuat.com.
[300] ULUCAN, İş Güvencesi, s.58 vd; Y9HD. 27.11.2006T. 2006/22752E. 2006/31085K.,sinerjimevzuat.com.
[301] Y9HD. 12.05.2008T. 2008/11584E. 2008/12023K.; Y9HD. 26.05.2008T. 2007/37018E. 2008/13847K; Y9HD. 28.04.2008T. 2007/34017E. 2008/10355K.; Y9HD. 14.04.2008T. 2008/9760E. 2008/8359K; Y9HD. 25.02.2008T. 2008/3735E. 2008/2001K; Y9HD., 16.06.2008T. 2007/41035E. 2008/15615K; Y9HD. 23.03.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K.,sinerjimevzuat.com.
[302] KESER, s.236.

işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır"[303] denilerek işletme, işyeri ve iş gereklerine dayanan her feshin temelinde mutlaka bir işletmesel karar bulunması gerektiği vurgulanmıştır[304]. Oysaki Yargıtay'ın benimsediği ve çok sık kullandığı "işletmesel karar", aslında, işverenin bir girişimci olarak verdiği karar demektir. Girişimci karar kapsamlı bir karar olup, işverenin girişimci olarak üstlendiği riski ifade etmektedir[305]. Girişimcinin Almanca karşılığı "Unternehmer" olup, "Unternehmenrenet-scheidung"un dilimizdeki karşılığı ise "girişimci karar" demektir. Girişimci karar kapsamlı bir karar olup, İş K. m. 29/1' de belirtildiği üzere ekonomik, teknolojik ve yapısal içerikli bir karar olup, aynı zamanda da işverenin girişimci olarak üstlendiği riski ifade etmektedir[306]. Nitekim bu risk, işverenin işyeri gerekleri ile yapacağı fesihlerde, feshin geçerli sayılabilmesi için son derece önemli bir etkendir. İşverenin birtakım ekonomik ve teknolojik riski içeren durumlar karşısında, girişimci kararlar alabilmektedirler. İşverenin yönetim yetkisi kapsamında işin görülmesi ile ilgili aldığı kararları; ister girişimci kararı olsun ister yönetim yetkisine dayanmış olsun, işveren ancak geçerli nedenlerle fesih işlemi yapabilecektir[307].

Şirketler topluluğu veya holdinglerin birer girişim olduğu düşünüldüğünde, aldıkları kararları da birer girişimci karar olmaktadır. Her ne kadar işletme yönetimince alınan karara, işletme dışı etkenler ile alınan karar denilse de, hem holding yönetiminin kararı hem de bu karara bağlı olarak işletme yönetimi kararı birer girişimci karar olmaktadır[308]. Alınan kararlar, işletme veya işyeri düzeyinde ise işletmesel karar yerine, işletme veya işyeri ile ilgili karar denmesi de daha yerinde olacaktır[309]. Bu nedenlerle tez çalışmamızda Yargıtay'ın benimsediği "işletmesel karar" yerine "girişimci karar" demeyi uygun görüyoruz.

[303] Y9HD. 05.05.2008, 2007/32500E. 2008/11101K., Y9HD., 18.02.2008, 2008/4547E., 2008/413K., Y9HD. 26.05.2008, 2008/15486E. 2008/12521K. , Y9HD. 14.04.2008, 2008/1812E., 2008/7842K. , Y9HD, 23.03.2009, 2008/34202E, 2009/7718K.,sinerjimevzuat.com.
[304] KAR, s.108;.
[305] ULUCAN, Devrim, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 29 Mayıs 2010 Semineri, İstanbul 2010, s.11.
[306] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.5357.
[307] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.54.
[308] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.53-57.
[309] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 53-57.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin verdiği kararlarda, işyeri gerekleri ile yapılan fesihlerde ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerin yanı sıra, göz önünde tutulması ve uygulanması gereken diğer bazı ilkeleri de Alman Federal Mahkemesi kararları ve öğretisi doğrultusunda, her olayda kararlarını belli ilkeler doğrultusunda vermiştir. Yine 22. Hukuk Dairesinin son yıllarda vermiş olduğu kararlarla da yine Alman Federal Mahkemesi içtihatları doğrultusunda bir model üreterek, önüne gelen uyuşmazlıklarda sonuca ulaşmaya çalışmıştır[310]. Doktrinde Yüksek Mahkeme ile aynı görüşte olan doktrinde bir kısım yazarlarca girişimci kararın iki türlü olabileceği belirtilmiştir. Bunlar;

a. Kurucu İşveren Kararı

Kurucu işverenin kararı anayasal temelini, Anayasa'nın 48.maddesindeki girişim özgürlüğü ve sözleşme serbestisinden almaktadır. İşveren henüz ortaya çıkmamış ve işyerini etkilememiş ancak gerçekleşmesi muhtemel riskleri, piyasa ve ekonomik durumun gereklerini de gözeterek, önlem niteliğinde birtakım kararlar almak durumunda kalabilir. Başka bir anlatımla girişimci karar özgürlüğü, işverenin henüz gerçekleşmemiş ancak muhtemel riskleri dikkate alarak yaptığı geleceğe yönelik işletme planlamalarını ve genel olarak işverenin ekonomik takdirlerini kapsamaktadır[311].

İşveren mevcut işletmeleri yönetirken eskiyen, bakım gerektiren tesisat, harcanan paralar ve yaşlanan çalışanlara ilişkin olarak, piyasadaki rekabet gücünü kaybetmemek, zarar etmemek adına birtakım önemli kararlar almak durumunda kalabilir. İşveren bu anlamda yeni teknolojik yatırımlar yapabilir, iş akışını veya iş gücünü yeniden düzenleyebilir, ürün fiyatlarını düşürebilir, iş gücü maliyetlerinde azalmaya gidebilir. Nitekim işveren elindeki kaynaklarını üretim ve pazarlamaya yönelteceği veya yatıracağı için, alacağı kararlar ileriye dönük olacaktır. İşverenin bu sebeplerle aldığı kararlarda iş gücü fazlalığını doğuran engeller bulunmamakta olmasına rağmen, işyerindeki verimliliğin arttırılması ve rekabet gereklerine uyum sağlanması gibi sebepler işvereni bu tür kararlar almaya zorlamaktadır. Bu kararlar işverenin işletmeci kimliğiyle aldığı ve işletme verimliliğine dönük olağan kararlardır[312]. Bu

[310] Y22HD. 30.09.2013T. 2013/25409E. 2013/20267K.; Y22HD. 04.03.2015T. 2015/4602E. 2015/8950K., Aynı yönde, Y7HD. 28.01.2015T. 2015/7005E. 2015/771K., ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 52.
[311] ENGİN, s.48.
[312] ENGİN, s.48; KAR, s. 110 vd.

nedenle işverence, işletmeyi amaçlarına ulaştırmak için alınan bu tür kararlara kurucu işveren kararı denilmektedir[313].

b. Bağlı İşveren Kararı

İşverenin istek ve kusuru olmaksızın ortaya çıkan ve istihdam edilen işçilerin iş sözleşmelerinin feshine sebep olan, birtakım ekonomik ve işletmesel olgular da zamanla ortaya çıkabilir. Bu nedenle iş sözleşmesi ilişkisinde ifa ve ifayı engelleyen nedenlere dayalı olarak işverenin aldığı kararlar bağlı işveren kararı olarak nitelendirilmektedir[314]. Bağlı işveren kararında sürekli ifayı kabul engeli sözleşmeye devamı objektif iyi niyet kurallarına göre beklenmez hale getirmektedir.

Sözleşme ilişkisinde ifa ve ifayı kabulü etkileyen riskler zorlayıcı nedenler ve umulmayan haller olarak ikiye ayrılmaktadır. İfa imkansızlığı yaratarak borcu sona erdiren zorlayıcı nedenlerden bazıları savaş, doğal afet, genel hammadde yokluğu, yokluğu vb. haller olup, bu nedenler objektif bir ifa imkansızlığı yarattığı takdirde zorlayıcı neden olacaktır. Ekonomik kriz, satış ve sürüm olanaklarının azalması, makinalarda meydana gelen arızalar, işyerinde yangın çıkması, bakım ve onarım gibi nedenlerle işin durması, işverenin istek ve iradesi dışında gelişen umulmayan hallerden bazılarıdır[315]. İşletme içi ekonomik kriz, işverenin hatalı tutumları nedeni ile meydana gelen ve işletme riski doğran nedenlerden dolayı işverenin aldığı kararlar gereği, işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesine karar vermesi bağlı işveren kararı olarak nitelendirilmektedir[316].

c. Kurucu-Bağlı İşveren Kararı Tanımının Eleştirisi

Doktrinde Yargıtay'ın ve doktrindeki yazarların kurucu-bağlayıcı karar tanımı ve tanımlama sebepleri eleştirilmiştir. İşverenin bir girişimci karar olarak verdiği karar, işyeri içi gelişmeler ya da işyeri dışından kaynaklanabilmektedir. İşverenin kararları yapısal değişiklik biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, işyeri içine de yönelik olabilirler. İşte yüksek mahkeme ve doktrinde birtakım yazarlarca yukarıda ki bölümde de belirttiğimiz üzere bu hususta işverence alınan kararları "kurucu karar" olarak tanımlamayı yeğlemişlerdir. İşyeri içi kararların yapısal değişiklik niteliğinde kararlar olması ve bu kararların işyeri organizasyon değişikliğine yol açması sebebiyle, bu durumun kaçınılmaz sonucu olarak çoğu kez, işçi sayısında bir fazlalık

[313] Naklen, EREN, Erol; İşletmelerde Stratejik Planlama, İstanbul 1979, s. 30-42, KAR, s. 110; KESER, s.236.
[314] ENGİN, s.4-5; KAR; s. 111-113.
[315] ENGİN, s.40.
[316] KAR, s.110.

ortaya çıkacaktır. Bu durumda işveren işçi çıkarma yoluna giderek fesih işlemini gerçekleştirmektedir. Yüksek mahkeme de, bu tür kararlar için Alman Federal Mahkemesi kararlarında yer alan *forme etme, biçimlendirme, yeniden yapılandırma (Gestaltende Entscheidung)* kavramının yerine hatalı olarak *kurucu karar* kavramını kullanmaktadır[317]. Bu nedenlerle kurucu karar kavramının yerine aslına uygun olarak **yeniden yapılandırma yahut yapısal karar** kavramının kullanılması gerekmektedir[318].

İşverenin yapısal karar alarak işyeri organizasyonunda değişikliğe gidilmesi durumunun bir işyeri içi neden olmasına rağmen, siparişlerin azalması, cironun düşmesi, ham madde sıkıntısı, ekonomik kriz ve benzeri sebepler, işyeri dışından kaynaklanan nedenler olmaktadır. Yüksek mahkeme de bu tür kararları yine Alman Hukuku'ndan esinlenerek bağlayıcı (gebunden) kararlar olarak nitelendirmektedir[319]. Doktrinde ULUCAN bu hususta Yargıtay'ın bu tutumunu da eleştirmiş olup, Alman Hukukunda (gebundene Entscheidung) kelimesi, tam tercüme edildiğinde hukukumuz açısından yanlış anlamlara yol açabileceğini belirtmiştir[320]. Şöyle ki, işveren işletmesi için yapısal bir kararı kendi başına alabilir (Yargıtay'ın kabul ettiği-kurucu karar), ancak ayrım noktası şudur işletme dışı olaylar işverenin iradesinden kaynaklanmasa da, işveren bu olgulara dayanarak bir karar alabilecektir. Örneğin işletme dışı olgular sebebiyle yaşanan ekonomik kriz, piyasaya daralması, ham madde sıkıntısı gibi birtakım hususlar, işvereni her ne kadar kendi iradesinden kaynaklanmasa da bazı kararlar almasına yol açabilir. Ancak işveren bu olgular karşısında kendini bu olgularla bağlı görmeyip işini daraltmayıp, işçi çıkarma yoluna da gitmeyebilir[321]. Her ne kadar işletme dışı sebeplerin, işçi çıkarılmasını zorunlu kıldığı kabul edilse bile bu durum hiçbir zaman mutlak bir sonuç doğurmayacaktır. İşveren aldığı özgür kararı ile bu durumlar karşısında direnç göstererek ayakta kalarak varlığını sürdürebilir, işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmeyebilir. Tüm bu sebeplerle işletme dışı olaylara bağlı olarak değil, bağlantılı olarak girişimci karar denilmesi daha uygun bir tanım olacaktır[322]. İşverenin aldığı her işyeri içi karar bir biçimde işyeri dışı olaylarla da bağlantılı olmaktadır. Nitekim işletme dışından kaynaklanan nedenlere dayanarak fesih yapan işveren, bu işlemini genellikle işyeri veya işletme içinde yapısal değişikliğe yol açan bir kararla hayata geçirmek durumunda kalmaktadır. Aksi halde işletme dışı nedenlerin doğrudan işçileri çalıştırma olanağını ortadan

[317] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.54.
[318] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.54-57.
[319] ULUCAN, Devrim, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 54-57.
[320] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.54-57.
[321] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.57-63.
[322] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.57-63.

kaldırmış olması gerekir ki bu durumda sadece mücbir sebep gibi durumlar söz konusu olduğunda mümkün olabilir[323]. Yargıtay'ın dayanak aldığı Alman Hukuku uygulamasında ise, işyeri nedenlerine bağlı feshi geçerli kılacak zorunlu nedenleri kanıtlamak durumunda olup, işveren işyeri dışından kaynaklanan nedenleri ileri sürdüğünde bu nedenler ile kendini bağlı kıldığı, artık başka bir nedene dayanamayacağı kabul edilmektedir. İşte bağlı karardan kastedilende budur. Oysa işletme dışı olaylar ne kadar olumsuz olursa olsun işvereni bağlamaz ve doğrudan bir fesih nedeni olamazlar.

Doktrinde bağlayıcı kararların iş sözleşmesi ilişkisinde ifa ve ifayı engelleyen nedenlere dayalı olarak ve sürekli ifayı kabul engelinin sözleşmeye devamı objektif iyi niyet kurallarına göre beklenemez hale getirmesi sonucu işverence alınan kararlar olduğunun belirtilmesi de eleştirilmiştir[324]. Şöyle ki, işverenin iradesi dışında ifayı kabul etmemesini düzenleyen İş K. m. 24/III ve İş K. m. 65 hükümleridir. Buna göre, işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenler ortaya çıktığı durumlarda, işçi sözleşmeyi haklı nedenlerle derhal feshedebilecektir. Ortaya çıkan ifa engelinin bir haftayı aşması, sözleşmeye devamın beklenmez hale gelmesi ve derhal fesih hakkının doğumu için ifa engelinin süreklilik kazanması gerekmektedir[325]. Ekonomik konjonktürün iyi gitmemesi, stok fazlalığı, satış düşmesi, hammadde yokluğu, makine arızası gibi zorlayıcı neden sayılamayacak bir takım işletme riskleri ise bu hükmün kapsamı dışında kalmaktadır[326] Geçici bir ifa imkansızlığının varlığı halinde iş sözleşmesi askıya alınmakta olup, taraflar askı süresi içerisinde karşılıklı temel edimlerini ifadan kurtulmakta, ancak sözleşme varlığını sürdürmektedir. Doktrinde işverenin fesih hakkının doğumu için ön koşul ifayı kabul engelinin süreklilik arz etmesi gerektiği, sürekli ifayı kabul imkansızlığının ortaya çıktığı hallerde işçinin çalışmaya devam olanağının ortan kalktığı durumlarda, işveren işletme gereklerine dayanarak işçilerin iş sözleşmesinin feshedilebileceğine yönelik görüşleri eleştiren ULUCAN, girişimci karara dayanak oluşturacak ifayı engelleyen, ifa imkansızlığı yaratan veya istihdamı engelleyen ve umulmayan haller başlığı altında toplanabilecek durumların araştırılmasını savunan görüşlere katılmamaktadır. Nitekim aynı yazara göre bu kurumların Borçlar Hukukuna özgü kurumlar olması nedeniyle yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebileceği, iş güvencesi sistemi içerisindeki yerinin doğru olmadığı da ayrıca

[323] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.57-63.
[324] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.57-63.
[325] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.57-63.
[326] ENGİN, s.45 vd.

belirtilmektedir[327]. ULUCAN, ifayı ve ifayı kabulü engelleyen veya imkansız kılan gibi kavramların kullanılması yerine, işçinin çalışmasının sürdürülmesinin beklenemeyeceği, kaçınılmaz nedenler gibi kavramların kullanılmasının daha doğru olacağını savunmaktadır. Çünkü bu engellerin, kaçınılmazlık ile ifade edilebileceğini ve mutlak bir anlam ifade etmeyeceğini, işverene göre kaçınılmaz sayılabilecek durumun aşılabilir bir durum olarak değerlendirilebileceğini, tüm bu nedenlerle işletme dışı nedenlerin tamamını kapsayacak ve yanlış değerlendirmelere yol açabilecek şekilde, Alman Federal Mahkemesi Kararlarında hiç geçmeyen ifayı ve ifayı kabulü engelleyen veya ifa imkansızlığı gibi kavramlarının işyeri gerekleri ile yapılan fesih çerçevesinde sürekli kullanılması ve bu gibi durumlara dayanılarak geçerli bir fesih yapılabileceği sonucuna varılmasını doğru olmayacağını belirterek, doktrindeki çoğunluk görüşü haklı gerekçelerle eleştirmiştir[328]. Yazara göre Yargıtay kararlarında da yer aldığı gibi, ifa engeli veya ifa imkansızlığının mücbir neden anlamında anlaşılması gerekmektedir. İfa imkansızlığı kurumunun yeri geldiğinde İş Hukuku'nda da uygulama alanı bulsa da, işletme dışı nedenler her zaman işvereni bu anlamda bağlamayacaktır. Ekonomik kriz, talep daralması gibi durumlar karşısında işverenin aldığı kararların mutlak anlamda bir ifa imkansızlığı çıkarmamalarına rağmen, geçerli feshe gerekçe oluşturmaları ise her zaman mümkündür. Zorlayıcı neden dışında ortaya çıkabilecek işletme dışı nedenler çoğunlukla ifayı engelleyen veya olanaksız kılan nedenlerde değildir. Nitekim ifanın engellenmesi veya ifa imkansızlığı ile ilgili olgu, tüm işletme dışı olguları da kapsamayacaktır. İşveren, ortaya çıkan ve objektif olarak kaçınılmaz sayılabilecek bir nedenle ekonomik krizin işletmeyi veya işyerini ciddi bir biçimde etkilemesi gibi işçi çalıştırması beklenemeyeceği durumlarda bu hususu ileri sürerek, geçerli nedene dayanan fesih yapabileceği gibi, böyle bir fesih işlemi yapmakla da zorunlu tutulamayacaktır. Nitekim işverene göre kaçınılmaz sayılabilecek bir durum aşılabilir bir durum olarakta değerlendirilebilir[329]. Tüm bu sebeplerle işletme dışı sebeplerin tamamını kapsayacak ve yanlış değerlendirmelere yol açabilecek şekilde, ifayı ve ifayı kabulü engelleyen veya ifa imkansızlığı gibi kavramların bu anlamda kullanılması yerinde değildir. Yargıtay'ın kurucu ve bağlayıcı işveren kararı kavramlarını açıklarken Alman Hukukundan esinlendiğini, ancak gerçekte bu iki kavramın kullanım amacı ve yerlerinin farklı olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Ayrıca Alman Federal Mahkemesi Kararlarında hiç geçmeyen ve öğretide de hiç benimsenmemiş olan ifa engeli veya ifa imkansızlığı gibi kavramların işyeri gerekleri

[327] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.57-63.
[328] ULUCAN, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, s.15.
[329] ULUCAN, s.59.

ile yapılan fesih çerçevesinde sürekli kullanılması ve bu gibi durumlara dayanılarak geçerli bir fesih yapılabileceği sonucuna varılması doğru değildir.

Yargıtay'a göre bazı hallerde, işverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacını uyumlaştırmak adına açıkça belirtmediği kararları da, "örtülü, gizli" işletmesel karar olarak nitelendirdiğini görmekteyiz. Yüksek mahkemeye göre bu gibi durumlarda, işletmesel kararın varlığı, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılması gerekmektedir[330]. Doktrinde Yargıtay'ın bu görüşü de eleştirilmiş olup, gizli-örtülü işletmesel karar kavramının birtakım karışıklıklara neden olabileceği belirtilmiştir. Gizli-örtülü karar aslında işletme dışı olguların geçerli nedenle fesih için gerekçe olarak benimsenmesi demektir ve bunun için gizli-örtülü kavramların kullanılmasına da gerek bulunmamaktadır[331]. Nitekim Alman Federal Mahkemesinin yeni kararlarında şöyle denilmektedir: "*İşyeri dışından kaynaklanan nedenler ile fesih konusu açık değildir. Bu konuda kullanılan "gizli girişimci kararı (verdeckte Unternehmerentscheidung) veya "bağlı karar" (Selbstbindung) kavramları, aslında sadece birer girişimci kararından başka bir şey değildir. Çalışma koşularını ortadan kalktığına sadece işveren karar verir. İşletme dışı nedenler girişimci kararının sadece motivasyonunu oluşturabilir*[332]".

3. İşverenin Girişimci Karar Alma Hakkının Dayanağı

Bilindiği üzere iş sözleşmesiyle işçi işverene bağımlı ve onun yararına iş görmeyi, işvereninse işçinin emeğine karşılık ücret ödemeyi üstlenmektedir. İş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Bu yönüyle iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran özelliği ise, işçinin işverenin talimatlarına bağlı olarak, işverenin yönetimi altında çalışmasıdır. İşçiyle işveren arasındaki bağımlılık-yönetim ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz bir hiyerarşi yaratmaktadır. İşveren yararına ve onun yönetimi altında iş görme edimini üstlenen işçi, aynı zamanda işverenin talimatlarına uyma yükümlülüğünü de üstlenmiş olmaktadır[333]. Bilindiği üzere, işverenin yönetim hakkı, işverenin talimatlarının, Anayasa ve kanunların emredici hükümlerine, toplu iş sözleşmesi ve iş akdine aykırı olmamak üzere, işin görülmesini ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme

[330] Y9HD.28.04.2008T. 2007/33535E. 2008/10652K., Y9HD. 28.04.2008T. 2007/35267E. 2008/10359K., Y9HD. 28.04.2008T. 2007/34017E. 2008/10355K. , Y9HD. 24.03.2008T. 2008/977E. 2008/6091K., Y9HD. 13.3.2009T. 2009/14860E. 2009/10256K.; KESER, s. 235.
[331] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.56.
[332] BAG. 24.2.2005 NZA 2005,867.868, Naklen, ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.56.
[333] ENGİN, s.4-5.

hakkına, yönetim hakkı denilir[334]. İşverenin yönetim hakkı Borçlar Kanunu'nun 399. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre "İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışları ile ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar".

İş hukukunun mevzuatının tüm hükümleri uygulamada yaşanabilecek olası tüm sorunlara çözüm getirmesi olanaklı değildir. Nitekim, birtakım ince ayrıntıların ve iş ilişkisinde zamana ortaya çıkabilecek birtakım ihtiyaçların tamamının önceden belirlenebilmesi de çok zordur. İş akitlerinde zamanla ortaya çıkan birtakım boşluk alanların düzenlenmesi ise işverenin yönetim hakkının kullanılması yoluyla doldurulmaktadır. İşverenin iş görme ediminin içeriğini belirleme yetkisine haiz olması, verilen yetkinin sınırsız olduğu anlamına gelmez. İşverenin yönetim hakkı, emredici hükümlerle sınırlandığı gibi, iş sözleşmesi, yönetmelik ve işyeri uygulamaları ile de sınırlanabilecektir[335]. İşveren, bu hukuk kaynaklarına aykırılık teşkil edici bir biçimde yönetim hakkını kullanamaz[336]. Aynı zamanda Medeni Kanunun 2 nci maddesinde düzenlenen "dürüst davranma" kenar başlıklı maddesi uyarınca, "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır*" bu ilke bütün hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde genel bir ödev olup, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır. İşveren, yönetim hakkına dayanarak alacağı ve uygulayacağı girişimci kararları uygularken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Nitekim yüksek mahkeme ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucunda zarar ettiğini ileri sürerek işçi çıkarttığı işletmesine, fesihten birkaç gün sonra yüksek sayıda işçi almasını, işverenin fesih hakkını kullanırken dürüst davranılmaması olarak nitelendirmiş ve fesihlerin geçersizliğine karar vermiştir[337].

İşveren işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili iş sözleşmesinin yapılmasından, sözleşmenin feshine kadar tüm konularda aldığı girişimci kararları, yönetim hakkına dayanarak almaktadır[338]. İşveren alacağı tedbirler aracılığı ile, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını kullanmaktadır[339]. Alman Federal Mahkemesi bir uyuşmazlıkta verdiği kararında; "Yasal feshe karşı koruma kuralları işvereni, işyeri

[334] KESER, s.238; SÜZEK, s.86-88.
[335] ENGİN, s.6
[336] SÜZEK, s.89-91.
[337] Y9HD. 27.10.2003T. 2003/18257E. 2003/17985K.; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 213.
[338] Y9HD. 24.03.2008, 2008/797E. 2008/6091K.;Y9HD., 28.03.2008, 2007/27844E., 2008/6677K.; Y9HD.28.04.2008, 2007/34017E. 2008/10355K.; Y9HD., 16.06.2008, 2007/41035E., 2008/15615K. ; Y9HD. 26.05.2008, 2007/37487E. 2008/12511K., sinerjimevzuat.com.
[339] SÜZEK, s.86-88; Y9HD. 18.02.2008T. 2008/4548E. 2008/414K., Y9HD. 18.02.2008T. 2008/4547E. 2008/413K., Y9HD. 18.02.2008T. 2008/4545E. 2008/411K. ; KESER, s. 238.

organizasyon yapısını veya çalışma yöntemlerini aynen koruma konusunda zorunlu kılamayacağı gibi, organizasyon yapısını değiştirme kararını uygulamasına da engel olamaz. İşverene daha iyi bir işyeri veya işletme yapısını gerçekleştirmeye zorlamak yargıcın işi değildir" denilmiştir[340].

İşyeri ile ilgili bir tedbirin işletmesel amacını tek başına saptamak ve uygulamak işverenin hakkıdır. İşveren işletmesiyle ilgili konularda amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu ve işletmesi için yararlı olduğuna kanaat getirdiği kararları, herhangi bir bilimsel veriye ve prosedüre uymak zorunda kalmaksızın alabilir[341]. Yüksek mahkemenin de belirttiği üzere, işverenin girişimci kararı söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde kural olarak inceleme yapılamaz. Mahkeme sadece söz konusu girişimci kararların, objektif bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını denetleyecektir[342]. İşverenin aldığı kararın hatalı olması, bu karara dayanılarak yapılan fesihleri de geçersiz kılmayacaktır. Örneğin üretimin durdurulması veya azaltılmasının gerekli olup olmadığı, ekonomik bakımdan gerekip gerekmediğini iş mahkemesi denetleyemeyecektir.

4. İşverenin Girişimci Karar Alma Sebepleri

İşverenin üretim aşamasında kullanabileceği işletmeye ait olan fiziksel veya materyal değerler (tesisat, stoklar), parasal değerler (nakit ve kredi) ve çalışanlar olmak üzere üç tip kaynağı mevcuttur[343]. İşletmenin materyal değerleri ile parasal değerleri olan nakit ve kredi de yaşanabilecek farklılıklar ve değişiklikler üretim sürecini de doğrudan doğruya etkileyecektir. İşveren, işletmesinin varlığını sürdürmek için meydana gelen değişikliklerin analizini yaparak, gerekli işletme lehine önlemleri almak, verimli çalışmak ve bu önlemlere ilişkin girişimci kararları yürürlüğe koymak suretiyle değişen piyasa koşullarına uyum sağlayabilecek ve rekabet edebilecektir. Zamanla üretim süreci içerisinde yıpranan ve işlevini yitiren kaynakların, bakımı ve tesisatlara harcanacak bedeller yahut çalışanlara ilişkin bir dizi önemli kararlar almak zarureti süreç içerisinde doğabilir. Bu nedenle girişimci kararların alınmasının en temel sebebi, genel anlamda işletmelerdeki fiziksel veya materyal değerlerde,

[340] Naklen, BAG 2 Senat, Urteil vom 21. Februar 2002, Az. 2AZR 556/00, ULUCAN, İş Güvencesi, s. 65.
[341] KESER, s.238; KILIÇOĞLU, Mustafa, ŞENOCAK, Kemal, İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği Ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara 2010, s.194.; ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.56.
[342] CENTEL, s.108.
[343] KESER, s.238-239.

parasal değerlerde veya çalışanların niteliklerinde meydana gelen değişikliklere karşı işletme lehine önlem alınması olarak söylenebilecektir[344].

Ekonomik durgunluklar, piyasadaki artan rekabet koşulları ve bilişim teknolojisindeki gelişmeler gibi pek çok sebepte işletmeleri etkilemektedir. Değişen bu koşullar işletmeleri etkilemekte, işletmelerin yeniden yapılanmalarına da neden olmaktadır. Bu durumda işten çıkarmalar artmakta, statü ve ücret kayıpları yaşanmakta, psikolojik olarak işçiyi etkileyen bu durumlar, işçinin stresli çalışmasına neden olmaktadır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde her geçen gün istihdam ilişkisinin rekabetçi piyasa koşullarına göre esnek hale getirilmesi, iş güvencesi sisteminin avantajlarını önemli ölçüde azalttığını göstermektedir[345]. İşveren işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada alması gereken bütün işletmesel tedbirler olmaktadır[346].

İşletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerin geçerli nedene dayanması halinde işverence gerçekleştirilen fesih geçerli kabul edilecektir. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir[347]. Uygulamada en sık karşılaşılan ve işverenlerce dava safhasında girişimci karara dayanak gösterilen sebepler genel olarak şöyledir;

- Üretim giderlerinin maliyetinin yükselmesi
- Talep ve sipariş azalması[348]
- Sürüm ve satış olanaklarının azalması
- Piyasa şartlarına uyum sağlamak ve verimliliğin arttırılması[349]
- Ekonomik durgunluk ve talep azlığı yaşanması[350]
- Alınan tasarruf tedbirleri sonrasında ekonomik sıkıntıların giderilmemesi[351]
- Siparişlerde azalma ve iş hacminde daralma
- Yüksek oranda ciro kaybı yaşanması
- Ekonomik kriz sebebiyle iş yoğunluğunun azalması
- Maliyetlerin düşürülerek karlı bir seviyeye ulaşabilmek
- Yeni bir organizasyon yapısı kurulmak istenmesi
- Yönetsel ve yapısal değişiklikler ile teknolojik gelişmeler

[344] KESER, s.239 vd.
[345] AKTUĞ, s.20; ENGİN, s.32.
[346] Y9HD. 28.03.2008T. 2007/27844E. 2008/6677K.; KESER, s. 241.
[347] Y22HD. 08.02.2013T. 2012/30317E. 2013/2273K., sinerjimevzuat.com.
[348] Y9HD. 12.12.2005 T, 2005/35067E., 2005/39316K.,sinerjimevzuat.com.
[349] Y9HD.30.10.2007 T, 2007/35668E., 2007/31775K.,sinerjimevzuat.com
[350] Y9HD. 17.09.2007 T, 2007/13470E., 2007/26793K.,sinerjimevzuat.com
[351] Y9HD. 28.04.2008 T, 2007/34017E., 2008/10355K.,sinerjimevzuat.com

- Nitelikli, ileri teknoloji kullanan personel teknisyen gereksinimi[352]
- Firma içindeki bir bölümün işlem hacminin daralması
- Satış hacminde ve kar marjında düşüklük yaşanması[353]
- Sürekli zarar edilmesi sebebiyle işyerinde faaliyete devamın sürdürülmesinin imkansız olması[354]
- İş kolunun kapatılması[355]
- İstihdam fazlalığı meydana gelmesi[356]
- Yüksek vardiya sayısı ile işletmenin ayakta kalmasının mümkün olmaması[357]
- Şirketin azalan verimliliği ve rekabet edebilecek kapasitesinin arttırılması[358]
- Hammadde stoku bulunmaması, hammadde sıkıntısı yaşanması
- Kamu kurumlarının özelleştirilmesi
- Teknolojik Yenilenme ve Yeni teknoloji ürünlerinin kullanılması[359]
- Firmanın faaliyet alanının daraltılması ve değiştirilmesi[360]
- Yeniden yapılanma[361]
- Küçülmeye gidilmesiyle kadro sayısının azaltılması yahut kaldırılması[362]
- Kanuni bir düzenleme gereği işten çıkarma[363]
- Şirketin pazar payının azalması
- Turizm sektöründe ölü sezon yaşanması[364]
- Şirket birleşmesinin gerçekleşmesi sonrası yeniden yapılanma vb.[365] gibi sebepler olarak sayılabilecektir[366].

---

[352] Y9HD. 01.11.2004 T, 2004/8628E. 2004/24546K.; Y9HD. 06.12.2004, 2004/11759E. 2004/26275K.; Y9HD. 23.01.2006 T,2005/39126E., 2006/940K., sinerjimevzuat.com.

[353] Y9HD. 23.03.2009, 2008/34202E., 2009/7718K., sinerjimevzuat.com.

[354] Y9HD. 04.12.2006, 2006/23942E., 2006/31969K.,sinerjimevzuat.com.

[355] Y9HD. 21.07.2008, 2007/41050E., 2008/21303K.; Y9HD. 26.05.2008, 2007/37468E., 2008/12494K.,sinerjimevzuat.com.

[356] Y9HD. 14.04.2008, 2007/33534E., 2008/8315K.; Y9HD. 05.05.2008, 2007/32500E., 2008/11101K.;Y9HD. 30.06.2008, 2007/42683E., 2008/18141K.; Y9HD. 26.05.2008, 2007/37018E., 2008/13847K., sinerjimevzuat.com.; Y9HD. 12.02.2015T. 2015/1199E. 2015/6314K, sinerjimevzuat.com.

[357] Y9HD. 23.03.2009, 2008/34202E., 2009/7718K.,sinerjimevzuat.com.

[358] Y9HD. 30.06.2008, 2008/1820E., 2008/17982E.,sinerjimevzuat.com.

[359] Y9HD. 28.03.2008, 2007/27844E., 2008/6677K.,sinerjimevzuat.com.

[360] Y9HD. 12.09.2005, 2005/24415E., 2005/29357K.;Y9HD. 16.06.2008, 2007/41035E. 2008/15615K.,sinerjimevzuat.com.

[361] Y9HD. 29.09.2009, 2005/28228E., 2005/31654K.; Y9HD. 21.11.2005, 2005/34453E.,2005/36793K.; Y9HD. 06.10.2008, 2008/30271E., 2008/25206K. ; Y9HD. 28.04.2008, 2007/34017E., 2008/10355K.; Y9HD. 28.04.2008, 2007/33535E. 2008/10652K, sinerjimevzuat.com.

[362] Y9HD. 30.06.2008, 2007/41054E., 2008/18053K.; Y9HD. 09.06.2008, 2007/40951E. 2008/14429K., sinerjimevzuat.com.

[363] Y9HD. 09.06.2008, 2007/40952E., 2008/14430K., sinerjimevzuat.com.

[364] Y9HD. 17.05.2004, 2004/837E. 2004/12071K., sinerjimevzuat.com.

C. Girişimci Karar Türleri

1.Genel Olarak

Geçerli sebeplerle fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönüyle karşımıza çıkmaktadır. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, girişimci kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de girişimci karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin tepkisini oluşturmaktadır. İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün girişimci tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır.

İş K. m. 18'e ilişkin gerekçesinde işletme içi sebepler örnek verilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre işyeri içi sebepler; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler işyerinin içinden kaynaklanıp geçerli nedenle feshe yol açabilecek haller arasında kabul edilmiştir. Oysaki işletme içi sebepler, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek adına, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün girişimci tedbirleri kapsamaktadır.

İş K. m. 18'e ilişkin gerekçede verilen örnekler arasında, uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlara örneğin, büyük şirket birleşmeleri sonucunda ortaya çıkabilecek fesih durumları yer almamaktadır. Doktrin ve Yargıtay kararlarında sözü edilen en yaygın işletme içi sebeplerden kaynaklanan girişimci kararlar şunlardır; üretimde değişiklik yapılması, üretimin durdurulması, rasyonalizasyon tedbirleri alınması, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması, yarım gün çalışmanın tam gün çalışmaya dönüştürülmesi, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçilmesi, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyeri

[365] Y9HD. 03.06.2008, 2007/37512E., 2008/13798K., sinerjimevzuat.com.
[366] KESER, s.239-241.

sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürülmesi, işyerinin kapatılması, işletmenin bir bölümünün veya servisinin kapatılması, kazanç maksimizasyonu kararının alınması, yalın yönetimin uygulamaya sokulması, grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması, işverenin işçi sayısının süresiz azaltılması, şirket birleşmeleri sonucu yapılan yeni organizasyon yapısına geçilmesi, yeniden yapılanma kararı alınması, norm kadro uygulaması sonucunda işyerinde bazı kadroların iptal edilmesi, özelleştirme sonucunda ortaya çıkan istihdam fazlasının giderilmesi, toplu İşçi çıkarılması kararları işverence alınabilecektir. Çalışmamızın bu bölümünde belirttiğimiz bu söz konusu girişimci kararlardan uygulamada en çok karşılaşılanlar irdelenecektir. Çalışmamızda, belirttiğimiz bu girişimci kararlardan uygulamada en çok karşılaşılanlar irdelenecektir.

İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

2. İşyeri ve İşletme İçi - İşletme Dışı Sebeplerle Alınan Girişimci Kararlarda İşverenin İspat Yükü

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır. Buna göre, girişimci karar sonucu ortaya çıkan istihdam fazlasının giderilmesi amacıyla işletme içi sebeplerden kaynaklanan bir fesih yaptığını iddia eden işveren; hakkında açılacak olan işe iade davasında almış olduğu girişimci kararı, girişimci kararın fiilen uygulamaya geçirildiğini, işçi çıkarmayı gerektiren ekonomik

durumu, yeniden yapılanmanın yapıldığını, girişimci karar sonrası organizasyonal değişikliğe yönelik veya teknik hangi tedbirleri aldığını, bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz etki ettiğini, neden feshi gerekli kıldığını, söz konusu tedbirin işyerinde istihdam fazlalığı meydana getirdiğini, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı bölümün yeni organizasyon yapısıyla nasıl düzenlendiğini, kaç kişinin iş gücüne ihtiyaç kalmadığını, feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkanının ortadan kalktığını, almış olduğu tedbiri ciddi ve kalıcı biçimde uyguladığını, feshin kaçınılmazlığını açıkça ortaya koymak ve ispatlamak zorunda olacaktır[367].

İşveren, dayandığı fesih sebebinin geçerli olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması halinde, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılacaktır[368]. İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterli olup, ancak bu durum, uyuşmazlığın tek başına çözümlenmesine olanak sağlamamaktadır. Nitekim işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür.

3.İşyeri ve İşletme İçi Sebeplere Dayalı Olarak İşverence Yapılan Fesih Sebeplerinden Bazıları

a. İşyeri ve İşletmenin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Olarak Alınan Girişimci Kararlar

aa. Yeniden Yapılanma Kavramı

İşveren işletmesini en verimli, piyasa koşullarında rekabet edebilir ve en verimli tarzda üretim sağlayacak şekilde organize etmek yetkisine haizdir. Nitekim işveren daha verimli çalışmak, rekabet piyasasında riske girmemek ve gücünü arttırmak amacıyla işletmesini yeniden yapılandırmak isteyebilir. Yine zaman içerisinde işyerindeki çalışma yöntemleri, teknolojinin gerisinde kalmış ve aşılmış olabilir. Bu durumda, işyerinde yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması gerekebilir. Yeni çalışma yöntemlerinin kabulü durumunda ise, çoğu kez, işyerinde daha az sayıda işçiyle çalışmayı gerektirmektedir.

[367] KESER, s.272; Y22HD. 02.06.2014T. 2013/36640E. 2014/15237K.; Y7HD. 19.03.2014T. 2014/3330E. 2014/6338K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.505.
[368] Y9HD. 29.04.2014T.2014/1458E. 2014/13768K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 507-509.

İşletmedeki kalitenin ve verimliliğin arttırılması düşüncesiyle işveren; üretimi kısaltabilir, üretim konusu ve yöntemlerini değiştirebilir, bazı bölümleri birleştirebilir, işletmesini küçültebilir, işletmesinin verimli olmayan faaliyetlerine son verebilir, bazı bölümleri veya üretim bandını kapatabilir, iş akışını tamamen değiştirebilir. Bu yöntemlerde henüz gerçekleşmemiş muhtemel riskler göz önüne alınarak geleceğe yönelik işletmeye ilişkin tedbirlerdir. Ulusal ve uluslararası arenada yaşanacak önemli değişiklikler, ekonomik ilişkilerdeki süreçleri etkilemekte, globalleşme ve sonrasında yaşanacak ekonomik krizler işletmelerin örgütsel yapılarını, üretim ve pazarlama süreçlerini değişen koşullara göre yeniden tanımlayıp, değiştirmeye zorlayabilmektedir. İşletme organizasyonlarında meydana gelen değişiklikler sonrasında, kurumların ve firmaların değişen koşullara uyum için yeniden örgütlenmeleri, işletmelerin rekabet pazarındaki konumlarını kaybetmemeleri, değişen koşullar içerisinde uyum içinde çalışarak, varlıklarını sürdürmek adına radikal iç değişikliklerin yapılmasıyla ayakta kalabileceklerdir. Uygulamada şirket giderlerinin rakiplerininkinden veya içinde bulunduğu iş alanında olması gerekenden çok daha maliyetli olması, müşteri memnuniyetsizliği, değişen ekonomik koşullar sonrasında müşterilerinin isteklerinin değişmesi, şirket devri, birleşmesi, özelleştirme gibi nedenlerle şirketlerin yeniden yapılanmaya başvurulmaktadır.

Yeniden yapılanmanın en önemli unsurlarından biri kısa bir sürede çok sayıda çalışanın işten çıkarılmasıdır. 2010 yılında EUROFOUND tarafından yapılan araştırmada "son üç yıl içinde çalıştıkları işyerinin önemli bir yeniden yapılanma veya örgütlenme geçirdiğini" söyleyen Avrupalı çalışanların oranı yüzde 31'dir. Çalışanlar yönünden ise yeniden yapılanma her şeyden önce korku, kaygı, belirsizlik ve güvencesizlik olduğu tartışmasızdır. İşyerinde çalışanlarla ilişki içinde olan özellikle işçi alım-çıkarma yetkisi bulunan yöneticiler, yeniden yapılanma ve işten çıkarma sırasında işletme üst yönetimi ile çalışanlar arasında kalmaktadır. Uzun süredir birlikte çalıştıkları insanların geleceği hakkında karar verme ve verilen kararları uygulama sorumlulukları bulunan yöneticiler sıklıkla olumsuz etkilenmekte, yeniden yapılanma dolayısıyla çalışanlardan kaynaklanan çok sayıda olumsuz eleştiri, tutum ve şiddetli tepki ile karşılaşmaktadırlar[369].

İşverenin işyeri dışından kaynaklanan nedenlerle yeniden yapılanmaya gitmesi halinde, işverenin aldığı yeniden yapılanma kararı ikinci bir girişimci karar teşkil edecektir. Nitekim dış etkenler, işverenin işyeri içinden kaynaklanan bir yapılanma kararı almasına

[369] KAPAR, Recep, Ekonomik Krizlerin Çalışanların Sağlığı ve Güvenliği Üzerindeki Etkileri, Çalışma ve Toplum 2012/3, s.88.

neden olmuştur. Uygulamada yeniden yapılanmaya ilişkin olarak en çok karşılaşılan girişimci karar türleri ise; norm kadro uygulaması sonucunda işyerinde bazı kadroların iptal edilmesine, işyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ve işyerindeki bazı işlerin alt işverene verilmesine ilişkin olarak alınan girişimci kararlardır[370].

bb. Norm Kadro Uygulaması Sonucunda İşyerinde Bazı Kadroların İptal Edilmesine İlişkin Girişimci Kararın Uygulanmasında İşverenin İspat Yükü

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşletme gerekleri sebebiyle fesihlerde, işveren feshin ciddi ve tutarlı bir uygulamanın sonucu olup olmadığını, girişimci kararın alındığını ve bu kararın kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılıkla uygulandığını hiç bir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kesin olarak ispat etmekle yükümlüdür. Yeniden yapılanma gibi önemli bir karar alan ve bu kararı uygulayan işverenin kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılık içinde hareket etmesi, kanunlar ve ispat hukuku kuralları çerçevesinde sıhhati konusunda şüphe uyandırmayacak ve birbiri ile tutarlı bilgi ve belgelerle yeniden yapılanmayı ve bu yapılanma sonucunda işçinin iş gücü fazlası haline geldiğini, diğer yandan, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde de objektif davrandığını ispatlaması gerekmektedir[371].

İşverenin yeniden yapılandırma kapsamında almış olduğu norm kadro uygulamasına ilişkin girişimci karara dayanarak yapılan fesihlerde işveren, kendisine karşı açılacak olan işe iade davasında; işyerinde norm kadro uygulanmasına ilişkin bir girişimci karar alındığını, norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkan norm kadro sayısının, işyerindeki mevcut kadro sayısından az olduğunu, fesihlerin norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkan norm kadro sayısına uygun olarak yapıldığını ispatlamakla yükümlü olacaktır[372].

cc. Norm Kadro Uygulaması Sonucunda İşyerinde Bazı Kadroların İptal Edilmesi Sebebiyle Yapılan Fesihler

Norm kadro uygulamaları, işletmelerin amaçlarını etkin ve verimli bir kullanımının yerine getirilebilmesi için yapılmaktadır. Böylelikle işletmenin ihtiyacı olan kadro sayısı belirlenerek kadro ihtiyacının dengeli dağılımı yapılarak, işçi giderlerinin en uygun biçimde

[370] KESER, s.275.
[371] Y22HD. 26.01.2015T. 2015/466E.2015/1140K., sinerjimevzuat.com.
[372] KESER, s.277.

saptanmasına, görev ve gereklerine uygun niteliklerde işçilerin bulunup işe alınmasına, görev tanımlarına uygun niteliklerde işçilerin yetiştirilerek, işletmelerin amaçlarını ve görevlerini olması gereken kadro ile yürütülmesinin sağlanması amaçlanmaktadır[373].

Norm kadro uygulaması durumunda uygulamada sıklıkla karşılaşılan durum, yeni belirlemelerle ortaya çıkacak norm kadro sayısı, mevcut işletmelerde çalışan işçi sayısından az olmaktadır. Böylelikle işveren norm kadro uygulaması sonrasında zorunlu olarak, işgücü fazlalığını dengelemek adına bir kısım işçilerin sözleşmelerini işyeri ve işin gereklerine dayanarak feshetmektedir. İşverenin yeniden yapılanmaya karar vermesi tek başına geçerli bir fesih için yeterli sayılmayacak olup, alınan kararın uygulanmaya konulmuş olması gerekmektedir. İşverenin almış olduğu yeniden yapılandırma kararı kapsamında girişimci kararın uygulanması sonucunda, istihdam fazlası olarak görülen işçilerin iş sözleşmelerini feshi, belirli yükümlülüklerin işverence yerine getirilmesi halinde geçerli bir fesih teşkil edecektir.

Norm kadro uygulamaları, işyerinin işçi ihtiyacına, işçilerin işe alınmalarına, değerlendirilmelerine, terfi etmelerine ve emekliliğe kadar uzanan tüm işçi öngörülerinin yapılmasında alt yapı hizmetlerini görmektedir. Norm kadro oluşma süreci örgüt çözümlemesi, iş çözümlemesi, görev tanımları, görev gerekleri, norm kadro sayısının belirlenmesi aşamalarından oluşmaktadır. Norm kadro uygulaması sonucunda ortaya çıkacak olan norm kadro sayısı, işyerindeki norm kadro sayısından fazla yahut mevcut kadro sayısı ile eşit ise, bu uygulamaya dayanılarak kadro fazlalığından söz edilemeyeceği için, iş sözleşmeleri işletme, işyeri ve işin gereklerine dayanılarak feshedilemeyecektir.

İşverence işyerinde yeniden yapılanma ciddi ve gerçekten yapılmış olmalıdır. Çünkü sadece kağıt üzerinde kalan ve işçinin haklarını bertaraf etmek için göstermelik alınan yeniden yapılanma kararları geçerli bir feshe dayanak teşkil etmez. Başka bir söyleyişle, işverenin norm kadroya dayalı olarak yaptığı fesihlerde, yeniden yapılanmanın açıkça ortaya konması, belirlemelerin objektif ve somut olarak yapılması gerekmektedir. Yeniden yapılanma kararı işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

[373] KESER, s.278.

Özel sektörün yanı sıra devlet kurumlarında da norm kadro uygulamalarına sıklıkla yer verilmektedir. 5620 sayılı "Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına Veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"da [374] bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan geçici işçilerin sözleşmeli personel pozisyonlarına veya sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşul ve yöntemi düzenlenmiştir. 5620 sayılı Kanun belli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanma koşullarını taşımayan geçici işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bunlar haricinde kalan geçici işçiler, sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşullarını taşısın taşımasın iş sözleşmeleri anılan kanuna dayanılarak doğrudan feshedilemez.

Norm kadro uygulamasına ilişkin girişimci kararlar, mahkemelerce amaca uygunluk ve yerindelik yönünden denetlenemezler. İşyerinden kaynaklanan nedenlerde, işyerindeki yapıyı olduğu gibi korumak veya değiştirmek işverenin anayasa ile güvence altına alınmış olan özgürlükleri alanına gireceği için yargının denetim işlevi burada sınırlı olmaktadır[375].

İşverenin norm kadro uygulamasına ilişkin girişimci karar sonucunda, istihdam fazlası olarak ortaya çıkacak olan işçilerin sözleşmelerinin feshi durumunda mahkemelerce; önce tutarlılık; keyfilik; feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük- gereklilik denetimlerine tabi tutulacaktır. İşveren yeniden yapılanma tedbirini ciddi ve kalıcı biçimde uyguladığını, tutarlılık denetimi kapsamında ispatlamalıdır[376]. Bunun dışında girişimci karar; ispat yükü işçide olmak üzere, işverenin ekonomik ve işletmesel nedenler dışında bir saikle fesihte bulunduğu, bu hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir.

İşverence norm kadro uygulaması ve yeniden yapılandırma kararı doğrultusunda küçülmeye gidilmesi halinde, salt işverenin almış olduğu norm kadro uygulamasına ilişkin kararın alınması yeterli değildir. Yargıtay; *"davacının iş sözleşmesi, < ...yapılan norm kadro çalışması üzerine aynı işin daha az personel ile yapılabilmesinin mümkün olduğu tespit edildiğinden organizasyon yapılarının yeniden düzenlenmesi neticesinde personel maliyetlerinin azaltılması gereği doğduğunu, bu karar doğrultusunda işin ve işletmenin gereğince 5953 sayılı Yasanın 6. maddesi gereğince bildirim sürelerine ait ücret peşin ödenerek feshedildiği> görülmüştür. Mahkemece avukat*

[374] RGT. 21.04.2007T. R.G.NO:26500.
[375] ULUCAN, İş Güvencesi, s.60.
[376] Y9HD. 13.04.2017T. 2017/14972E. 2017/6455K., Y9HD. 13.04.2017T. 2017/14973E. 2017/6456K.; sinerimevzuat.com.

bilirkişiden rapor alınmış ve sonuç olarak davalı işverenin bir yandan kadro fazlalığı sebebine dayanırken diğer taraftan fesih öncesi ve sonrasında başka bölümler için dahi olsa davacıyla aynı görev tanımında bulunan yeni işçiler istihdam ettiği, böylece iş yerinde kadro fazlalığının olmadığı anlaşılmış olup bu nedenlerle davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından haksız yere feshedildiği kanaatiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa yukarıda belirtilen açıklamalar dikkate alınarak davalı işyerinde gerekirse keşif de yapılarak mali müşavir, insan kaynakları ve organizasyon alanında uzman ile davalı işyeri alanında uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak fesihten sonra davacı ile aynı görev tanımında yeni işçi istihdam edilip edilmediği, işletmesel kararın tutarlı uygulanıp uygulanmadığı, feshin keyfilikten uzak ve ölçülülük/feshin son çare olması ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tereddütten uzak şekilde belirlenerek sonuca gidilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır."[377] *yönündeki kararıyla* mahkemelerce hüküm kurulmadan önce isabetli olarak belirtilen hususların incelenmesi gerekeceğini belirtmektedir. Bu hususta;

- Mahkeme öncelikle feshe neden olan işverenin girişimci olarak verdiği kararın gerçeğe uygun olup olmadığını, bunun bir yeniden yapılanma veya işyeri içi kendini bağlayan bir karar olup olmadığını araştırılacaktır. Bu sebeple girişimci karar ve işyeri organizasyonundan anlayan bir bilirkişi veya gerekirse öğretim üyelerinin de aralarında bulunacağı bilirkişi heyeti ile işyerinde keşif yaptırılarak, fesih tarihinde işverenin norm kadro çalışması yapıp yapmadığı ve buna bağlı olarak girişimci kararın uygulanması ile işyeri kadrosunda fazlalık meydana gelip gelmediğinin tespit edilmesi,
- Bilirkişilerce yapılacak incelemelerde işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin, işyeri şahsi sicil dosyaları, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtları, işverenin aynı işkolundaki işçi sayısını, fesih tarihi öncesi ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirgeleri, işyeri kayıt ve bilançolarının incelemesinin yapılıp yapılmadığı,[378]
- İşyerinde, işyerinin faaliyeti konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla keşif yapılarak, işverenin mali ve ekonomik şartlarında değişiklik olup olmadığı, ne tür bir yeniden yapılanmaya gidildiği, buna ilişkin işverenin yetkili organınca alınmış bir girişimci karar olup olmadığı,[379]

[377] Y9HD. 21.03.2013T. 2012/26152E. 2013/2004K., sinerjimevzuat.com.
[378] Y22HD. 01.06.2012T. 2012/10524E. 2012/12124K.sinerjimevzuat.com.; Y9HD. 23.01.2014T. 2013/9387E. 2014/1455K. , ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.489.
[379] Y22.Hukuk Dairesi Esas: 2014/30083 Karar: 2014/32156 Karar Tarihi: 17.11.2014

- İş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı kadronun kaldırılıp kaldırılmadığı, fesih öncesi ve sonrası organizasyon şemaları temin edilerek, hukukçu, işletme yönetimi ve insan kaynakları alanında uzman üçlü bilirkişi heyetinden bu hususta rapor alınıp alınmadığı,[380]
- İş sözleşmesi feshedilen işçi dışında işçi çıkarılıp çıkarılmadığı, yerine yeni işçi alınıp alınmadığı, yahut iş sözleşmesi sonlandırılan işçilerin yerine başka bölümden işçi atanıp atanmadığı,
- Yeniden yapılandırmaya bağlı olarak norm kadro sayısı ile yapılan fesihlerin sayısının uyumlu olup olmadığı,
- Atama yapılan kadrolar ile iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde işverence objektif kriterlerin dikkate alınıp alınmadığı,
- İşçinin başka bir bölümde yahut benzer kadrolarda değerlendirilme olanağının olup olmadığı, işçinin özellikleri dikkate alınarak çalışabileceği boş kadrolarda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği,[381]
- İşverenin girişimci kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı,
- Toplu İşçi çıkarımı yapılan durumlarda, fesihlerin işverenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, Toplu İşçi çıkarmalarda Toplu İş Sözleşmesinde getirilen esaslara uyulup uyulmadığı,
- Bireysel olarak işçinin işinin ortadan kalkıp kalkmadığı ile feshin kaçınılmaz olup olmadığı[382]hususları mahkemelerce denetlenecektir.

Kadro azaltılması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlemede işvereni bağlayan bir kural bulunmadığı durumlarda ise, mahkemeler işverenin iş sözleşmelerinin feshinde objektif kritere dayanıp dayanmadığı konusunda denetim yapamayacaklardır. Nitekim Yargıtay, "*Davalı banka, iki bankanın birleşmesi dışında yeninden yapılanma kararı almış ve bu nedenle hukuk yönetiminde fazla olan avukatları çıkarma yoluna gitmiştir. Fesih nedeni birleşme yanında yeninden yapılanmadır. Yeniden yapılanma sonucu bazı hukuk uyuşmazlıklarının dışardan sözleşmeli avukata verildiği de saptanmıştır. Bu nedenler sonucu hukuk yönetiminde fazlalık teşkil eden avukatların iş sözleşmeleri davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Davalı işvereni işten çıkarılacakları belirlemede bağlayan bir kural bulunmamaktadır. Bozma soması bilirkişi tespitlerine göre işveren hukuk yönetimine yeni avukat almamıştır. Davalı işverenin tutarlı davrandığı da anlaşılmaktadır. Davalı işveren davacının daha önce görev yaptığı bölümde 3 avukat yerine 2 avukat*

[380] Y9HD. 23.01.2014T. 2013/9387E. 2014/1455K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.485.
[381] Y7HD. 16.04.2014T. 2014/4485E. 2014/8435K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.480.
[382] Y9HD.,15.10.2007, 2007/16150E., 2007/30227K., sinerjimevzuat.com.

ile işleri yürütme kararı almıştır. Bu üç avukat arasında işten çıkarılacağı belirlemede işvereni bağlayan bir kural olmadığına göre, mahkemenin fesihte objektif kriter bulunmadığı gerekçesi yerinde değildir. Ayrıca davacının çalıştığı bölümde hukuk hizmetinin 3 yerine 2 avukat ile yürütülmesi karan, yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Sonuç itibari ile davalı işverenin fesih işlemi, işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır."[383] yönündeki kararıyla isabetli olarak işverenin, iş sözleşmesinin feshinde objektif kritere dayanıp dayanmadığı hususunda denetim yapılamayacağına hükmetmiştir.

b. İşyerindeki Çalışma Bölümlerinin Kapatılmasına İlişkin Olarak Alınan Girişimci Kararlar

aa. Genel Olarak

İşyerinde daha önce görülmekte olan bazı iş türlerine gereksinim duyulmaması halinde, işveren tarafından kaldırılmak istenebilir. İşveren, işletmede meydana gelen fiziksel veya materyal değerler ile çalışanların niteliklerinde meydana gelen değişikliklere karşı işletme lehine önlem almak, işyeri örgütlenmesinde değişiklik yapmak ve bu arada, daha önce mevcut bulunan bazı bölüm veya bölümleri kapatmak isteyebilir. Yine bu durumda da, daha önce bu işlerde çalışmakta olan işçi veya işçilerin, işyerinde yapılan diğer işlere kaydırılması düşünülmelidir. Buna rağmen, işçilerin başka bir türünde görevlendirilmesi olanağı doğmadığı hallerde, iş sözleşmesi işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshi mümkün olacaktır. Özellikle kriz dönemlerinde ve işverenin almış olduğu tüm önlemlere rağmen zarar etmenin önüne geçilemeyen hallerde, işverenin alacağı tedbirlerden biri de işyerindeki bazı bölümlerin/birimlerin kapatılması olacaktır. Nitekim İş K. m.18'e ilişkin gerekçede bu husus, "işyerinin daraltılması" olarak ifade edilmektedir. Böylelikle işveren, işletmesini küçültme yoluna giderek bir anlamda daha fazla zarar etmekten kurtulup, aynı zamanda da kar getirmediğini düşündüğü bir bölümün faaliyetine son vermek istemektedir. Ancak küçülme kararı sonrasındaki işçi sayısının azaltılması yoluna gidilmesi için, işyerinin küçülmesini gerektiren ve işvereni bu hususta hareket etmeye zorlayacak durumun varlığının ispatlanması gerekmektedir. Aksi halde işverenin, keyfi olarak küçülmeye giderek, işçilerin haklarını korumasız bırakmanın yolunu deneyebilecektir.

İşveren almış olduğu işyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin girişimci kararı yürürlüğe koyduğunda; bu durumun zorunlu sonucu olarak bu bölümlerde çalışan işçilerin

[383] Y9HD. 09.02.2009T. 2009/1186E., 2009/1832K., sinerjimevzuat.com.

işsiz kalmalarına yol açacak olmasıdır. Ancak işyerinde reorganizasyon sonucunda mevcut birimin kaldırılması hali diğer koşulların da varlığıyla geçerli fesih hakkı doğurur. Bu anlamda, kapatılan bölüm veya bölümlerde çalışmış işçilerin son çare ilkesi de gözetilerek başka bölümlere kaydırılması gerekebilir. Yargıtay işçinin görev yapmakta iken çalıştığı pozisyonun lağvedilmesine karar verildiği durumlarda, işçiye teklif edilen yeni görevin eski göreve göre daha düşük pozisyonda bulunması halinde; oluşturulacak bilirkişi heyeti marifetiyle yapılacak keşif sonucu organizasyon yapısında değişiklik yapılmasına dair girişimci kararın işverence umulduğu iddia edilen fayda doğrultusunda hayata geçirilip geçirilmediği, yapıldığı ileri sürülen organizasyon değişikliğinin fiili olarak uygulanıp uygulanmadığı, bu bağlamda pozisyon ismi değişikliği ile davacının işinin başka bir çalışan aracılığı ile yerine getirilip getirilmediği, işlemin kişiye özel nitelik taşıyıp taşımadığı hususlarının mutlak suretle irdelenmesinin gerektiğini belirtmiştir[384].

İşverenin yeniden yapılanma gereği olmaksızın salt belirli bir kısım işçilerin sözleşmelerini feshedebilmek için işyerinin bölümlerini veya birimlerini kaldırması geçerli bir feshe dayanak oluşturamaz. Nitekim Yargıtay; "*Dosya içeriğine göre davacı, davalı şirketin Toptan ve Endüstriyel Satış Müdürü olarak çalışmaktadır. Davalı şirketin yönetim kurulunca organizasyondaki yalınlaşma kararı nedeniyle birim İkmal ve Toptan Satış Müdürlüğüne bağlanmış, davacını iş sözleşmesi de bu nedenle feshedilmiştir. Davacının yargılama sırasında verdiği 22.10.2012 havale tarihli dilekçede, 13.2.2012 tarihinde Akaryakıt Dışı Satış Müdürü, Karadeniz, İç Anadolu ve Doğu Anadolu Saha Satış Müdürü, 22.3.2012 tarihinde Orta Anadolu ve Karadeniz Bölge Saha Satış Müdürü, 10.4.2012 tarihinde Kurumsal Filo ve Kart Satış Departmanı Saha Satış Müdürü, Ege ve Akdeniz Bölge Müdürlüğü Saha Satış Müdürlüğü, 13.6.2012 tarihinde Orta Anadolu ve Karadeniz Saha Satış Müdürü kadrosuna eleman alındığının bildirilmesi karşısında işe alınan müdürlerin görevleri ile davacının nitelikleri karşılaştırılıp davacının alınan bu müdürlerin yerine ikame edilip edilemeyeceği, aralarında işletme yönetimi uzmanı, insan kaynakları uzmanı ve hukukçunun bulunduğu bilirkişi heyeti ile birlikte işyerinde keşif yapılarak, davalının fesihte dayandığı işletmesel kararın uygulanıp uygulanmadığını, sigorta bildirgelerinin temin edilerek işyerine fesih öncesi ve sonrasında davacının çalışabileceği pozisyona işçi alınıp alınmadığı, davacının başka bir yerde değerlendirilme imkanı bulunup bulunmadığı, yalınlaşma sonucunda davacının çalışabileceği, özgeçmişinde belirtilen niteliklerine uygun kadroların olup olmadığı, başka bir deyişle feshin son çare olması ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı konusunda rapor alınarak sonuca gidilmesi gerekirken eksik araştırma sonucu yazılı gerekçeyle feshin geçerli nedenle yapıldığı sonucuna*

[384]Y9HD. 9.05.2012T. 2012/10762E. 2012/16287T. , sinerjimevzuat.com.

varılarak davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir''[385]. Yüksek mahkeme benzer şekilde; *''somut uyuşmazlıkta şirketin organizasyon şemasının değiştirilmesi sonucu bu kararın fiilen uygulanıp uygulanmadığı, davacı yerine aynı görevi yapan bir kişinin istihdam edilip edilmediği, böylece ayrımcılık yapılıp yapılmadığı, ayrıca davacının çalışabileceği başka birimde görevlendirme imkanının olup olmadığı, boş kadronun bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir''*[386]. Yüksek mahkemenin bu yöndeki kararlarıyla da görüleceği üzere işçinin kaydırma ve başka bölümlerde görevlendirilmesinin olanaksız olduğu durumlarda, işverence yapılacak fesihlerin geçerli neden teşkil edeceği haklı olarak vurgulanmaktadır.

İşyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin girişimci kararla aynı kapsamda düşünülecek bir diğer girişimci karar türü de, belirli makinelerde çalıştırılan işçilerin, çalışmalarını sürdürdükleri makinelerin, işveren tarafından yıpranma, eskime, teknolojik uyumsuzluklar, ekonomik sebepler vs. gibi nedenlerle satması durumudur. Nitekim Yargıtay, makinelerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini makinelerin satılması sebebiyle işletme, işyeri ve işin gereklerine dayanarak feshedilmesini, feshin geçerli nedene dayanılarak yapıldığını kabul etmektedir[387].

bb. İşyerindeki Çalışma Bölümlerinin Kapatılmasına İlişkin Girişimci Kararın Uygulanmasında İşverenin İspat Yükü

İşverenin fesih gerekçelerinde samimi olması gerekmektedir. İşverenin yargılama sırasında girişimci kararın alınmasını gerekli kılan verileri ortaya koyması gerekmektedir. İşverenin gerçekte istemediği bir veya birkaç işçiden kurtulmayı planladığı durumlarda, işverence alınan girişimci kararlar keyfi kararlar niteliğinde olacaktır[388]. İşyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin almış olduğu girişimci karar sonrasında istihdam fazlalığının meydana gelmiş olması nedeniyle, bazı işçilerin iş sözleşmesinin işletme işyeri ve işin gereklerine dayalı geçerli sebep ile feshettiğini belirten bir işveren;

- Birimin veya bölümün kesin, sürekli ve kalıcı surette kapandığını,
- Birim veya bölümün kapatılması nedeni ile kadro fazlası oluştuğunu,
- Yeniden yapılanma çalışmaları içinde olunduğunu,

[385] Y7HD. 18.02.2013T. 2013/1190E. 2013/1212K., sinerjimevzuat.com.
[386] Y9HD. 13.04.2011T. 2009/46308E. 2011/11173K., sinerjimevzuat.com.
[387] Y9HD. 12.09.2005T. 2005/23269E., 2005/29440K., sinerjimevzuat.com.
[388] Y9HD. 22.10.2010T. 2009/31840E. 2010/30154K., sinerjimevzuat.com.

- Toplu iş sözleşmesinde yer alan ya da işverence açıklanan iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde objektif kriterler söz konusu ise, bunlara uyulduğunu,
- İstihdam edildiği bölümü kapatılan işçiye işyerinde başka bir görev teklif edildiğini, yahut başka bir birimde istihdam edilme olanağının bulunmadığını feshin kaçınılmazlığı ilkesi kapsamında ispatlamak durumundadır[389].

İşverence bölüm-birim kapatılmasına karar verilmesi ve bu girişimci kararın uygulanması sonucunda, istihdam fazlası meydana gelmesi halinde, işverence bu yönde verilen bir taahhüt yahut toplu iş sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm yoksa, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde işvereni bağlayıcı bir kural bulunmamaktadır[390]. Aksi halde işletmede emeklilikle ilgili girişimci karar olup olmadığı ve bunun çalışan herkese objektif olarak uygulanıp uygulanmadığının da ayrıca araştırılması gerekmektedir[391].

Yargıtay çalışma bölümlerinin kapatılması sonrası işverence girişimci karara dayanarak işçinin iş sözleşmesinin davalı işverenlikçe tamamen sendikaya üye olması, işyerinde sendikal faaliyeti örgütlemesi ve öncü durumunda olmasından kaynaklandığı hallerde, feshin sendikal sebeplerle yapıldığı, geçerli bir fesih sebebinin bulunmadığını haklı olarak belirtmektedir[392].

cc. Çalışma Bölümlerinin Kapatılmasına İlişkin Alınan Girişimci Karar Sonucu Yapılan Fesihler

İşyerindeki bazı bölümlerin, birimlerin kapatılmasına ve bu kapatmalar sonucunda istihdam fazlası olarak ortaya çıkacak olan işçilerin, iş sözleşmelerinin feshine ilişkin girişimci kararlar almaları, belirli koşullara uyulması halinde mahkemelerce feshin geçerli nedene dayalı olarak yapıldığı kabul edilecektir[393].

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihten önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltmak ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihten kaçınma imkanlarını kullanması, kısaca feshe son çare

[389] KESER, s.282.
[390] Y9HD. 23.12.2010T. 2009/43936E. 2010/39458K., sinerjimevzuat.com.
[391] Y9HD. 15.10.2010T. 2009/30680E. 2010/29165K., sinerjimevzuat.com.
[392] Y9HD. 16.09.2015T. 2015/24021E. 2015/25997K., sinerjimevzuat.com.
[393] Y9HD. 22.10.2010T. 2009/31834E. 2010/30149K., sinerjimevzuat.com.

olarak bakması gerekir. Nitekim Yargıtay, kasap olarak çalışan davacının iş sözleşmesi et ürünlerinin hazır paketli olarak mağazalara ulaşması amacıyla karkas et işlemlerindeki iş gücü ihtiyacının ortadan kalkması üzerine kasap usta pozisyonun kapatılması sonrası iş sözleşmesi feshedilen uyuşmazlıkta; davalı tarafından girişimci kararı ülke çapındaki mağazalarında tutarlı bir şekilde uygulaması, alternatif iş teklifini kabul etmeyen davacının iş sözleşmesinin feshinde işverenin fesihte keyfi davranmadığı, girişimci karar sonucu feshin kaçınılmaz bir hal aldığı, davalının ölçülü hareket ederek feshin son çare olması ilkesince hareket ettiği ve işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı belirtilmiştir[394].

Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir; "*.... Davalı işveren bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlamış ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan kurala uymuş ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalı işverenin işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde kendisini bağlayan kurala uyup uymadığı, davacıdan kıdemsiz ve performansı düşük işçilerin halen işyerinde çalışıp çalışmadığı ve işletmesel kararın performansa dayalı fesihler yapmak için perdeleme amacı taşıyıp taşımadığı yönünden somut olarak araştırma yapılmalıdır. Bunun için de işletmesel karara ilişkin belgelerin yanında, işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işe giriş tarihleri, performans kayıtları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılan işçilerin, işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ile performans kayıtları ve işletmesel kararın alındığı tarihteki tüm işçilerin performans kayıtları, fesihten önce ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirgeleri getirilmeli, işyeri merkezinde tüm işyeri kayıtları üzerinde keşif yapılarak, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yapılmalı ve yukarıda belirtilen ilkelere göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.*"[395]

Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere işyerindeki bir bölümün veya pozisyonun kapatılması sonucu ortaya çıkan işçi fazlalığı sebebiyle yapılacak fesihlerde mahkemelerce incelenecek olan hususlar şunlardır;

- İşyerindeki organizasyon şemasına göre sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı bölüm-birim veya pozisyonun gerçekten fiilen kapatılıp kapatılmadığı,

[394] Y22HD. 22.01.2015T. 2014/34156E. 2015/912K., sinerjimevzuat.com.
[395] Y7HD. 3.12.2014T.2014/15400E. 2014/21984K., sinerjimevzuat.com.

- Fesih gerekçesi yapılan konuda yazılı bir girişimci kararın getirtilip gerekli belgelerin toplanmasıyla, işyerinde ekonomik krizden, siparişlerin azalmasından ve teknolojik sebeplerden kaynaklı ne tür bir düzenlemeye (küçülmeye) gidildiği, durumun davacının departmanına ve pozisyonuna etkilerinin araştırılması,[396]
- İş sözleşmesi feshedilen işçinin kapatılan bölüm veya pozisyonda çalışıp çalışmadığı, bölüm-birimin kapatılması nedeniyle işçi fazlalığının oluşup oluşmadığı, oluşmuş ise fazlalık teşkil eden personelin sayısı,[397]
- İş sözleşmesi feshedilen işçinin başka bir pozisyonda veya işverene ait başka bir işyerinde değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı, şayet değerlendirilme olanağı var ise kapatılan bölümdeki personelin ne şekilde değerlendirildiği,
- Fesihten önce veya sonra işe alınanların sayısı ve nitelikleri, varsa alınan işçilerin yapacakları işlerin davacının niteliklerine uygun olup olmadığı veya kısa bir eğitimle bu işleri yapıp yapamayacağı konusunda alınacak bilirkişi raporu ile davacının da başka birimde çalıştırılmadığı yönünde itirazı ya da çalıştırılmaya yönelik talebinin bulunup bulunmadığı,[398]
- Toplu iş sözleşmesindeki hükümlere bakılıp bakılmadığı,
- Davalı işverence ne tür tasarruf tedbirlerinin alındığı[399]
- İşyerinde esnek çalışma yada kısmi çalışma, ücretli-ücretsiz izin kullandırılması gibi yöntemlerle istihdamı engelleyen pozisyonlara yeni işçi alınıp alınmadığının tespitinin yapılması,[400]
- İşletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen Mali Müşavir, İnsan kaynakları uzmanı, ve Endüstri Mühendisinden oluşan üç kişilik uzman bilirkişi heyeti aracılığı ile mahallinde inceleme yapılıp yapılmadığı,[401]
- Fonksiyon veya bölüm birleştirmesi söz konusu ise birleştirmenin yapıldığı fonksiyon ve bölümde iş gücünün nasıl karşılandığının tespitinin yapılması gerekmektedir. Yine Yargıtay "*Davacı kapatılan tesislerden birinde tahsilat sorumlusu olarak çalışmıştır. 26.12.2008 tarihli fesih bildiriminde bazı tesislerin kapatılması nedeniyle yaptığı göreve ihtiyaç kalmadığı ve niteliklerine uygun başka görev bulunamadığı belirtilmiştir. Ancak davacının dosyaya sunduğu 25.8.2009 tarihli iş ilanı ile davalının*

[396] Y22HD. 2.07.2014T. 2014/12467E. 2014/21258K., sinerjimevzuat.com.
[397] Y9HD. 4.10.2010T. 2009/27204E. 2010/26763K., sinerjimevzuat.com
[398] Y22HD. 26.01.2015T. 2014/36542E. 2015/1131K., sinerjimevzuat.com.
[399] Y7HD. 3.12.2014T. 2014/15400E. 2014/21984K., sinerjimevzuat.com.
[400] Y7HD. 31.03.2015T. 2015/185E. 2015/6000K., sinerjimevzuat.com.
[401] Y22HD. 26.01.2015T. 2015/466E. 2015/1140K., sinerjimevzuat.com.

Tekirdağ bölgesinde çalıştırılmak üzere pazarlama sorumlusu aradığı anlaşılmıştır. Davalıdan internette yayınlanan ilan ile ilgili diyecekleri sorulmalıdır"[402] yönündeki kararıyla, fesihten kısa bir süre sonra işçinin değerlendirilebileceği pozisyonlara yeni işçi alınıp alınmadığının da tespitinin yapılması gerektiği vurgulanmıştır[403].

İşverence alınan girişimci karar gereği işçinin çalıştığı departmanının ekonomik kriz sebebiyle küçülmesi ve organizasyon yapısının değişmesi nedeni ile davacıya uygun pozisyon bulunamadığını ve akdin feshi zorunluluğu doğduğu belirtilerek yapılan fesihlerde; Yargıtay işyerinde çalışma bölümlerinin kapatılması halinde mahallinde uzman bilirkişiler vasıtasıyla keşif yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğini vurgulamaktadır[404].

Yüksek mahkeme istikrarlı kararında, mahkemelerce yukarıda belirttiğimiz hususların yanı sıra yapacağı denetimde, işverenin aynı işkolundaki işçi sayısını ve işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren fesih tarihi ve SSK kayıtlarını, işçinin çalıştığı bölümün halen faal olup olmadığı,[405] işyerinde uzman bilirkişi aracılığı ile yapılacak keşif ve biri işyerinde yapılan üretim, diğerleri hukuk ve işletme konularında uzman olmak üzere üç kişilik uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile işyerinde yapılacak inceleme sonucu hazırlanacak raporlardan faydalanılarak hüküm tesisi yoluna gidilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. [406]

c.İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesine İlişkin Girişimci Karar Alınması

aa. Genel Olarak

İşletmelerin maliyetlerini azaltma ve istihdam biçiminde esnek yapıya kavuşma arzuları, işverenleri farklı çalışma metotlarına sürüklemiş, emek faktörü zaman içerisinde dışsallaştırılmıştır. İstihdamın dışsallaştırılması, ödünç ya da geçici iş ilişkisi yöntemine başvurularak gerçekleştirilmişse de zaman içerisinde bu yöntemin yeterince işverenlerin ihtiyaçlarına cevaz vermediği anlaşılmıştır. Alt işverenliğin, işgücünden tasarruf sağlama ve maiyetleri düşürme ve o alanda işçi çalıştırmaktan kurtulma imkanı yaratması sebebiyle işveren yönünden ekonomik işlevi de bulunmaktadır. Üretim sürecinin bir kısmının başka

[402] Y9HD. 24.12.2010T. 2009/43423E. 2010/40492K., sinerjimevzuat.com.
[403] KESER, s.284.
[404] Y9HD. 27.01.2011T. 2009/45286E. 2011/933K, Y9HD. 21.03.2013T. 2013/1449E. 2013/9837K., sinerjimevzuat.com.
[405] Y9HD. 27.01.2011T. 2009/45214E. 2011/916K., sinerjimevzuat.com.
[406] Y7HD. 11.11.2015T. 2015/21502E. 2015/22196K.; Y7HD. 31.03.2015T. 2015/185E. 2015/6000K.; Y22HD. 26.01.2015T. 2014/36543E. 2015/1132K., sinerjimevzuat.com.

işverenlere bağlı olan işçilerce yerine getirilmesi, asıl işveren yönünden karlılık oranlarında önemli artış sağlamıştır[407].

İşverenlerin, işçi sayısını azaltarak İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nun yükümlülüklerinden kurtulmak, sendikal örgütlenme ve toplu iş sözleşmesinin işverene yüklediği külfetlerden kurtulmak düşüncesi alt işverenlik ilişkisinin yaygınlaşmasını sağlamıştır. Bu nedenle işveren; ekonomik güçlükler, uzmanlık ve teknoloji gerekleri, reorganizasyon zorunluluğu gibi nedenlerle, alacağı girişimci kararla işyerindeki yardımcı işleri başka bir işverene gördürebilmektedir. Bu sebeple, alt işverene verilen işlerdeki işçilerin sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzenin dışına itilmesi, daha ağır şartlarda daha düşük ücret ve sosyal yardımlara sahip olmaları, işverenin anlaşmış olduğu işverenin işçileri iş yaptıkları işyerinin işçi sayısından sayılamayacak oluşu da ayrıca işveren için bir avantaj oluşturmaktadır[408].

Asıl işveren alt işveren ilişkilerinin yaygınlaşması uygulamada birçok sorunu da beraberinde getirmiş, işçilik alacaklarından hangi işverenin ne miktar ile sorumlu olması, muvazaa gibi pek çok sorunlar sıklıkla yaşanmaktadır. Ne var ki, alt işverenlik 80'li yıllarından ortalarından itibaren Türkiye'de iş yaşamının en çok sorun yaratan konularından birisi olmuştur. Bilhassa işverenlerin bu müesseseyi sendikal örgütlenmeyi engellemek ve toplu sözleşme düzeninden kaçmak için kullanmaları, 1475 sayılı yasa döneminde bu tarz uygulamaları engelleyici düzenlemeler olmamasına rağmen, Yargıtay muvazaalı alt işveren uygulamalarını önleyen kararlar vermesiyle işçilerin hakları korunmuştur.

Yasal şartlar haiz olduğu takdirde işyerinin bir bölümünde veya eklentilerinde asıl işverenden başka işverenler de işçi çalıştırabilirler. 4857 sayılı İK.'nun "tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinin 6 ncı fıkrası, asıl işveren-alt işveren ilişkisini; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki olarak tanımlamıştır. Asıl işverenin alt işverenin işçileri ile herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Buna karşılık, alt işveren kendi işçileri karşısında bir işveren niteliği taşır. Nitekim, İş Kanunun anılan hükmünde alt işvereni ifade etmek üzere

[407] SOYER, POLAT, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Alt İşveren-Asıl İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, I, Mart 2006, s.16.
[408] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 83-97; TOPÇU, Umut, İşçi Alacak Davaları ve Belirsiz Alacak Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012,s. 199.

"diğer işveren" terimine yer verilmiştir. Alt işveren, asıl işverene ait işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde kendisine iş akdi ile bağlı işçileri çalıştırır. Çalıştırdığı işçiler ücretlerini ve diğer haklarını ondan alırlar, onun yönetimine tabi olarak iş görme borçlarını yerine getirirler. Alt işverenin işçilerini çalıştırdığı işyeri bölümü, onlar yönünden ayrı bir işyeri anlamını taşır[409]

Alt işveren, asıl işveren karşısında işveren vekili konumunda olmayıp; asıl işverenle arasındaki hukuki ilişkinin dayanağı iş veya vekalet akdi de değildir. İstisna, kira, taşıma, vb. gibi sözleşmeleri ile alt işveren üstlendiği işi asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına kendi işçileriyle gördürmektedir. Hukukumuzda alt işveren kurumu İş Kanunun 2. maddesinin 6-9. fıkraları ile 27.09.2008 tarihli resmi gazetede yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliğinde düzenlenmiştir[410].

bb. Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesine İlişkin Girişimci Kararın Uygulanması Sonucu İş Sözleşmelerinin Feshi

Alt işveren uygulaması bir girişimci karardır[411]. Yasalara uygun bir alt işveren uygulaması, fesih için geçerli nedeni oluşturmaktadır.[412] Nitekim yüksek mahkeme bu hususta; "*Davalı işverenin, yardımcı hizmet niteliğindeki iş yeri hekimliği hizmetini, işe aldığı davacı ile yürüttüğü, ancak 25.07.2012 tarihli işletmesel karar uyarınca dışarıdan satın alınan iş sağlığı ve güvenliği uzmanı hizmetine ek olarak iş yeri hekimliği hizmetininde bizzat işverence takibi yerine uzman bir kuruluştan satın alınmasına karar verildiği ve bu karar kapsamında davacının iş akdinin sonlandırıldığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin yardımcı hizmet niteliğindeki iş yeri hekimliği hizmetini dışarıdan temin etmesine karar vermesi, alt işveren uygulaması ile ilgili bir işletmesel karardır. Bu hizmetin alt işverene verilmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca geçerlidir. Bu karar sonrası, işyeri hekimi olarak çalışan davacının, yaptığı iş dikkate alındığında iş yerinde başka bölümde değerlendirilebilme olanağı da bulunmamaktadır. Davalı işveren, aldığı işletmesel karar doğrultusunda istihdam fazlalığı yaratan davacının iş akdini geçerli nedenle feshetmiş olup, davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur*"[413] yönündeki

[409] YHGK. 6.6.2001T. 2001/9-711E. 2001/820K kararı ile. alt işverenin işyerinin, asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğunu belirtmektedir; SÜZEK, İş Hukuku, s. 159-161; TEPEDELEN, s. 9-14.
[410] RG.No:2070, RGT: 27.09.2008.
[411] Y9HD. 24.11.2008T. 2008/40264E. 2008/31891K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 498.
[412] Y9HD. 29.04.2014T. 2014/1458E. 2014/13768K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.497.
[413] Y9HD. 29.04.2014T. 2014/1458E. 2014/13768K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 497-499.

kararıyla yasalara uygun bir alt işveren uygulamasının, fesih için geçerli neden oluşturacağı belirtilmiştir.

İşverenin işyerinde yürüttüğü; mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilmesi halinde, işverence almış olduğu girişimci karar sonrasında yapacağı fesihlerin geçerli sebebe dayanıp dayanmaması uygulamada büyük önem taşımaktadır. İşyerindeki bazı işlerin işverence alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olabilmesi için, İş Kanunu uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır[414]. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan asıl işveren alt işveren ilişkisi, fesih için geçerli neden kabul edilemeyecektir. Aksi halde asıl işveren alt işveren ilişkisi muvazaalı sayılarak alt işveren asıl işveren ilişkisi geçersiz sayılarak, işverenin bu amaçla yapmış olduğu fesihler ise geçerli sebep olmadığı gerekçesiyle geçersiz olacaktır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz[415]. Ancak süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde yapılan fesih bildirimi ile iş ilişkisi sonra ereceğinden işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğinde olup, işçilik alacaklarından son alt işveren ve asıl işveren birlikte sorumludur[416]. Yüksek mahkeme alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayanmadığı sürece işçinin asıl işverene ait işe ve işyerine iadesine karar verilemeyeceğini, muvazaalı alt işverenlik ilişkisinde, işçiye karşı her iki işverenin birlikte sorumlu olacağını istikrarlı kararlarıyla belirtmektedir[417].

İş hukuku öğretisi ve Yargıtay uygulamasında yardımcı işlerde kurulacak alt işveren ilişkisinin, muvazaa oluşturmamak kaydıyla, kurulabileceği benimsenmektedir. Bununla birlikte, bir işin asıl iş mi yoksa yardımcı iş mi olduğu asıl işverenin faaliyet alanına göre değişebilmektedir. Bu sebeple her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

[414] YHGK. 02.02.2011T. 2010/21-739E., 2011/5K.; Y9HD. 11.07.2001T. 2011/19036E. 2011/23304K.; Y22HD. 27.05.2013T. 2013/11430E. 2013/12333K., sinerjimevzuat.com.
[415] Y9HD. 19.03.2013T. 2013/5579E. 2013/9297K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.147.
[416] Y9HD. 18.9.2008T. 2006/26306E. 2008/23980K.; Y9HD. 27.02.2014T. 2012/556E. 2014/6362K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 143.; Y9HD. 28.01.2014T. 2011/52475E. 2014/2093K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.147.
[417] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 99; Y22HD. 14.02.2014T. 2013/2938E. 2014/2289K.; Y7HD. 05.11.2013T. 2013/8957E. 2013/18355K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.153-156; Y9HD. 25.05.2017T. 2017/20673E. 2017/8868K., sinerjimevzuat.com.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, yüksek mahkeme asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık ölçütlerinin bir arada olması gerektiğini kabul etmektedir. Bu sebeple yüksek mahkemenin "teknolojik nedenlerle uzmanlık" koşulunu öne çıkaran kararları sebebiyle yasa da yer alan diğer unsurlar doktrinde tartışma konusu olmuştur. Doktrinde SÜZEK, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bölünmeden uygulanmasını, taşerona iş verilmesinde hem işletmenin ve işin gereği olma hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşullarının varlığını bir arada arayan yorum şekline üstünlük tanınması gerektiğini belirtmektedir[418].

Yargıtay, kanundaki şartlar gözetilmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağı gibi, iş sözleşmesinin feshinin de geçersiz olacağını belirtmektedir[419]. Yüksek mahkeme, işin alt işverene verilmesi kural olarak fesih için geçerli neden teşkil etse de, feshin son çare olması ilkesi kapsamında gerekli araştırmaların mahkemece muhakkak yapılması gerektiğini kararlarında sıklıkla vurgulamaktadır[420]. Yargıtay'ın istikrarlı kararları da bu doğrultudadır; *"Davalı işverence fabrikanın faaliyetinin durduğunu, alet ve ekipman için az sayıda güvenlik elemanı çalıştırıldığını, ancak daha sonra güvenlik hizmetlerinin özel bir güvenlik şirketinden temin edildiğini, davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiğini ileri sürmüştür. Davalı işverence güvenlik hizmetlerinin özel bir güvenlik şirketinden temin edilip edilmediği dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Öncelikle fesih tarihi itibari ile güvenlik hizmetlerinin dışarıdan temin edilip edilmediği araştırılmalıdır. Güvenlik hizmetleri dışarıdan satın alınmakta ise kural olarak bu nedenle yapılan fesih geçerli nedene dayanır. Belirtmek gerekir ki, yardımcı işin özel bir firmaya yaptırılmasına karar verilmesi, işletmesel bir karar olup, işverenin bu işletmesel kararı yargı denetiminin dışındadır. Başka bir anlatımla, mevcut personelle yapılabilecek bir iş olduğu gerekçesi ile hizmetin özel bir firmadan temin edilmesinin makul ve geçerli bir nedene dayanmadığını söylemek doğru olmaz. Bununla birlikte, güvenlik hizmetleri dışarıdan satın alınmış olsa bile fesih son çare olmalıdır. Davacının başka bir bölümde veya varsa işverenin başka bir işyerinde değerlendirilme olanağı araştırılmalıdır. Davacının başka bir*

[418] SÜZEK, s. 162-163; Aksi görüşte ise hem işletme ve işin gereği olarak hem de bundan ayrı olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren hallerde asıl işin bir bölümünün alt işverenlere verilebileceği yönündedir, detaylı bilgi için bkz. GEREK, Nüvit, ORAL, A. İlhan, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil I, Mart 2006, s. 31; Benzer görüşte SOYER, s. 19; SOYER, s.21.

[419] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 99-110; Y9HD. 28.01.2013T. 2012/23152E. 2013/3174K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.501

[420] Y9HD. 26.05.2008T. 2007/37487E. 2008/12511K; Y22HD. 14.02.2013T. 2013/1920E. 2013/2980K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.499.

bölüm veya diğer bir işyerinde değerlendirilme olanağı yoksa feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek işe iade isteğinin reddine karar verilmelidir.''[421]

Kanuna uygun kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi için, feshin alt işveren uygulaması sebebi ile işçi çıkarılmasına ilişkin bir girişimci karara dayanıldığı iddiasında mahkemelerce öncelikle;

- Alt işveren-asıl işveren uygulamasına ilişkin bir girişimci karar alınıp alınmadığı,
- Alt işverenlik sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesine uygun olup olmadığı,
- Alt işverene verilen işin, asli veya yardımcı iş olup olmadığı, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirip gerektirmediği,
- Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı,
- Alt işveren ilişkisi kurulan kişinin daha önce o işyerinde çalışıp çalışmadığı,
- İstihdam fazlası kabul edilen bölümdeki işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği,
- Fesih öncesi ya da sonrası yeni bir işçi alınıp alınmadığı,
- Sözleşmesi feshedilen işçinin başka bir bölümde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği [422] gibi kriterler incelendikten sonra tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi yapılarak, işverenin aldığı kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işverence alınan karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı denetlenecektir.

cc. Kamu Kuruluşları Lehine Getirilen Ayrıcalık

5538 sayılı Yasa[423] ile İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olan ortaklıklara dair

[421] Y9HD. 29.01.2007T. 2006/30093E. 2007/1246K., sinerjimevzuat.com, benzer yönde Y9HD. 28.01.2013T. 2012/23152E. 2013/3174K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 501-504.
[422] Y22HD. 02.03.2017T. 2016/33257E. 2017/4336K., Y22HD. 02.03.2017T. 2016/33247E. 2017/4326K., Y22HD. 02. 03.2017T. 2016/33260E. 2017/4339K., sinerjimevzuat.com.
[423] RGT:12.07.2006. R.G.NO:26226.

ayrık durumlar düzenlenmiştir. 5538 s. kanunun 18. maddesi ile İş Kanunun 2 nci maddesine asıl işveren alt işveren ilişkisinde kamu kurum ve kuruluşları lehine ayrıcalıklar getiren, bu kurum ve kuruluşlar için alt işveren uygulamasını kolaylaştıran 8. ve 9 uncu fıkralar eklemiştir. Böylelikle ilgili kurumlar, kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşlarıyla bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesi en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar belirtilen koşul ve sınırlamalara tabi olmaksızın, Kamu İhale Kanunu veya diğer yasa hükümleri çerçevesinde alt işverenlere çeşitli işler verebileceklerdir.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67 nci maddesi ile Belediyeleri asıl işlerini de 6 ncı fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. Buna göre belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işlerin ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilmesine imkan tanımıştır. Böylelikle 67'nci maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım, toplu taşıma işleri belediyelerin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2'nci maddesine böylelikle istisna getirilmiştir[424]. Bu durumda alt işverenlik uygulaması nedeni ile ortaya çıkan işgücü fazlalığı kural olarak fesih için geçerli sebep teşkil edecektir. Ancak İş sözleşmesi feshedilen işçinin belediyenin diğer ünitelerinde değerlendirilip değerlendirilmediği, yeni işçi alınıp alınmadığı, sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı bölüme ait işlerin gerçekten alt işverene ihale edilip edilmediği hususları mahkemece denetlenebilir[425].

Mevcut yasal mevzuat ile İş K. m. 2/6 ve 7 de öngörülen koşul ve sınırlamaların kamu kesimi işverenlerini bağlamaması, yasak ve sınırlamaların sadece özel kesim işverenler bakımından geçerlik taşıması amaçlanmış ise de; Yargıtay'ın da isabetli olarak belirtmiş

[424]Y9HD. 28.10.2008T. 2008/34502E. 2008/29419K.; Y9HD. 09.06.2008T. 2007/40942E. 2008/14420K.; Y9HD. 14.10.2015T. 2015/24166E. 2015/28559K., sinerjimevzuat.com.
[425] Y9HD. 11.12.2006T. 2006/30338E. 2006/32729K.; Y9HD. 21.03.2006T. 2006/5217E. 2006/7855K.; KESER, s. 291.

olduğu üzere; " Bu durum Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırıdır[426]. Aksi halde bir muvazaalı işlem kamu işvereni tarafından yapıldığında yasa gereği geçerli sayılıp, herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacak, buna karşılık aynı işlem özel kesim işvereni tarafından gerçekleştirildiğinde yasa dışı kabul edilerek yaptırım uygulanacaktır. Bu durumu fark eden Yüksek mahkeme Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverenlere verilmesinin muvazaa iddiasının araştırılmasına engel teşkil etmeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır"[427]. Nitekim Yüksek mahkemeye göre *"... Alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekleri 4857 sayılı Kanun'un 2. Maddesinin 6. Fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz.*" Yönündeki kararıyla söz konusu muvazaalı durumun İş Kanunun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, " *Belediyeler Kanunu'nun 67'nci maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır"* [428] yönündeki isabetli kararıyla muvazaa iddialarının ispatlanması halinde feshin geçersiz olacağına hükmetmektedir.

d. Çalışma Koşullarının Esaslı Şekilde Değiştirilmesine İlişkin Olarak Alınan Girişimci Karar Sonucu Fesih

aa. Çalışma Koşulları Kavramı

İş Hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki kavramların net olarak ortaya konulmasıdır. Çalışma koşulları iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü olarak, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcundan başlayan, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine,

[426] Y9HD. 24.10.2008T. 2008/33977E. 2008/28424K., sinerjimevzuat.com ; Benzer görüş için Bknz. SÜZEK, İş Hukuku, s.163.
[427] Y7HD. 22.05.2015T. 2015/9697E. 2015/9667K., sinerimevzuat.com
[428] Y9HD. 17.12.2015T. 2015/33444E. 2015/35945K., sinerjimevzuat.com.

izin sürelerinin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet, ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar olarak tanımlanır[429]. Yani daha genel bir tanımlamayla iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmektedir. Bu koşullarda yapılacak değişiklik iş sözleşmesi ile kurulan denge ve düzen ilişkisini bozduğu durumlarda esaslı sayılacak olup, işverene belirli koşullarla çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin tanınması ise Alman Hukukunda "değişiklik feshi" olarak tanımlanmaktadır[430].

İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği (m 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği m 41 ve 63), hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturmaktadır. Yine Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gibi kanunların hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkili olmaktadır[431]. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "*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 yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir, işçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir"* yönündeki düzenleme ile çalışma koşullarından neyin kastedildiği ifade edilmiştir[432]. Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler. Bu yönüyle Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik hakları çalışma koşulları belirlenirken göz önünde bulundurulması gerekmektedir[433]. Çalışma koşulları

[429] KESER, s. 311; SÜZEK, s. 678-679, benzer tanım yüksek mahkeme kararlarında da yapılmıştır: Y9HD. 27.10.2008T. 2008/29715E. 2008/28944K., sinerjimevzuat.com.
[430] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.224.
[431] ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s. 231-232; Y9HD. 23.12.2008T. 2008/13026E. 2008/33685K., sinerjimevzuat.com.
[432] Y9HD. 20.12.2010T. 2009/996E. 2010/39073K., sinerjimevzuat.com.
[433] Y9HD. 18.7.2008T. 2007/23508E. 2008/20604K., sinerjimevzuat.com.

belirlenirken, üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir[434].

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de önem taşımaktadır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir, işyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekecektir. İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması ve süregelen uygulamalar halinde gelmesi durumunda, bu uygulamalar çalışma koşullarını oluşturabilmektedirler[435].

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi gibi birçok konuyu düzenlemektedir. Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmediği müddetçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacaktır (6356 sayılı yasa m.6). Toplu iş sözleşmesinin hükümleri, işçi ve işveren arasında kanun gücünde etkiye sahip olup, toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması halinde, iş sözleşmesinin işçi lehine olan hükümleri geçerli olacaktır. Yasadaki bu hüküm emredici niteliktedir. Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamayacağı gibi, taraflar arasında yapılan değişiklikler yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğuracaktır[436].

bb. Esaslı Değişiklik Kavramı

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanmadığı gibi, kanunun 22 nci maddesinde, çalışma koşullarının tarafların karşılıklı rızaları ile değiştirilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı, işçinin unvan ve iş tanımında değişiklik, işçinin aynı işverenin başka şehirdeki bir

[434] Y9HD. 02.04.2009T. 2007/41138E. 2009/9238K., sinerjimevzuat.com
[435] Y9HD. 23.12.2008T. 2008/13026E. 2008/33685K.; Y9HD. 02.04.2009T. 2007/41138E. 2009/9238K., sinerjimevzuat.com; SÜZEK, s. 681-683.
[436] Y9HD. 21.2.2006T. 2005/38473E. 2006/4428T.; Y9HD. 18.7.2008T. 2007/23508E. 2008/20604K., sinerjimevzuat.com.

işyerinde çalışmak üzere tayin edilmesi, işyeri merkezinin başka bir şehir veya bölgeye taşınması vb. gibi ortaya çıkan sonucun işçi aleyhine sonuç doğurduğu durumlardır[437].

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur. İş ilişkisi süresince, çalışma hayatındaki birtakım zorluklar, riskler, işletmesel değişiklikler vb. gibi pek çok nedenlerin etkisiyle işverence, işletmesinin verimliliği ve karlılığı doğrultusunda birtakım girişimci kararlar alınabilir. Ancak işverenin yönetim hakkı Anayasa ile kanunların emredici düzenlemeleri, bireysel ve toplu iş sözleşmeleri hükümleriyle çelişmemelidir. Bu takdirde, çalışma koşullarındaki esaslı değişiklikler, işverence haklı bir sebebe dayandıkları ve işçi aleyhine olumsuz bir durum teşkil etmedikleri takdirde geçerli olacaklardır.

Yüksek mahkeme, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişikliklerin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararında ise; "*Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınmaması durumunda işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir*."[438] Yüksek mahkeme buna benzer pek çok kararında örnekler vererek, çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerin işçinin verimi, davranışları ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabileceğini belirtmiştir. Yüksek mahkeme bir kararında işverenin aldığı kararla yıllık izin süresini azaltması nedeni ile iş şartlarında esaslı değişikliğin ekonomik sebeplerle ve tasarruf tedbirine dayandığını kanıtlayamaması nedeniyle feshin geçerli sayılmamasına isabetli olarak karar vermiştir[439].

[437] Y9HD. 17.11.2015T. 2015/27488E. 2015/32721K., sinerjimevzuat.com.; KESER, s.315.
[438] Y9HD. 14.12.2009T. 2009/46109E. 2009/34662K.,sinerjimevzuat.com.
[439] Y9HD. 27.01.2014T. 2013/9128E. 2014/1814K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.493.

İş sözleşmelerine tek taraflı olarak işverence değişiklik yapma yetkisi veren maddeler konulması, doktrin ve Yargıtay kararlarında işverenin yönetim hakkının genişletilmesi olarak tanımlanmıştır. Tıpkı yönetim hakkının kullanılmasında olduğu gibi, genişletilmiş yönetim hakkının kullanılmasında da işveren bu hakkını kullanırken sözleşmedeki sınırlara bağlı kalmak ve hakkını kötüye kullanmamak suretiyle kullanabilecektir. Yargıtay'da aynı görüşte olup; "*Davacının Türkiye'de ve görevi belli iken, muğlak ve zamanı belli olmayan bir çok ülkede alt yapı oluşturulması ve şube yapılandırılması için görevlendirilmesi, görevlendirmenin birkaç unsuru taşıdığını göstermektedir. Bu durum davacı açısında beklenmez bir durum yaratmıştır. Davalı işveren özellikle davacının bu yerlerde görevlendirilmesinin zorunlu olduğunu ortaya koyamadığı gibi, muğlak görev ve belirlenemeyen zaman süresi ile görevlendirme yapılmasının objektif iyiniyet kuralı ile de bağdaşmadığı görülmektedir. İşveren tarafından gerçekleştirilen fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.*"[440] Yönündeki kararıyla işverenin sözleşmeden kaynaklanan değişiklik yapma yetkisinin sınırsız olmadığı ve bu yetkinin kullanılırken keyfi davranılmaması gerektiği isabetli olarak vurgulanmış olup, yine işçinin yeni görev tanımlarındaki belirsizliğin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağının belirtilmesi yerinde olmuştur. Yüksek mahkeme kararlarında, yönetim yetkisinin iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanıldığını işverenin kanıtlamak durumunda olduğunu belirtmektedir. Nitekim mahkeme bir uyuşmazlıkta görev yeri değişikliğinin objektif nedenlere dayandığı, davacının bu yeni görev yerine verilmesinin gerekçelerinin ne olduğunun işverence kanıtlanmaması durumunda, yönetim yetkisinin iyiniyetli kullanıldığından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir[441].

İş sözleşmelerinde işverene tek taraflı olarak genel bir biçimde değişiklik yapma hakkı veren hükümlerin bulunması durumunda, bu hükümlerin geçerli olup olmayacağı hususu doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, iş sözleşmesine böyle bir yetkinin verilmesi halinde işçinin önceden içeriğini bilemeyeceği koşulları peşinen kabul etmiş olacağını, bu durumun da belirsizlik yaratacağını belirterek, bu tarz düzenlemelerin geçerli olmayacağı yönünde görüş bildirmişlerdir[442]. İşçinin kabul iradesinin söz konusu olması için değişikliklerin net olarak ortaya konulması ve işçinin değişiklikleri somut olarak algıladıktan sonra iradesini ortaya koyması gerekmektedir. Bu nedenle işçinin tek taraflı olarak işçinin değişiklikleri kabul edeceğini belirten hükümlerin konulması aynı zamanda

[440] Y9HD. 24.11.2015T. 2015/23380E. 2015/33399K., sinerjimevzuat.com.
[441] Y9HD. 24.03.2014T. 2012/4972E. 2014/9790K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 573-581.
[442] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.226; SÜZEK, s. 697.

TBK m. 24 bağlamında yazılmamış sayılacaktır. Nitekim TBK. m. 25 uyarınca, sözleşmenin yapılması sırasında işveren işçiye sözleşme koşulları hakkında açıkça bilgi vermesi halinde sözleşme koşulları kabul edilmiş sayılacaktır. Aksi halde sözleşmede yer alan ve tek taraflı olarak genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da düzenleme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılacaktır[443].

Yüksek mahkeme işletmesel gereklilik gerekçe gösterilerek çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı ve aleyhe değişiklik niteliğinde olup olmadığı ve değişikliğin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı hususunda uzman bilirkişilerden rapor alınarak sonuca gidilmesi gerektiğine işaret etmiştir[444].

İşçinin acil ve arızi durumlarda görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması çalışma koşullarının değiştirilmesi sayılmaz. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmeli; aynı şekilde 4857 sayılı İK.'nun 42 nci çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma da işçinin kabulüne bağlı bir çalışma olmayıp, yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekmektedir.

aaa.Geçici İş İlişkisi

4857 sayılı İK.'nun 7 nci maddesi uyarınca, işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur[445]. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahiptir[446].

Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir[447]. İşverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme

[443] EREN, s.215.
[444] Y9HD. 30.01.2014T. 2013/17138E. 2014/2608K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.490.
[445] "Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür" Değişik Cümle RGT: 30.06.2012, RG NO: 28339 Kanun No: 6331/32.
[446] SÜZEK, s. 292-294.
[447] Y10HD. 2011/14930E. 2012/18742K., sinerjimevzuat.com.

borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur[448]. Kanundaki bu yükümlülüklerin dışında kalan ve yasadan kaynaklanan yükümlülüklerden kural olarak her iki işverende birlikte sorumlu olmaktadırlar. Bu hususun aksi kararlaştırılarak geçici iş ilişkisi kurulan işveren bu tür sorumluluklardan kurtulabilir[449].

Geçici iş ilişkisinin kurulması bireysel bir işlem olup, niteliği gereği topluca uygulama alanı bulmayıp, her işçi ile ayrı ayrı sözleşme yapılması gerekmektedir. İşverenin geçici iş ilişkisine yazılı olarak rıza göstermeyen işçisinin sözleşmesini rıza göstermemesi nedeniyle, bu nedenle yaptığı fesih işlemi geçersiz olacaktır. İşçinin bu işlemi kabul etmemesi, işverence işçinin iş koşullarının değiştirilmesi olarak değerlendirilemez. Zira işçi işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyeri olan başka bir işverene gönderilmek istenmektedir. İşverenin işçinin rızası olmaksızın bu uygulamaya gitmesi halinde, işçi yeni işverene ait işyerinde iş başı yapmaz ise bu durumda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak değerlendirilecektir[450].

Geçici iş ilişkisinin kurulması bir iş ilişkisinin devri olmadığı gibi, işçinin iş görme borcunun devri anlamına da gelmeyecektir. Nitekim bu ilişkide iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçinin, iş sözleşmesinde ve iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarında ve de sözleşmenin tarafı olan işverende bir değişiklik olmaksızın, geçici bir süre ile bir başka işveren nezdinde işçinin kendi rızası ile çalışması söz konusu olmaktadır[451]. Ancak bu uygulamaya ilk işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi süresi sona eren geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverenin işçisi olarak çalışmaya devam etmişse, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin sözleşmesini feshederek ayrıldığı kabul edilmektedir[452].

Uygulamada geçici iş ilişkisi benzeri işlemlerle işçiler istihdam edilmektedir. Bu gibi durumlarda iş sözleşmesi tarafı gibi gösterilen işveren, esasında bir başka işverenin seçtiği ve işyerinde çalıştırılmak üzere işe aldığı işçiyi kendi işçisi gibi göstermekte ve onunla iş sözleşmesi yapmaktadır. Böylelikle işçi, iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin işyerinde değil bir başka işverenin yanında çalışmaktadır. Bu durumda da iş sözleşmesinin tarafı gibi gözüken işverenler herhangi bir mal ve hizmet üretmedikleri halde sayıları hayli fazla olan işçileri çalıştırıyor gibi gözükmekte ve bu yoldan yasaya aykırı bir biçimde kendi işçi gibi

[448] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, s.127.
[449] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, s. 127-128.
[450] Y9HD. 27.09.2007T. 2006/37441E. 2007/28505K., KESER, s. 318.
[451] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, s.128.
[452] Y9HD. 16.06.2008T. 2007/41042E. 2008/5622K. , sinerjimevzuat.com.

gösterdiği işçisini başkasına kiralamaktadırlar. Yüksek mahkeme bu hususta yaşanan uyuşmazlıklarda başlangıçtaki kararlarında, bu tür bir çalışma ilişkisini asıl işveren alt işveren ilişkisi içerisinde gerçekleştiğini kabul etmiştir[453]. Ancak sonradan görüş değiştiren yüksek mahkeme bu hususta yaşanan bir uyuşmazlıkta şu gerekçeyle "*Mahkemece, muvazaa konusundaki deliller toplanmadan yazılı şekilde red kararı verilmesi hatalıdır. T. Holding AŞ Hukuk Müşavirliğince Ö.O'ya yazılan 4.11.2003 tarihli ve 29500 sayılı noter ihtarnamesindeki açıklamalardan aralarındaki alt işverenlik sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunun getirdiği hükümler nedeniyle yenilenmeyeceği bildirilmiştir. Gerek bu açıklamalardan ve gerekse taraflar arasında yapılan sözleşmelerden işin bir bölümünün verilmesi niteliğinde olmayıp işçi temin etmek mahiyetinde olduğu izlenimini vermektedir. Ö.O'nun, AŞ'nin eski bir işçisi olması da dikkat çekicidir. Öncelikle bu deliller hep birlikte değerlendirilmeli, davalılar arasında muvazaanın mevcut olup olmadığı kesin olarak saptanmalıdır*" haklı bir tespitle olayı alt işveren-asıl işveren ilişkisi içerisinde görmeyip, hatta bir bakıma işçi kiralaması olarak nitelendirmiştir[454].

bbb.İş Sözleşmesinin Devredilmesi ile İşyerinin Devri

İş sözleşmesinin devriyle işçi, işveren ve iş sözleşmesini devralan işveren arasında işçinin rızasının alınarak gerçekleşen ve işçinin devralan işverene hizmet vermesini öngören ve geçici iş ilişkisi kapsamında olmayan ilişkiyi ifade etmektedir. Burada işyeri devri gerçekleşmemekte, aksine bir işverene ait işçinin, bir başka işverene ait işyerine nakli söz konusu olmaktadır. Tıpkı geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, iş sözleşmesinin devri anında da işçinin yazılı rızasının bulunması gerekmektedir. İşçinin iş sözleşmesinin devrini kabul etmediği durumlarda ise; işverence işçinin iradesi olmaksızın bu uygulamaya gidilmesi ve işçinin diğer işverene ait işyerinde iş başı yapmaması durumunda, işverence iş sözleşmesinin geçerli neden ile feshi mümkün olmayacaktır[455].

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlardan biri de süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve onun işçilerinin yeni alt işveren emrinde çalışmaya devam etmesidir. Alt işverenlerin değişmesi genellikle, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işverene nezdinde aynı işyerinde çalışmaya

[453] ULUCAN, Devrim, Y9HD. 08.07.2004E. 2004/17098E. 2004/17431K. Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, S. 3, Y. 2004, s. 145-148.
[454] Y9HD. 08.07.2004E. 2004/17098E. 2004/17431K., EYRENCİ/TAŞKENT/ULUAN, s. 130.
[455] TEPEDELEN, s.29; SÜZEK, s. 202-208.

devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmeyip, tam tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi anlamında bir işyeri devri olarak kabul edilmektedir. İşçiye ayrıca yapılan bir fesih bildirimi olmadığı müddetçe işyeri devri iş ilişkisini sona erdirmez. 4857 sayılı İş Kanunun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılacaklardır[456]

İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşamasıdır. Bu nedenle işyeri devri çalışma şartlarında değişiklik olarak yorumlanamaz ve bu nedenle işçiye fesih hakkı vermez. İşyeri devri çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığına bakılması gerekmektedir[457].

İşyerinin tümünü veya bir bölümünü devreden veya devralan işveren, ekonomik ve teknolojik sebepler ya da iş organizasyonu değişikliğinin gerektirmesi durumunda o işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilir. İşyeri devri için işçinin rızasına gerek yoktur. İşyeri devri, bir hukuki ilişkiye dayalı olarak yapılmaktadır. İşyeri devrinde devreden işveren, kıdem tazminatından çalışma süresi ve devir anındaki ücretle, devralan işveren ise son ücret ve tüm süre üzerinden sorumlu olmaktadır. İş ilişkisinin devamı sırasında gerçekleşen işyeri devirleri bakımından devralanın sorumluluğu ve devredenin ise kendi dönemiyle sınırlı 2 yıl için sorumluluğu benimsenmiş olup, Yargıtay ilke kararlarında da bu sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmiştir.

İşyeri devri hususunda mahkemece, ticaret sicil kayıtları, SGK kayıtları, devir ile ilgili kayıt ve belgeler getirtilmeli, işyerinin devredilip devredilmediği hiçbir kuşkuya yer vermeksizin araştırılmalıdır[458]. Yargıtay tüm işçilerin iş sözleşmesini fesheden işverenin daha

[456] Y22HD. 09.04.2013T. 2013/20545E. 2013/7578K. ; Y9HD. 05.07.2012T. 2012/16813E. 2012/26638K., sinerjimevzuat.com.
[457] Y9HD. 11.7.2008T. 2007/23953E. 2008/19878K.; Y9HD. 27.10.2005T. 2005/5396E. 2005/34825K., sinerjimevzuat.com.; Y9HD. 20.01.2014T. 2011/51011E. 2014/507K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.250.
[458] Y7HD. 25.04.2014T. 2014/4329E. 2014/8980K.; Y22HD. 02.04.2014T. 2013/2501E. 2014/1391K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.234-237.

sonra işyerini başka bir işverene devri halinde işveren aleyhine açılan işe iade davalarında, davalının işyerini devretmiş olması sebebiyle işçileri çalıştırabileceği bir işyeri olmadığı gerekçesiyle, işe iade isteklerinin reddine karar vermiştir[459].

cc. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişikliğin İşçi Tarafından Kabul Edilmemesi Sonucu İş Sözleşmelerinin Feshi

Girişimci karar sonucunda yapılan organizasyon değişikliğine dayanan çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine yapılan fesih, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığı kabul edilmektedir. İşveren fesihten önce iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamak amacıyla, çalışma koşullarında esaslı değişiklik dahil, işyerinde alınabilecek tüm önlemlere başvurmak ve feshi en son çare olarak düşünmek zorundadır. İşveren tarafından alınan girişimci karar sonucunda, yapılan organizasyon değişikliği çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik meydana getirecek ise izlenecek yol İş K. 22. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, İş K. m. 22 uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmek için işverence değişiklik teklifinin yazılı olarak işçiye bildirilmesi zorunludur[460]. İşçinin de bu teklife yazılı olarak onay vermesi gerekmekte olup, işçinin değişikliği altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ettiği durumda çalışma koşulu işçi aleyhine değişmiş olacaktır. İşçi tarafından altı işgünü içerisinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler ise işçiyi bağlamayacaktır[461].

Değişiklik teklifi işçi tarafından 6 işgünü içerisinde kabul edilmediği yahut işçi çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği kabul etmeyip, işyerinde çalışmaya devam ettiği hallerde, değişiklik işçiyi bağlamayacak olup, işveren değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşuluyla iş sözleşmesini feshedebilecektir[462]. Değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin yazılı belirtilmesi geçerlilik koşuludur[463]. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma şartlarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi aynı zamanda şartlarının uygulanmaması anlamına geldiğinden, aynı Kanun'un 24/II- f. bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih sebepleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı

[459] GÜNAY, s.166; Y9HD. 23.12.2004T. 2000/10726E. 2000/29238K., sinerjimevzuat.com.
[460] Y22HD. 29.09.2015T. 2015/22462E. 2015/25927K., sinerjimevzuat.com.
[461] Y22HD. 08.10.2015T. 2015/23361E. 2015/27931K., sinerjimevuzat.com.
[462] Y22HD. 23.02.2015T. 2015/4509E. 2015/6855K., sinerjimevzuat.com.
[463] KESER, s.322.

ödenmelidir[464]. Yüksek mahkeme bir uyuşmazlıkta davalı şirketin bünyesinde Edirne şubesinde iş akış sorumlusu olarak çalışan davacının, iş sözleşmesindeki, "personel geçici veya daimi olarak işin ve işyerinin değiştirilmesine şimdiden muvafakat eder" hükmüne rağmen, davacının İstanbul Genel Müdürlüğünde görevlendirilmesini işçi aleyhinde esaslı bir değişiklik olarak nitelendirmiştir. Yüksek mahkeme davacının eşinin Edirne'de çalışıyor oluşunu, çocuklarının Edirne ilinde okumasını da gerekçe göstererek, iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı nedenlerle feshedilmiş sayılacağına karar vermiştir[465]. Ancak işverence yapılan değişikliğin işçi yararına olduğunun açıkça görüldüğü durumlarda, işçinin değişiklik sonrası çalışmayı kabul etmemesi işverene haklı nedenle fesih hakkı verecektir[466]. Yine yüksek mahkeme bir başka uyuşmazlıkta davalıya ait işyerinde kaynakçı olarak çalışan davacının bu görevden alınarak daha ağır koşullar ve kanser riski taşıyan parlatma bölümünde görevlendirilmek istenmesi üzerine işyerini terkederek iş akdini eylemli biçimde sona erdirdiği, bu durumda da işçinin eylemli feshinin haklı nedene dayandığı belirtilmiştir[467].

Yargıtay iş sözleşmesinin içeriğinin birkaç unsur açısından değiştirilmesinin teklif edildiği hallerde, değiştirilmesi teklif edilen birkaç unsurdan sadece birisinin kabulünün işçi açısından beklenemez olduğuna karar verilirse, değişiklik feshinin tamamının geçersiz olduğuna hükmetmektedir.[468] Uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan biri iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması halidir. Bunun yanı sıra iş sözleşmelerinde büyük çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvan, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, sözleşmesi yapılan işçilerin uyması gereken tüm kuralları içeren sözleşme şablonlarının bulunmayışı, standart sözleşmelerin her iş tipine ve işe göre farklılık arz edebileceğinin de gözetilmemesi vb. gibi nedenlerle çalışma koşullarının tespitinde uygulamada pek çok sorun yaşanmaktadır. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü ise işçidedir. Çalışma koşullarında yapılacak bir değişiklik işçi tarafından açıkça kabul edilmiş olabileceği gibi, kabul iradesi onun davranışlarından da anlaşılabilir. Bu hususta Yargıtay, işçinin yazılı kabulü olmasa dahi, değişikliği kuşkuya yer vermeyecek tarzda kabul anlamına gelecek davranışlar sergilemesinin söz konusu değişikliklere işçinin rıza göstermiş sayacağını kabul etmektedir[469].

[464] Y9HD. 26.03.2014T. 2012/5399E. 2014/10344K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.581.
[465] Y9HD. 14.05.2014T. 2012/10473E. 2014/15663K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 559-566.
[466] EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.225; KESER, s.323.
[467] Y9HD. 24.03.2014T. 2012/5432E. 2014/9770K., Y9HD. 26.03.2014T. 2012/5399E. 2014/10344K., Y7HD. 25.09.2013T. 2013/7954E. 2013/15427K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 566-573, 581.
[468] Y9HD. 02.04.2009T. 2007/41138E. 2009/9238K., sinerjimevzuat.com.
[469] Y9HD. 02.06.2008T. 2007/39341E. 2008/13324K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 492.

İşçinin aldığı ücret miktarının düşürülmesi, ikramiyenin veya sosyal yardımın kaldırılması, işçinin işyeri organizasyonunda mevcut görevinden daha alt seviyedeki bir göreve atanması, çalışma koşullarının ağırlaştırılması gibi durumlar, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22 nci maddesi anlamında iş sözleşmesinin içeriğinin işçi aleyhine değiştirilmesi anlamına gelmektedir[470]. Bu tür değişiklikler, yukarıda sözü edilen kurallar doğrultusunda ancak işçinin yazılı onayı ile yapılabilir. İşçinin açıkça onay vermediği esaslı değişiklikler işçiyi bağlamaz[471]. Ücret indirimine dair esaslı değişikliğin işçi tarafından açıkça kabul edilmemesine rağmen ödeme döneminde daha az ücret ödenmesi, hatta bu ödemeye dair ücret bordrosunun işçi tarafından imzalanması durumunda dahi işçinin fark ücret isteme hakkı devam eder. Ancak işçinin yazılı rızasıyla ücret değişikliğini ve ücrette azalmayı kabul ettiği hallerde, işçinin artık ücretinde azalmayı gerekçe göstererek fark ücret talep etmesi ise hukuken korunmayacaktır. Yüksek Mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır[472].

Yargıtay işverence tek taraflı olarak yapılan ücret kesintisinin uzunca bir müddet sürmesi halinin işyeri koşulu teşkil edip etmediğine ilişkin uyuşmazlıkta; Yüksek Mahkemece "*Davacı işçi 2009 yılından itibaren çıkılan her seferde harcırahlarının 100 Avro eksik ödendiğini beyan ederek sefer priminden yapılan kesinti nedeniyle eksik ödenen harcırahların tahsilini talep etmiş, davacı tanıkları iddiayı doğrulamışlardır. Mahkemece söz konusu kesintinin 2009 yılından itibaren uygulandığı ve davacının da bu şekilde çalışmaya devam ettiği, uygulamanın işyeri şartı haline geldiği gerekçesiyle sefer primi alacağı talebinin reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç hatalıdır. 4857 sayılı yasa döneminde işçi aleyhine yapılan her değişikliğin 22. madde uyarınca yazılı yapılması ve işçinin yazılı muvafakatının bulunması şarttır. İşçi aleyhine yapılan değişikliğin 22. maddedeki usul dışında yapılması nedeniyle işyeri şartı haline geldiği kabul edilemez. Bu nedenle dosyadaki bilgi ve belgeler değerlendirilerek varsa davacının talebinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçeyle reddi bozmayı gerektirmiştir*."[473] yönündeki haklı tespiti, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 62 nci maddesiyle de uyumludur. Nitekim 62 nci maddeye göre "*Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz*" şeklindeki düzenleme emredici niteliktedir. Böylelikle işverenle işçinin karşılıklı anlaşarak ve ileriye dönük olarak her zaman asgari

[470] Y9HD. 07.09.2015T. 2015/22617E. 2015/24603K., sinerjimevzuat.com.
[471] Y22HD. 25.11.2015T. 2015/29923E. 2015/31647K., sinerjimevzuat.com.
[472] Y22HD. 03.03.2015T. 2015/4565E. 2015/8653K.; Y22HD. 10.09.2015T. 2015/19105E. 2015/24822K., sinerjimevzuat.com.
[473] Y9HD. 25.05.2015T. 2015/1915E. 2015/1900K. ; Y22HD. 08.10.2015T. 2015/23364E. 2015/27934K.; sinerjimevzuat.com.

ücretin altına da inmemek şartıyla ücrette indirim yapılabileceği kabul edilmiştir. Tamamen tek taraflı yapılan, tarafların anlaşmasına dayanmayan ücret kesintisinin uzunca bir müddet sürmüş olmasının riskini işçi değil, işveren üstlenmelidir. Bu itibarla uzunca bir müddet tek taraflı olarak uygulanan ücret kesintisinin işyeri şartı sayılmayacağı yönündeki yüksek mahkeme kararı yerinde olmuştur.

Yüksek mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta işverenin ekonomik tedbir ve tasarruf nedeninin gerekçe göstererek, işyeri düzenlemesi ve uygulaması ile yasal izin süresinden fazla olarak kullandırılan izin sürelerini yasal izin sürelerine çekme kararı alıp bu değişikliği kabul etmeyen işçilerin sözleşmelerinin feshedildiği bir uyuşmazlıkta, davalı işverenin aldığı kararın izin süresini azaltması nedeni ile iş şartlarında esaslı değişiklik olduğunu belirtmiştir[474]. İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi uygulamada çok sık rastlanılan sorunların başında gelmektedir. Yargıtay eski tarihli kararlarında, işverene nakil yetkisi veren sözleşme hükümlerini geçerli sayarak, bu duruma uymayan işçinin sözleşmesinin haklı nedenlerle feshedilebileceğini içtihat edinmişti[475]. Ancak daha sonra ise görüş değişikliğine gidilmiştir. Buna göre; işçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında alternatif tedbirler arasında iş şartlarında ve sözleşme değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise ve bu kapsamda bir çalışma yerinde çalıştırılabilecekse değişiklik feshine başvurulmaması gerekir[476]. Yargıtay kararlarında işyerinin aynı il sınırları içerisinde değiştirilmesinin esaslı değişiklik olarak kabul edilmediği belirtilmektedir. Ancak yüksek mahkeme işçinin yeni görevlendirilen işyerinin uzaklığı nedeniyle görevlendirmeyi kabul etmediği durumlarda, delil durumuna göre, işçinin çalıştığı ve ikamet etmekle olduğu yer ile görevlendirildiği işyeri arasında önemli bir mesafenin bulunması, ücret seviyesi dikkate alındığında; işçinin çalıştığı yer ile ikamet ettiği yer arasındaki mesafenin büyük önem taşıdığı hallerde çalışma koşullarında esaslı değişiklik olacağı belirtilmektedir[477].

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü ise işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup

[474] Y22HD. 2011/8475E. 2011/11529K.; Y 9HD. 27.01.2014T. 2013/9128E. 2014/1814K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 493-494.
[475] Y9HD. 21.09.2004T. 2003/21979E. 2004/19484K., sinerjimevzuat.com.
[476] Y9HD. 18.02.2008T. 2008/8543E. 2008/409K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 492; Y22HD. 2.03.2015T. 2015/5100E. 2015/8450K., sinerjimevzuat.com.
[477] Y22HD. 25.06.2014T. 2014/8909E. 2014/19152K., sinerjimevzuat.com.

olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır. Yüksek mahkeme ; "*Davacı davalı işverenlikte resepsiyonist olarak çalışmaktayken davalı işveren tarafından davacıya işyerinde uygulanan yüzde-puan ücret sisteminin kaldırıldığı belirtilerek çalışma koşullarında değişiklik yapıldığı yazılı olarak bildirilmiştir. Davacı tarafından bu teklifin kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı yargılama sırasında değişikliğin davacının aleyhine olmadığı konusunda açıklamalarda bulunulmuş bu kapsamda bir rapor sunulmuştur. Mahkemece davalı tarafından sunulan Ücret yönetim sistemi-bilimsel görüş raporu ve bu rapor içerisindeki verilerek değerlendirilerek davacıya yapılan teklifin genel itibariyle lehine bir teklif olduğu, işletmesel gerekliliklere dayalı olarak yapıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de, davalı tarafından sunulan rapor üzerine dosya kapsamında bütün deliller toplanıp bağımsız bilirkişi incelemesi yaptırılması hatalıdır. Buna göre dosya kapsamında tüm deliller toplanarak işletme yönetimi alanında, mali alanda ve iş hukuku alanında uzman üçlü bilirkişi heyetinden gerekirse keşif yapılmak suretiyle işletmesel gereklilik gerekçe gösterilerek çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı ve aleyhe değişiklik niteliğinde olup olmadığı ve değişikliğin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı konusunda alınacak rapor değerlendirilmek suretiyle feshin geçerli olup olmadığına karar verilmesi gerekirken eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir*"[478]. Yargıtay işverence çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesine ilişkin olarak alınan girişimci kararı sonrasında, işçi tarafından değişiklik teklifinin kabul edilmemesi üzerine gerçekleştirilen fesihlerde şu hususların irdelenmesi gerektiğinin altını çizmektedir:

- Çalışma koşullarının tespitinin yapılması,
- İş sözleşmesi, personel yönetmeliği yahut işyeri uygulamalarına aykırı hususun bulunup bulunmadığı,
- İşçinin işinin değiştirilmesinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığı,[479]
- İşçinin önceden yaptığı işlerin kim tarafından yapıldığı, işçinin önceki yaptığı iş ile sonraki yaptığı işin karşılaştırılarak yeni teklif edilen işin önceki konumuna göre alt görev niteliğinde olup olmadığı[480],
- İşçinin ücret, unvanında azalma meydana gelip gelmediği,

[478] Y9HD. 30.01.2014T. 2013/17138E. 2014/2608K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 490- 493.
[479] Y7HD. 25.09.2013T. 2013/7954E. 2013/15427K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.581.
[480] Y7HD. 09.03.2015T. 2015/2843E. 2015/3938K., sinerjimevzuat.com.

- Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeden yahut daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirir tedbirlerin mevcut olup olmaması,
- İşletmesel gereklilik gerekçe gösterilerek çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı ve aleyhe değişiklik niteliğinde olup olmadığı ve değişikliğin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı hususunda uzman bilirkişilerden rapor alınıp alınmadığı,[481]
- İşverenin değişiklik teklifinin iş sözleşmesinin tek alternatifi olduğu ve başka bir önerinin de yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda, işçiye yapılan teklifin kabul edilmesinin beklenebilir olup olmadığının da denetiminin yapılması,[482]
- Değişiklik teklifinin eşit davranma ilkesini ihlal edip etmediği,
- Yönetim yetkisinin iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanıldığını ispatlamak durumunda olan işverenin, görev yeri değişikliğinin objektif nedenlere dayandığının ve yeni görev yerine verilmesinin gerekçelerinin neler olduğunun işverence kanıtlanıp kanıtlanmadığı[483] hususlarının mahkemelerce incelenerek, geçerli sebebin varlığının tespitinin yapılması gerekmektedir.

e. Ekonomik, Teknolojik ve Yapısal Nedenlerle Toplu İşçi Çıkarılmasına Yönelik Alınan Girişimci Kararlar

aa. Toplu İşçi Çıkarma Kavramı

Ekonomik bunalım dönemlerinde talep azalmasına bağlı olarak üretimin düşmesine bağlı olarak işletmelerin başvurdukları başlıca yol maliyetleri azaltmak ve işçi çıkarma yoluna gitmektir. Çoğu kez işten çıkarmaların topluca yapılması nedeniyle bu durum ülkenin toplumsal ve siyasal düzenini de yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeple toplu işçi çıkarmaların usulü ayrı bir düzenleme ile sağlanmıştır[484].

İş K. m. 29, işçilerin topluca işten çıkarılmalarını belli bir usul içerisinde düzenlemiştir. Bu anlamda, İş K. m. 29/II de; " İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir. "İşyerinde çalışan işçi sayısı: 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on işçinin,301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, ,işine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde

[481] Y9HD. 30.01.2014T. 2013/17138E. 2014/2608K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 490-493.
[482] Y7HD. 26.05.2014T. 2014/3992E. 2014/11287K., sinerjimevzuat.com.
[483] Y9HD. 24.03.2014T. 2012/4972E. 2014/9790K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.573.
[484] AKTUĞ, s.137.

son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır" hükmüne yer vermiştir. Toplu işçi sayısına, belirli, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, kısmi süreli iş sözleşmesiyle, çağrı üzerine çalışanlar dahildir. Ödünç alınan işçi ile mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçiler, işverene bağlı olarak çalışmayan alt işveren işçileri, söz konusu hesaplamama da dikkate alınmazlar[485].

158 sayılı Sözleşmenin 13 ve 14 ncü maddeleri ekonomik, teknolojik ve yapısal nedenlere bağlı olarak işveren tarafından iş ilişkisine son verilmesi halinde işletilmesi gereken hususlar düzenlenmektedir. Buna göre 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 13 ncü maddesi; "*1- Ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle hizmet ilişkilerine son vermeyi düşünen işveren: a) İlgili işçi temsilcilerine, düşünülen son verme işlemlerinin nedenleri, bu işlemden etkilenecek işçi sayısı ve grupları ve son verme işlemlerinin ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleştirileceği de dahil olmak üzere gerekli tüm bilgileri zamanında sağlar. b) İlgili işçi temsilcilerine, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak, mümkün olduğunca önceden, ilgili işçiler için her nevi son verme işlemini önlemek veya asgariye indirmek amacıyla alınacak önlemleri ve bu işlemlerin işçiler üzerindeki olumsuz etkilerini, başka iş bulmak gibi önlemlerle hafifletmek amacıyla alınacak önlemleri danışma fırsatı tanır. 2- Bu maddenin 1 inci bendinin uygulanması, bu Sözleşmenin 1 inci maddesinde belirtilen uygulama yöntemleriyle, hizmet ilişkisine son verilmesi düşünülen işçi sayısının, en azından belirli bir sayıya veya personel sayısının belirli bir yüzdesine ulaştığı hallerde sınırlandırılabilir. 3- Bu maddenin uygulanmasında "İLGİLİ İŞÇİ TEMSİLCİLERİ" deyimi, işçi Temsilcileri Hakkında 1971 tarihli Sözleşmeye uygun olarak ulusal mevzuat ve uygulamada benimsendiği şekliyle işçi temsilcileri anlamına gelir"* şeklinde düzenlenmiştir. **Sözleşmenin Yetkili Makama Bildirim başlıklı 14 ncü maddesi ise şöyledir***;" 1-İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzer nedenlerle hizmet ilişkilerine son vermeyi düşündüğünde, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak, son verme işlemlerini mümkün Olduğu kadar önceden yetkili makama bildirir ve bildirimde söz konusu son verme işlemlerinin yazılı gerekçeleri dahil bu işlemlerden etkilenecek işçi sayısı ve kategorileri ve son vermenin uygulanacağı süre hakkında bilgiler verir. 2- Ulusal mevzuat, bu maddenin 1 inci bendinin uygulanmasını, hizmet ilişkisine son verilmesi düşünülen işçi sayısının en azından belirli bir sayıya veya personel sayısının belirli bir yüzdesine ulaştığı hallerde sınırlandırılabilir. 3- İşveren, yetkili makamı, bu maddenin 1 inci bendinde belirtilen son vermelerden, son verme işlemlerine başlanmadan ve ulusal mevzuatla belirlenecek asgari bir süre öncesinden haberdar eder*"

[485] AKTUĞ, s.139; CENTEL, s.202.

yönündeki düzenleme ile sözleşmenin; ekonomik veya teknolojik yahut yapısal ya da benzer nedenlerle işten çıkarılmak istenen işçi sayısının, belirli bir sayıya veya personel sayısının belirli bir yüzdesi'ne ulaşmasını toplu işçi çıkarma olarak kabul ettiği görülmektedir.

Konuyla ilgili Avrupa Birliği'nin 1998/58 sayılı "Toplu İşçi Çıkarmalarda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Denkleştirilmesi" başlıklı yönergesi de bir başka uluslararası belgedir[486]. İş K.m.2'daki tanımın 158 sayılı sözleşme ile uyumlu olduğu görülmektedir.

bb. Toplu İşçi Çıkarılmasına Yönelik Alınan Girişimci Kararlar

Toplu işçi çıkarabilme nedenleri ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri olarak kanunda sınırlı olarak gösterilmiştir. İşverenin ekonomik güçlüklere dayanabilmesi için, ekonomik neden oluşturacak durumun, iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde etkileyecek nitelikte olması gerekmektedir. Geçici durumlar, basit ciro kayıpları toplu işçi çıkarmaya yol açabilecek nitelikteki nedenler arasında sayılmamaktadır.

Hızlı tüketim toplumunun getirdiği teknolojik değişimler, işletmenin piyasada rekabet gücünü arttırıp, yadsınamayacak düzeyde işletmeye kar kazandıracağı açıktır. Ancak gelişmiş yeni teknolojinin işgücüne olan ihtiyaçları ortadan kaldırması kaçınılmazdır. Bu sebeple işyerinin teknolojik olarak yenilenmesi, bazı işçilerin istihdam olanaklarını da yitirmesi anlamına gelmektedir[487].

Yapısal nedenle işten çıkarmalar, değişen piyasa koşullarının bir başka etkisidir. Sürekli kendisini yenileyen piyasa koşulları aynı sirkülasyonu işletmelerde de istemekte, hızlı sirkülasyona yetişemeyen işletmeler ise mecburen piyasa koşullarının zorlamasıyla, işyerinde yeniden örgütlenme gereksinimi duymaktadırlar. Bu değişim genellikle, işyerinin küçülmesi veya daralması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bazı bölümlerin kapatılması, belirli mal ve hizmetlerin üretimine son verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Nitekim yaşanan değişim sonrasında işletmede istihdamı olanaklı bulunmayan işçilerin sözleşmelerinin topluca feshine gidilmektedir[488]. Toplu işçi çıkarmada iş güvencesi hükümleri çerçevesinde işverene tanınmış olan fesih yetkisinin temel dayanağını, AY. m. 48'de düzenlenen girişim özgürlüğü oluşturmaktadır.

[486] CENTEL, s.199.
[487] CENTEL, 201; SÜZEK, s. 627-628.
[488] CENTEL, s.201.

Toplu işçi çıkarma yoluna gitmek isteyen işveren feshi; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sebeplerine dayandırmak zorunda olup, bu durumu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirecektir. İşyerinde çalışan işçi sayısı: 20 ile 100 işçi ile, en az 10 işçinin, 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, işine 17 nci madde uyarınca bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılacaktır. Bu hükümle fesihlerin engellenemez olduğu durumlarda ise feshe maruz kalan işçilerin korunması amaçlanmaktadır[489]. Söz konusu yapılacak bildirimde işçi çıkarmanın sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur. Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınacak olup, görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenecektir. Fesih bildirimleri ise, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracaktır. İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlü olacaktır. İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağıracak olup, mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işlerin niteliğine bağlı olarak yapılıyorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanamayacaktır[490].

İşveren ancak belirli nedenlere dayalı olarak işçileri topluca işten çıkarabilir. İşveren, toplu işçi çıkarma hükümlerini, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını önlemek amacıyla kullanamaz. Toplu işçi çıkarma nedenlerinin gerçekleşmediği, yani ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri dışında feshin gerçekleştiği durumlarda; Toplu çıkarılan işçiler, fesih bildiriminin ulaştığı tarihten itibaren bir aylık süre içinde İş Kanunun 20'nci maddeleri uyarınca dava açabileceklerdir. Topluca işten çıkarılan işçilerin dava açabilmeleri için iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları şarttır. İş K. m. 29, toplu işçi çıkarma sırasında işverenin, bazı yükümlülükleri yerine getirmesini düzenlemiş olmasına

[489] AKTUĞ, s.139.
[490] SÜZEK, s. 629-631.

rağmen, işverenin söz konusu yükümlülüklere uymaması, feshin geçersizliğine yol açmamaktadır[491]. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesindeki prosedüre uymamanın, yani önceden kurumlara bilgi vermeme ve sendika ile görüşmemenin yaptırımı feshin geçersizliği olarak öngörülmüş değildir. Bu maddedeki yükümlülüğe uymamanın yaptırımı olarak aynı yasanın 100. maddesinde yer alan idari para cezası öngörülmüştür. Buna göre 29 uncu maddesinde belirtilen hükümlere aykırı olarak işçi çıkaran işveren veya işveren vekiline işten çıkardığı her işçi başına 2018 yılı için 693 TL para cezası kesilmektedir. Bu nedenle toplu işten çıkarma kuralına uymama, iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılmayacak olup, Yüksek Mahkemenin içtihatları da bu yöndedir[492].

İşveren toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümleri 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz; aksi halde işçi bu maddelere göre dava açabilecektir.(İK. m.29/7). Mahkemece yapılacak denetimde; işçinin fiilen işe iade edileceği işyeri kalıp kalmadığı, çıkartılan işçinin yerine başka bir işçi alınıp alınmadığı, işletmenin işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklı yapılandırmalar sonucu işçinin işyerinde çalışma imkanının ortadan kalkıp kalmadığı araştırılacaktır.[493] Nitekim Yargıtay, "*Somut olayda, dosyaya sunulan basın haberlerine göre fesihten kısa bir süre sonra ..... fabrikasında 410 gönüllü işçi ..... 'nin talebi üzerine Temmuz ayına kadar geçici süre ile .....işyerine kaydırılmıştır. Feshin kaçınılmazlığı yönünden ve işverenle sendika ile yapılan mutabakata göre davacının .....işyerinde görev tanımına ve yaptığı işe göre somut olarak değerlendirme olanağı olup olmadığının araştırılması gerekir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır*"[494] yönündeki kararıyla işçinin çalışma imkanının ortadan kalkıp kalkmadığına vurgu yapmıştır[495].

[491] CENTEL, s.204.
[492] Y22HD. 9.09.2014T. 2014/19249E. 2014/23334K.; Y22HD. 9.09.2014T. 2014/16787E. 2014/23257K.; Y9HD. 29.01.2007T. 2006/29843E. 2007/1029K., sinerjimevzuat.com.
[493] Y22HD. 9.09.2014 T., 2014/19249E., 2014/23334K. ; Y22HD. 9.09.2014T., 2014/16787E. 2014/23257K., sinerjimevzuat.com.
[494] Y9HD. 06.12.2010T. 2010/6058E.2010/36339K., sinerjimevzuat.com.
[495] MÜLGA İBARE RGT: 26.01.2012 RG NO: 28185 KANUN NO: 6270/17.

f. Şirket Birleşmelerinde Ortaya Çıkan İstihdam Fazlasının Giderilmesine Yönelik Alınan Girişimci Karar

aa. Şirket Birleşmesi Kavramı

Küreselleşme ile sürekli artan rekabet olgusu şirketleri de etkilemekte, şirketlerin varlığını sürdürebilmek için doğru zamanlarda birtakım kararları almaya mecbur bırakmaktadır. Şirketler satın alma, birleşme ve işbirliği olarak tanımlanan işletme dışı büyüme stratejilerini kullanarak büyüme yoluna gitmektedirler. Şirketlerin birleşme stratejileri izlemeleri küresel faaliyet göstermelerine imkan sağladığı gibi, vergi avantajı, güçlü imkanlar vb. pek çok avantajlardan faydalanmalarının da önünü açmaktadır[496]. İşverenlerin işletme dışı büyüme stratejilerini kullanarak gerçekleştirmiş oldukları şirket birleşmeleri, bu şirketlerde çalışan işçiler, hakları, birleşmeler sonrasında ortaya çıkacak olan istihdam fazlalığı gibi sorunlar uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardır.

Şirket birleşmesi mevzuatımızda öncelikle mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunun[497] 146 ile 151 inci maddeleri arasında ve 451 ile 454 üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu'muzda ticaret şirketlerinin birleşmesi, m. 136-158'de düzenlenmiştir. TTK. 136'da birleşmenin tanımı ve türleri yer almaktadır. Buna göre birleşme, birden çok şirketin içlerinden birinin veya yeni kurulacak bir şirketin çatısı altında, malvarlıklarını tasfiye etmeksizin bir araya gelmeleri ve birleşen şirket ortaklarının, bir değişim ölçüsüne göre birleşilen ortaklıktan pay almaları olarak tanımlanmaktadır[498].

Birleşmenin iki türü, kanunda açıkça gösterilmiştir: Devralma yoluyla birleşme ve yeni kuruluş yoluyla birleşme (m.136/1). Bir şirketin diğer şirket tarafından devralması yolunda birleşme durumunda, devralan şirketin tüzel kişiliği sona ermesine karşılık, devralan şirketin tüzel kişiliği devam etmektedir. Devralınan şirketin varlıkları ve borçları devralan şirkete geçmektedir. Yeni şirket kurulması yolu ile sağlanan birleşmelerde ise, her iki şirketin tüzel kişiliği sona ermekte ve yeni bir tüzel kişilik oluşturulmaktadır. Bu tür birleşmelerde birleşen şirketlerin varlıkları ve borçlarının tamamı yeni kurulan şirkete devredilmesi söz konusudur. Birleşme tamamlandığında, birleşen şirketler ticaret sicilinden silinir. Bu tür birleşmede, TTK. ve Koop K.'nın ayni sermaye konulmasına ve asgari ortak sayısına dair hükümleri dışındaki maddeleri, yeni şirketin kuruluşuna uygulanır (m.143).

---

[496] KESER, s.304.

[497] RGT: 09.07.1956. R.G.No:9353.

[498] Ayrıntılı bilgi için bkz. BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, 11. Baskı, İstanbul 2016, s.60-69; TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.679-680.

Birleşme, ticaret siciline tescille geçerlilik kazanacaktır. Birleşme ile birlikte, başka herhangi bir koşul olmaksızın, tüm aktif ve pasifler ile tüm ortaklık hakları devralan şirkete geçmektedir. Bir şirketin diğer bir şirketi devralması yoluyla birleşme durumunda, uyuşmazlıklarda İş Kanununda bu hususta 6 ncı madde de düzenlenen işyeri devri ile ilgili kurallar uygulama alanı bulmaktadır. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar açısından, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları aynı Kanun'un üçüncü fıkrasında belirtilmiş, devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır. Söz konusu madde de ayrıca, devreden veya devralan işverenler işçilerin iş sözleşmelerini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyecekleri ve devrin işçi yönünden de fesih için haklı sebep oluşturmayacağı da belirtilmektedir. Ancak devreden veya devralan işveren ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallerde bu hususları ispat etmek suretiyle işçilerin iş sözleşmelerini feshedebileceklerdir[499].

İşyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. Nitekim Yargıtay'ın istikrarlı kararları da bu doğrultudadır; "*İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir. Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden*

[499] BOZKURT, Tamer, Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, 7. XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.407; Y9HD. 24.02.2005T. 2004/2679E. 2005/6297K., KESER, s. 306.

itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır."[500] Bu durumda işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır.[501].

bb. Birleşmelerde İstihdam Fazlasının Giderilmesine Yönelik Olarak Yapılan İş Sözleşmelerinin Feshi

Dış etkenler bazında gelişen ve iç ekonomiye de yayılan küresel krizler, zamanla şirket gelirlerinde azalmaya, karlarda düşüşe sebep olabilirler. Bu sebeple piyasa koşullarına direnen şirketler personel yapısını ve organizasyon şemasını gözden geçirebilir, alınabilecek genel tedbirlerin yanı sıra iş gücünü azaltma yönünde kararlar alabilirler. Bu sebeple şirket birleşmeleri sonucu, yeni şirket tarafından birleşme ve personel fazlalığı sebebine dayalı olarak işçi çıkarılmasına ilişkin, girişimci kararlar alınması uygulaması çalışma hayatında sıkça görülmektedir.

Şirket birleşmeleri sonucu ortaya çıkacak olan yeni organizasyon şemalarında bazı birimlere yer verilmeyebileceği, bazı birimlerin kapatılması, kadroların kaldırılması, benzer birimlerin ise ortak bir çatıda toplanması durumlarının hepsi personel fazlalığının doğmasına sebebiyet verecektir[502].

Uygulamada bilhassa grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bunun dışında aynı gruba bağlı şirketlerin ana şirket (Holding) etrafında birleştikleri, aynı gruba bağlı ana şirket dışında, ana şirketin asıl faaliyet alanına dahil asıl veya yardımcı işler dahil, değişik faaliyet alanlarında birden fazla şirket kurulduğu, özellikle

[500] Y22HD. 19.02.2015T. 2015/1894E. 2015/620K., sinerjimevzuat.com.
[501] Y9HD. 8.12.2015T. 2015/9255E. 2015/34753K.; Y22HD. 26.01.2015T. 2015/875E. 2015/1153K.,sinerjimevzuat.com.
[502] KESER, s.307.

ana şirket personel yönetmeliğinin tüm şirketlere uygulandığı, şirketler arasında bu yönetmelik kapsamında işçi nakillerinin de olduğu görülmektedir [503] . Yargıtay, çıkan uyuşmazlıklarda grup şirketlerinden bir şirketin diğer şirketle birleşmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, istihdam fazlalığı meydana geleceğinin açık olduğunu; Ancak davacının birleşen şirket dışında diğer şirketlerde değerlendirme olanağının olup olmadığının somut olarak araştırılması gerektiğini belirtmektedir[504]. Nitekim işveren feshin son çare olma ilkesini göz önünde bulundurarak, işçiye başka bir görev veremiyor yahut önerilmesine rağmen işçi tarafından kabul edilemiyorsa, ortaya çıkan personel fazlalığı sonucu, işçiyi istihdam etme olanağının ortadan kalktığı kabul edilebilecektir.

İşverenin iş sözleşmesindeki nakil yetkisine dayanarak işçisini grup şirketlerinden biri olan başka bir işverende işletme gereklerinden çok, işçinin bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırması gerekçesiyle çalıştırmak üzere görevlendirildiği bir uyuşmazlıkta; Yargıtay bu durumun bir hizmet akdi devri olduğunu, geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranması gerekeceğini, hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerektiğine işaret etmiştir. Dahası işçinin iş sözleşmesine başlangıçta diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olmasının bu olguyu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir[505]. Yüksek mahkemenin bu yöndeki kararı son derece isabetli bir karardır. Nitekim konuya ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olmaktadır. Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi, ödünç alanın işçisi olarak devam edeceği için dolayısıyla her iki tarafın ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılacaktır. Hizmet akdi devri, üçlü bir hukuki ilişki olup, devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akdi devri konusunda iradelerin birleşmesi esastır. İşçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinde, işverence işçinin iş koşullarının değiştirilmesi olarak değerlendirilemeyecektir. Zira burada söz konusu olan durumda işçi, işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyeri olan diğer bir işverene gönderilmek istenmektedir. Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde de bu rızanın devir anında olması gerekir. Ayrıca TBK m. 429'un açık düzenlemesinde de hizmet

[503] SÜZEK, s. 153-154.
[504] Y9HD. 02.11.2009T. 2009/1917E. 2009/29704K., sinerjimevzuat.com.
[505] Y9HD. 16.06.2008T. 2007/41042E. 2008/5622 Karar Tarihi: 16.06.2008, sinerjimevzuat.com.

sözleşmesinin ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği belirtilmektedir. Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmayacak olup, yüksek mahkemenin bu yöndeki kararı son derece yerinde olmuştur.

Şirket birleşmeleri sonucunda, işyerinin birleşme nedeni ile devrinden sonra yeni işyerinde işgücü fazlalığı ortaya çıktığı durumlarda, işverenlerce çeşitli kriterler kullanılarak işçilerin işten çıkarılmasına ilişkin girişimci kararlar alınabilmektedir. Şirket birleşmesi sebebiyle işyerinde gerçekten işgücü fazlalığının doğduğu durumlarda, işveren işgücü fazlalığını dengelemek için, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde dikkate alınacak kriterlerin objektif ve genel olarak uygulanması gerekmektedir[506].

Şirket birleşmeleri sonucu, organizasyon değişikliği sonrasında, işçinin kadro yapısında ve görev tanımında meydana gelen esaslı değişiklikleri kabul etmemesi, işçinin önceki pozisyonuna uygun bir işin bulunamaması sonrasında, personel fazlalığı sonucu işçiyi istihdam etme olanağının kalmadığı ve feshe son çare olarak bakıldığı durumlarda işverence yapılan fesih geçerli olacaktır. Nitekim Yargıtay'ın istikrarlı kararları da bu doğrultudadır: *"Dosya içeriğine göre davacının daha önce çalışmakta olduğu D. Türk Tütün AŞ.nin S. Tütün İhracat San.Tic.A.Ş. bünyesinde birleştirildiğini, S. Tütün AŞ. Yönetim Kurulunun 7.10.2005 tarihinde aldığı birleşme kararı sonucunda yeniden yapılanmaya gidildiği, devralan S. Tütün AŞ.nin unvanının devir işleminden kısa bir süre sonra A. One Tütün AŞ. olarak değiştirildiği, birleşme ve yeniden yapılanma nedeniyle personel fazlalığı doğduğu belirtilerek İş Kanunu'nun 29. maddesi çerçevesinde işçi çıkarılmaya başlandığı, davacının iş sözleşmesinin de bu kapsamda feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren ile işyerinde örgütlü sendika arasında yapılan 19.10.2005 tarihli toplantıda işçi çıkarılırken gönüllü ayrılmak isteyenlere, emekli statüsünde çalışanlara ve emekliliğe hak kazanmış olmakla beraber çalışmaya devam edenlere öncelik tanınması kararlaştırılmıştır. İki şirketin birleşmesi sonucu insan kaynakları yöneticileri sayısında fazlalık meydana gelmesi kaçınılmazdır. Diğer yandan, dosya içeriğine göre davacının 4.4.2005 tarihinde SSK'dan tahsis talebinde bulunması üzerine 1.5.2005 tarihi itibariyle yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Başka bir anlatımla davacı emekli olmasına rağmen çalışmaya devam eden konumundadır. Bu durumda insan kaynakları yöneticisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi belirtilen kriterlere uygun olarak feshedildiği de göz önünde*

[506] Y9HD. 11.12.2006T. 2006/24963E. 2006/32630K.; Y9HD. 11.12.2006T. 2006/24963E. 2006/32630K., sinerjimevzuat.com.

bulundurulduğunda feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Mahkemece işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır."[507]

Böylelikle şirket birleşmeleri sonrasında, yeni şirket tarafından birleşme ve personel fazlalığı sebebine dayalı olarak yapılan iş sözleşmelerinin feshi söz konusu olduğunda, yapılanma sonrası istihdam fazlalığı sonrasında, işçinin kadro yapısında ve görev tanımında meydana gelen esaslı değişiklikleri kabul etmemesi, işçinin kendisine uygun pozisyonda uygun iş bulamaması, personel fazlalığı sonrasında işçiyi hiçbir şekilde istihdam etme olanağının ortadan kalktığı durumlarda, yüksek mahkemenin de kararlarında belirttiği gibi işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli bir fesih olarak kabul edilecektir.

cc. Birleşmelerde İstihdam Fazlasının Giderilmesine Yönelik Alınan Girişimci Kararın Uygulanmasında İşverenin İspat Yükü

Şirket birleşmesi sonrasında, istihdam fazlalığının meydana geldiği ve iş sözleşmesi feshedilen işçinin hizmetine ihtiyaç kalmadığı hususlarının işverence ispatlanması gerekmektedir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, ise birleşme sonrası yeniden yapılanmaya gittiğini, bu şekilde kadroları belirlediğini ve fazlalık teşkil eden personeli çıkarma yönünde girişimci karar aldığını sonrasında ise işçinin istihdam edilmesine imkan vermeyen durumu kanıtlamak zorundadır[508].

Şirket birleşmesi sebebi ile şirket kadrolarında meydana gelen istihdam fazlalığı sonrası meydana gelen uyuşmazlıklarda; işçinin işyerinde başka birimlerinde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığının, başka bir anlatımla, feshe son çare olarak başvurulup vurulmadığının gerekirse işyerinde keşif icra edilerek; bankacılık ve istihdam alanlarında uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekir.[509] Yargıtay'ın kökleşmiş kararları bu yöndedir; "*Dava feshin geçersizliği ve işe iade istemli olup davalı işveren, birleşme nedeni ile davacının pozisyonun kaldırıldığını, başka bir bölümde değerlendirme olanağının kalmadığını ileri sürmüştür. Yapılacak iş, bir endüstri mühendisi, bir hukukçu ve bir muhasebeci bilirkişi aracılığı ile işyerinde keşif yapılarak; davalı şirket ile dava dışı şirketin birleşip birleşmedikleri, birleşme nedeni ile davacının pozisyonunun kaldırılıp kaldırılmadığı, pozisyonu kaldırılmış ise başka bir bölümde değerlendirme*

[507] Y9HD. 24.09.2007T. 2007/13940E. 2007/27942K., sinerjimevzuat.com.
[508] Y9HD. 06.10.2008T. 2008/30274E. 2008/25209K.; Y9HD. 11.09.2008T. 2008/25324E. 2008/23401K.; Y9HD. 15.10.2007T. 2007/16071E. 2007/30215K., sinerjimevzuat.com.
[509] Y9HD. 19.11.2007T. 2007/22155E. 2007/34394K., sinerjimevzuat.com.

olanağının bulunup bulunmadığı, fesihten önce ve sonra her iki şirkete yeni işçi alınıp alınmadığı belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir.[510] Aynı yönde;

"*4857 S.K'nun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır. İş akdi feshedilen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını ileri sürdüğü taktirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı şirketin birleşme dolayısıyla yaşamış olduğu organizasyonel değişiklikten ötürü halen yapmakta olduğu pozisyona ihtiyaç kalmamasından ötürü fesholunmuştur. Fesih sebebi açıktır. A. ve A. Şirketlerinin birleşmesinden sonra Network Uygulama Departman müdürü davacının TT-TIM İletişim Hizmetleri A.Ş.'de çalıştırıldığı tartışmasızdır. Davalı şirketin ihtiyacı bir kişiliktir. O göreve de başkası getirilmiştir. Davacı geçici olarak Genel Müdürlük Danışmanlık Ofisinde istihdam edilmiştir. Üst düzey yönetici olan davacıya uygun bir iş bulunamayınca 9 ay sonra sözleşmesi son çare olarak feshedilmiş, bu eylem durum organizasyon şemasıyla da kanıtlanmıştır. Fesih geçerli sebeple olmuştur.''*[511]

"Davacının çalıştığı güvenlik bölümünün yeni organizasyon şemasında olduğu, 5188 sayılı özel güvenlik yasasının beş yıl süre ile davacıya çalışma izni verdiği, işverenin davacının hizmetine neden ihtiyaç duyulmadığını ispat edemediği, fes hin geçerli nedene dayanmadığı> belirtilerek ve işçi çalıştırmaya zorlanacak şekilde işe iade kararı verilmesi doğru değildir. Davalı işveren birleşme sonrası yeniden yapılanmış, norm kadro çalışması yapılmış ve davacının çalıştığı bölümde görev yaptığı nöbetçi kadrosu iptal edilmiş ve istihdam fazlalığı meydana gelmiştir. Dolayısı ile bu kadroda çalışan işçilerinde çalışma olanağı ortadan kalkmıştır. Yasaya uygun kurulan yeni organizasyon bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedendir. İşverenin aldığı bu işletmesel karar, yukarda sıralandığı gibi, öncelikle tutarlılık; keyfilik; daha sonrada feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimlerine tabi tutulmalıdır. İşveren aldığı bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını kanıtlamalıdır. İşletmesel karar tutarlı bir şekilde uygulanıyor ise daha sonra ölçülülük denetimine tabi tutulmalıdır.''[512]

[510] Y9HD. 17.06.2008T. 2007/39432E. 2008/16357K.; Y9HD. 16.06.2008T. 2007/40352E. 2008/15723K.; Y9HD. 5.05.2008T. 2007/33553E. 2008/11283K.; sinerjimevzuat.com.
[511] Y9HD. 2.05.2005T. 2005/11207E. 2005/15432K., sinerjimevzuat.com.
[512] Y9HD. 15.10.2007T. 2007/16151E. 2007/30228K., sinerjimevzuat.com.

Uyuşmazlık durumunda mahkemeler uzman bilirkişi kurulu aracılıyla yapacakları incelemelerde bahsi geçen şirketlerin birleşip birleşmediklerini, sözleşmesi feshedilen işçilerin çalıştığı bölümün kaldırılıp kaldırılmadığını, iş gücü fazlalığının doğup doğmadığını, işçinin birleşme sonrasında başka bir birimde görevlendirilme imkanı olup olmadığını, fesihten önce yahut sonra yeni işçi alınıp alınmadığı, sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde kriterlerin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı, işverenin aldığı girişimci kararı tutarlı olarak uygulayıp uygulamadığı vb. gibi hususların denetlenerek mahkemelerce sonuca gidilmesi gerekmektedir[513].

g. Emekli Olmaya Hak Kazanmış Bulunan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Olarak Alınan Girişimci Karar

aa. Emeklilik Kavramı

Mevzuatımızda "Emeklilik ve Emekli"yi tanımlayan hükümler bulunmamaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun[514] 28 inci maddesiyle yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları açıklanmıştır.

Bireylerin henüz çalışma isteği ve gücü bulunduğu bir dönemde kendi arzuları dışında emekliliğe hak kazanmaları gerekçesiyle, iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Ülkemiz şartlarında emeklilere sağlanan ekonomik olanaksızlıkların yetersiz olması gibi pek çok sorun nedeniyle emekli statüsü kazananlar mecburen çalışma yaşamlarına devam etmek zorunda kalmaktadırlar.

bb. Emekli Olmaya Hak Kazanmış Bulunan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshi

İşverence alınan yeniden yapılanma kararları sonrasında istihdam azaltılmasına gidilmesi halinde, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin tespitinde ilk akla gelen grup hukuken emeklilik hakkını kazanmış olan işçiler olmaktadır. Bu nedenledir ki emeklilik hakkını kazanan işçilerin

[513] Y9HD. 13.12.2010T. 2009/41746E. 2010/37427K.,sinerjimevzuat.com.
[514] R.G.T: 16.06.2006 RG.No:26200.

iş sözleşmelerinin feshedilmesi, uygulamada sıkça karşılaşılan uyuşmazlıklara sebep olmaktadır[515].

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde, <Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı 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 belirtilmiştir. Kanunda emekliliğin geçerli bir sebep teşkil edeceği belirtilmemiş ise de, kanunun genel gerekçesinde, emekliliğin işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde geçerli neden teşkil edeceği açıklanmıştır. İşveren fesih yazısında belirtilen nedenle bağlı olup, bunu daha sonra değiştiremez. İşveren fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanmış, işyerinden kaynaklanan başka neden ileri sürmemiş ise, salt emeklilik fesih için yeterli neden olamaz. Yasanın gerekçesinde de açıklandığı gibi, emeklilik, diğer işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edilebilecektir. Yargıtay uygulaması da salt emekliliğin fesih için tek başına geçerli neden teşkil edemeyeceğidir. Ancak işyerinde personel yönetmeliği veya sözleşme ile belirli bir yaş ve emekliye ayrılma şartı getirildiğinde, bu kural genel ve objektif olarak uygulandığı takdirde, bu kural gereği fesih geçerli neden kabul edilmektedir[516].

Emeklilik olgusu, işçinin yeterliliği ile ilgili bir kavramdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali, geçerli bir fesih nedeni olarak belirtilmiştir. Ancak işçinin veriminin, işe konsantresinin azalması vs. gibi nedenler, işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerden değildir. Bilakis işe yoğunlaşmama, verim azlığı vs. gibi sebepler işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler olup, bu durumda işçinin savunmasının alınması da gerekecektir. İşverenin işletmenin gereklerine dayalı olarak işyerinde emekliliğini kazanan işçilerin iş sözleşmelerini teknolojik nedenlerle, nitelikli elemana ihtiyacı olduğu gerekçesi ile feshetmesi halinde ise, ancak işçinin çalıştığı kadronun, fesih nedeninin sözleşmesi feshedilen işçinin kadrosu için uygulanıp uygulanmayacağının ve bu suretle feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının da ayrıca irdelenmesi gerekecektir[517].

[515] KESER, s.296.
[516] Y9HD. 04.03.2008T. 2007/26106E. 2008/3438K., sinerjimevzuat.com.
[517]; Y22HD. 3.07.2014T. 2013/7228E. 2014/21305K Y22HD. 14.12.2015T. 2015/6303E. 2015/34351K.., Y9HD, 4.03.2015T. 2013/11223E. 2015/9012K. ; Y7HD. 10.02.2015T. 2015/1966E. 2015/1186K sinerjimevzuat.com.

İşveren fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanmış, işyerinden kaynaklanan başka neden ileri sürmemiş ise Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamasına göre, salt emeklilik fesih için yeterli neden olamaz. Emeklilik, ancak diğer işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli sebep olarak kabul edilebilecektir. İşyerinde işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletme gerekleri söz konusu olduğu takdirde ise, bu nedene dayanarak iş akitleri feshedilirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkün olacaktır. Yüksek mahkeme kararında " İşyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi ve işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir" görüşüne yer vermiştir[518]. İşçinin salt yaşlılığı veya yaşlılık aylığına hak kazanması feshin geçerliliği konusunda bir anlam ifade etmemekte olup, geçerli fesih nedeni olarak işçinin fiziki veya mesleki yetersizliğinin veya işletme gereklerinin varlığı gerekmektedir

İşyeri personel yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmelerinde yaşlılık aylığına hak kazanma ve emeklilik hali genel ve objektif olarak uygulandığı durumlarda fesih için geçerli sebep teşkil edeceği isabetli olarak belirtilmiştir. Aynı doğrultuda Yargıtay, *"Somut uyuşmazlıkta davalı işletmede ekonomik krize bağlı olarak sipariş azalması ve paralel olarak üretim azalması yaşandığı, fren imalatında kullanılan makine tezgahlarından faaliyette olanların azaldığı, bu nedenle işyerinde istihdam azaltılmasının kaçınılmaz olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu azalmanın ve zarar etmenin, kısaca feshe neden olan ekonomik nedenlerin kalıcı olup olmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı, fesih dışında tedbirler alınması ile ekonomik nedenlerin ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı tam olarak açıklığa kavuşmuş değildir. Ayrıca davalı işveren toplu işçi çıkarma bildirimi ile işten çıkarmada önce gönüllü olanları, sonra emekliliği gelenleri ve daha sonra ise performansı düşük ve en az mağdur olacakları seçeceğini bildirdiğinden, davalı işverenin bu kriterlere uyup uymadığı, davacının bu kapsamda çıkarılacaklar arasında olup olmadığının da denetlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"*[519]. Emekliliğe hak kazananların işten çıkarılması için öncelikle iş gücünün azaltılmasını gerektiren zorunlu bir halin varlığı zorunludur. Yargıtay, mahkemece işyerinde tasarruf tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığı ve varsa tasarruf tedbirlerinin feshi zorunlu kılıp kılmadığının araştırılmasını, ardından feshi zorunlu kılan bir sebep varsa bu kez

[518] Y9HD. 5.12.2006T. 2006/24004E. 2006/31985K., sinerjimevzuat.com.; SÜZEK, s.572.
[519] Y9HD. 20.12.2010T. 2009/39885E. 2010/38884K., sinerjimevzuat.com.

tenkisat kuralına uyulup uyulmadığının denetiminin yapılması gerekeceğini kararlarında sıklıkla vurgulamaktadır[520].

İşverenin işletmenin gereklerine dayalı olarak işyerinde emekliliğini kazanan işçilerin iş sözleşmelerini teknolojik nedenlerle, nitelikli işçiye gereksinim olması nedeniyle feshettiği durumlarda ise, işverenin bu gerekçesinin iş akdi feshedilen işçi yönünden kabul edilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Yargıtay'ın istikrarlı kararları da bu doğrultudadır; "*Davalı işverenin işletmenin gereklerine dayalı olarak işyerinde emekliliğini kazanan işçilerin iş sözleşmelerini teknolojik nedenlerle, nitelikli elemana ihtiyacı olduğu gerekçesi ile feshettiği, ancak davacının şoför kadrosunda çalıştığı, fesih nedeninin davacının kadrosu için uygulanamayacağı, bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir"*[521].

Emekli aylığı almakta iken, emeklilik veya yaşlılık aylığının kesilmesi suretiyle işçinin çalışması mümkündür. Başka bir anlatımla, işçinin emeklilik veya yaşlılık aylığının kesilmesi suretiyle çalışabilmesi veya aylığının kesilmesini istemeyip çalışmak istememesi arasında bir tercih hakkı söz konusu olmaktadır. İşçinin aylığının kesilmesi suretiyle çalışmaya devam edebileceği yolunda yazılı talebine rağmen, iş sözleşmesinin emekli olma hakkını elde etmiş olmasına dayandırılarak işletme işyeri ve işin gerekleri kapsamında geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde yapılan fesih geçersiz olacaktır. Yargıtay da işçinin yazılı talebine rağmen iş sözleşmesinin feshedilmiş olması halinde feshin geçersizliğinin hüküm altına alınması gerekeceğini belirtmektedir[522].

İşyerinde işgücü fazlalığının oluşmasına neden olan ekonomik, teknolojik veya yeniden yapılanma gibi olgular bulunup bulunmadığı, norm kadro uygulaması sonrası norm kadro sayısı, norm kadro sayısının üzerinde çalışan olup olmadığı, işyerinde tasarruf tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığı, tasarruf tedbirlerinin feshi zorunlu kılıp kılmadığı, işçi fazlalığı durumunda ise emekliliğe hak kazanmanın ölçüt olarak dikkate alınıp alınmadığı, ölçüt alınması durumunda bunun objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığı, işverenin yeni işçi alıp almadığı, çıkarılan işçilerin yerine yeni işçiler kaydırılıp kaydırılmadığı, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı, feshe son çare olarak başvurulup vurulmadığı hususlarında

[520] Y9HD. 24.03.2008T. 2007/27596E. 2008/5990K., sinerjimevzuat.com.
[521] Y9HD. 27.03.2006T. 2006/6143E. 2006/7556K., sinerjimevzuat.com.
[522] Y9HD. 6.02.2006T. 2005/39037E. 2006/2232K.; Y22HD. 29.04.2014T. 2013/9297E. 2014/10209K., sinerjimevzuat.com.

mahkemelerce inceleme yapılması gerekmektedir. Fesih tarihi itibariyle davalı işyerinde norm kadro fazlası personel bulunup bulunmadığı, varsa emekliliğe hak kazananların objektif ve genel bir uygulama ile işten çıkarılıp çıkarılmadığının tespiti bakımından, fesih tarihinde işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi varsa dikkate alınmak suretiyle işletme, muhasebe ve hukuk konularında uzman olan bilirkişi kurulu aracı ile gerekirse keşifle işyeri kayıtları üzerinde incelemesi yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir[523].

h. Yeni Teknolojinin Uygulanması Nedenine Dayalı Olarak Alınan Girişimci Karar

aa. Yeni Teknoloji Uygulanması

İşletmede uygulanan teknolojik değişimler de süreli feshi geçerli kılan diğer nedenlerdendir. Üretim süreçlerinin yeni teknolojik gelişmelere ve tüketici taleplerine uygun hale getirilmesi, işyerine yeni bir cihazın alınması veya eski teknoloji türünün terki yahut işyerinin otomasyona geçmesi gibi yeni teknolojinin uygulanması, bilgisayar, tele-çalışma, robot ve otomasyon sistemlerinin kabulü işyerinde bazı işlerin ortadan kaldırılmasına, bu işlerde çalışan bir kısım işçilere gereksinim duyulmamasına yol açar. Velev ki işçinin yeni teknolojiye işçinin uyum gösterememesi, işletme gereklerinden değil, işçinin yetersizliğinden kaynaklı bir fesih sebebi teşkil edecektir[524].

bb.Yeni Teknoloji Uygulanması Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshi

İşyerinde görülen işin yeni teknolojik araçlarla görülmesine gerek duyulması halinde, eski araçların ve iş ekibinin kaldırılması istenebilir. Bu durumda, daha önce bu işlerde çalışmakta olan işçilerin yerini teknolojik aletlerin alması durumunda, işçinin başka bir iş türünde çalışmasının mümkün olmadığı durumlarda, iş sözleşmesinin işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshi söz konusu olmaktadır. Nitekim yüksek mahkemeye göre " Dosya içeriğine göre davalı kurum sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yapısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personele gereksinimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Emsal davalarda işyerinde inceleme yapan bilirkişi kurulu tarafından düzenlenen raporda; yeni teknoloji ürünlerini kullanan davalı kurumun, bakım ve onarım gibi asli işleri için nitelikli teknisyene ihtiyacı olduğu, davacı gibi ortaokul mezunu olan yardımcı teknik ve hizmet elemanlarına ihtiyacı kalmadığı belirtilmiştir. Bilirkişi

[523] Y22HD. 13.12.2013T. 2013/35129E. 2013/29245K., sinerjimevzuat.com.
[524] CENTEL, s.111.

heyetince yapılan saptama işletmenin ve işyerinin gereklerine dayalı geçerli bir nedendir. Mahkeme işe iade isteğinin reddine karar verilmemesi hatalı olmuştur"[525].

i. İşyerinin Kapatılmasına İlişkin Alınan Girişimci Karar

aa. İşyerinin Kapatılması Kavramı

İşyerini serbestçe açabilen bir işveren kural olarak dilediği zaman işyerini kapatabilme hakkına sahiptir. Bu durum anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün doğal sonucudur[526]. İşyerinin kapatılması, işverence alınan karar sonrasında işyerindeki ekonomik faaliyetine sürekli olarak son vermesidir. İşyerinin kapatılması, işyerinin faaliyetine geçici olarak son verme değil, işyerinin bütün faaliyetine kesin ve sürekli olarak son verilmesidir[527]. Yönetim Kurulu Kararı ile kapatılma kararı alınmaması ve yargı kararı ile kapatılmanın iptaline kararı verilmesi fiilen kapatma olgusunu ortadan kaldırmayacaktır[528].

İş K.'nun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca; "*Bu Kanunun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini, varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır*." Yönündeki düzenleme ile işyerinin sürekli olarak kapatılması halinde işverene bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Yine İİK.'nun 44.maddesi uyarınca ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde bu durumu kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklıların adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Aksi halde ticareti terk etme suçuna sebebiyet verecektir[529].

İşyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin 14.6.1989 tarihli ve 3572 sayılı yasa uyarınca kuruluş aşamasında yasal ölçütlere aykırılık nedeniyle verilen ruhsatın iptal edilmesi sebebiyle de işyeri kapatılabilmektedir. Benzer şekilde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun 25. maddesine göre işyerinde işçilerin yaşamı için hayati tehlike oluşturan bir

[525] Y9HD. 23.01.2006T. 2005/39126E. 2006/940K.; Y9HD. 27.03.2006T. 2006/6129E. 2006/7500K.; sinerjimevzuat.com.
[526] SÜZEK, s. 217.
[527] KESER, s.326.
[528] Y9HD. 2.10.2006T. 2006/23651E. 2006/25385T., sinerjimevzuat.com.
[529] Y16HD. 30.12.2013T. 2013/13571E. 2013/13785K., sinerjimevzuat.com.

hususun saptanması halinde, üç iş güvenliği müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından tehlike giderilinceye kadar işyerinin bir bölümünün kapatılması yahut işin durdurulması da söz konusu olabilecektir[530].

bb. İşyerinin Kapatılmasına İlişkin Girişimci Karar Sonucu İş Sözleşmelerinin Feshi

İşveren işletmesinin faaliyetlerini durdurup işyerini kapatabilir. İşveren girişim özgürlüğü çerçevesinde isterse kar eden işyerini dahi kapatabilir. İş hukuku yönünden önemli olan ve geçerli fesih nedeni olansa işyerinin kesin ve sürekli olarak gerçekten kapanmasıdır. İşyerinin kapatılmış veya faaliyetin durdurulmuş olması, işyerinin gereğinden kaynaklanan bir sebep olmaktadır. Bun karşılık, işyerinin kapatılması işverene derhal fesih yetkisi veren bir haklı neden sayılmamaktadır. Ancak gerçek ve sürekli olmayan kapatmalar yahut muvazaalı nitelikte kapatmalar sebebiyle yapılan fesihler geçerli nedene dayanmamaktadır. Zira muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise gerçek bir kapatma veya faaliyet durmasından söz edilemeyecektir[531]. Gerçek ve süreklilik taşıyan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulması, işverenin başka bir işyeri yoksa veya başka bir işyerinde değerlendirme imkanı bulunmuyorsa işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilecektir. Yüksek mahkeme bir uyuşmazlıkta yargılama sırasında davalı şirketin internet sitesi çıktılarında … deri isimli şirketle ilgili bilgiler bulunduğu, davalı tarafından da işyeri kapandıktan sonra işyerinin bir kısmında bu şirketin üretim yapmasını gerekçe göstererek, gerçek bir işyeri kapatılmasının bulunup bulunmadığı hususunun somut uyuşmazlıkta araştırılması gerektiğini isabetli olarak belirtmiştir[532].

Yargıtay, işverenin işyerinin kapatılması kararını almakta özgür olduğunu belirtmiş, ancak bazı durumlarda işyerinin kapatılmasını "işin gereği" olup olmadığının tespitinin yapılması gerektiğini vurgulamaktadır[533]. Yüksek mahkeme işyerinin kapatılması veya faaliyetinin durdurulması muvazaalı nitelikte ise, buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli sebebe dayanmayacağını sıklıkla kararlarında vurgulamaktadır; "*İşyerinin kapatılmış olması veya faaliyetin durdurulmasının, işyerinin gereğinden kaynaklanan geçerli bir sebep olduğu açıktır. Ancak, geçerli fesih nedeni yapılan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulmasının*

[530] SÜZEK, s. 219.
[531] SÜZEK, s. 217-219.
[532] Y22HD. 3.11.2011T. 2011/1083E. 2011/3894K., sinerjimevzuat.com.; Y9HD. 13.02.2014T. 2013/9591E. 2014/4491K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.511.Y9HD. 13.02.2014T. 2013/9591E. 2014/4491K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 517.
[533] KESER, s.327.

gerçek ve sürekli olması gerekir. Başka bir anlatımla, işyerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması muvazaalı veya geçici nitelikte ise buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez. Zira muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise gerçek bir kapatma veya faaliyet durmasından söz edilemez. Gerçek ve süreklilik niteliğini taşıyan işyeri kapatılması veya faaliyetin durdurulması, işverenin başka bir işyeri yoksa veya başka bir işyerinde değerlendirme imkânı bulunmuyorsa işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilmelidir" [534] yönündeki kararıyla muvazaalı olarak işyeri kapatılmış veya faaliyeti durdurulmuş ise, gerçek bir kapatmadan bahsedilemeyeceği için, işverence gerçekleştirilen feshinde geçerli olmayacağı isabetli olarak vurgulanmıştır. Yüksek mahkeme, muvazaalı işlemin bulunup bulunmadığı hususunda ise, mali müşavir, hukukçu ve insan kaynakları uzmanlarından oluşan üçlü bilirkişi heyetiyle işyerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılıp kapatma işleminin muvazaalı olup olmadığı, gerçek bir işyeri kapatılmasının bulunup bulunmadığının tespitinin yapılması gerektiğini belirtmektedir.

İşyerinin kapatılması ile iş akitleri kendiliğinden sona ermez. İşveren İş Kanunun 17. maddesi gereğince bildirim sürelerine uymak suretiyle fesih bildiriminde bulunmak zorundadır[535]. İşyerinin kapatılmasının söz konusu olduğu hallerde toplu işçi çıkarma yoluna gidileceği kuşkusuzdur. İşveren toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümleri 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz; aksi halde işçi bu maddelere göre dava açabilecektir(İK. m.29/7) Bu yönüyle işverenin işletmesini kapatma yönündeki kararının denetimi ise fesihlerini işe iade hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacı ile keyfi yapılıp yapılmadığı yönüyle sınırlı olacaktır[536].

Yargıtay sendikalaşma ve toplu uyuşmazlık durumlarında yapılan işyeri kapatmalarını her duruma göre değerlendirmekte; işyerinde sendikanın yetkisinin kesinleşmesinden sonra, işverence yapılacak feshin ancak haklı ekonomik gerekçelerle işyerinin kapatılabileceğini belirtmektedir[537]. Yargıtay son tarihli kararlarında[538] yeni işletme sahibinin, hem selefinin icra ettiği faaliyetlerin aynısını sürdürüyor, hem de önceki işverenin ilgili faaliyeti için kullandığı işçilerin sayı ve uzmanlık yönü itibari ile önemli sayılabilecek bir kısmını da devralarak

[534] Y9HD. 13.02.2014T. 2013/9591E. 2014/4491K., sinerjimevzuat.com.
[535] SÜZEK, s. 219.
[536] Y9HD. 15.02.2010T. 2010/152E. 2010/3525K., sinerjimevzuat.com.
[537]Y9HD. 16.09.2015T. 2015/24021E. 2015/25997K.; Y7HD. 3.12.2014T. 2014/15386E. 2014/21976K.; Y22HD. 17.11.2011T. 2011/10439E. 2011/4986K., sinerjimevzuat.com.
[538] Y7HD. 3.12.2014 T. 2014/15386E. 2014/21976K; Y9HD. 6.04.2009T. 2009/13501E. 2009/9655K., sinerjimevzuat.com.

çalıştırmaya devam ediyorsa, devralınan ekonomik bütünlüğün kimliğini koruduğunu belirtmiştir. Faal olana bir işyerinin işçileri ile birlikte devralınması, bu işyerinin işletilmek üzere satın alındığını gösterdiğini, işverence işyerinde faaliyetin bir süre yürütülmesinin ardından işletmenin ayakta kalması için gerekli önlemlerin alınmasına rağmen işlerin düzelmediği hallerde işyerinin kapatılması ve buna ilişkin alınan karar sonrası fesihlerin geçerli olacağını belirtmektedir. Bu nedenle işyeri devir sözleşmelerinin, feshinin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı, sendikal hakların kullanılmasına, sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine engel olmayı amaçlayıp amaçlamadığının tespitinin yapılarak, işyeri devrinin hakkın kötüye kullanılması bağlamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Mahkemelerce yapılacak denetimlerde, işyerinin kapatılması veya faaliyetine son verilmesinin gerçek olup olmadığı, sürekli bir nitelik taşıyıp taşımadığı ve iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep bulunup bulunmadığının tespiti yapılacaktır[539]. Bu hususta mahkemelerce;

- İşyerinin gerçekte kapatılıp kapatılmadığı,[540]
- İşyerinin kapatılması halinde, işverenin başka bir işyerinde işçinin değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı,[541]
- Alınan bu girişimci kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığının, özellikle fesihten sonra yeni işçi alınıp alınmadığının, feshin son çare olup olmadığı[542]
- Taşeron sözleşmelerinin incelenmesi ile asıl alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının, yasaya uygun kurulup kurulmadığının açıklığa kavuşturulması,
- İşçi hareketlerini gösteren kayıtların ve taşeron sözleşmeleri ile taşeron işçi hareketlerini gösteren belgelerin bulunup bulunmadığı[543]
- Feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı,
- Toplu İş sözleşmesi yahut bireysel iş sözleşmelerinde, işvereni çıkarılacak işçileri belirlemede bağlayan bir kuralın bulunup bulunmadığı,

[539] Y9HD. 23.05.2017T. 2017/20127E. 2017/8662K.; sinerjimevzuat.com.
[540] Y9HD. 13.04.2011T. 2009/46308E. 2011/11173T., sinerjimevzuat.com.
[541] Y22HD. 27.11.2014T. 2014/31957E. 2014/33537K.; Y9HD. 13.04.2011T. 2009/46308E. 2011/11173K.; Y9HD. 5.02.2007T. 2006/30457E. 2007/2229K.; Y9HD. 30.01.2014T. 2013/9196E. 2014/2575K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.517.
[542] YHD9. 31.01.2011T. 2011/4449E. 2011/1461K., sinerjimevzuat.com; Y9HD. 30.01.2014T. 2013/9196E. 2014/2575K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 517-521.
[543] Y9HD. 31.01.2011T. 2011/4449E. 2011/1461K., Y9HD. 20.12.2010T. 2009/30633E. 2010/38901K., sinerjimevzuat.com.

- Girişimci karar sebebi tutarlılık, gereklilik, keyfilik ve ölçülülük denetimine tabi tutulup tutulmadığı, hususları mahkemelerce denetlenecektir.

Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürdüğü hallerde, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da mahkemece denetlenmesi gerekmektedir. Nitekim Toplu iş sözleşmesi ile işvereni işten çıkartacakları belirlemede bir takım kurallara yer verilmiş ise, bu kural şekil bakımından işvereni bağlar. İşverenin bu kurala uymaması yapılacak feshi geçersiz kılacaktır[544].

Yüksek mahkeme işverenin girişimci karara dayanarak işletmesini kapattığı durumlarda, kararın keyfilik içermediği, yeni işçi alınmadığı, fesihte son çare ilkesinin uygulanabilirlik imkanının bulunmadığı durumlarda, işverence yapılan feshin geçerli olacağını vurgulamaktadır [545] . Yüksek mahkeme feshin son çare olması ilkesini değerlendirdiği bir uyuşmazlıkta; davacının çalıştığı işyerinin sürekli bir biçimde son verildiği işyerinin kapatılmasından önce, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi tarafları bir araya gelerek kapatma sebebiyle işsiz kalacak olan işçilerin işverenin başka işyerinde çalıştırılmalarını sağlamak amacıyla yeni iş koşullarını da belirleyici protokol yapılması sonrasında belirtilen koşullarda çalışmak isteyenlerin başvuruda bulunması istenmiştir. Davacı işçi hiçbir ücret ve diğer sosyal haklarında eksiltme yapılmaması kaydıyla işverenin faaliyetini sürdüren herhangi bir fabrikasında çalışacağını bildirmesi üzerine, bu bildirimi kabul etmeyen işverence yapılan fesih sonrasında, yüksek mahkeme işyerinin kapatılmasını girişimci karar niteliğinde olduğunu, kapatma üzerine işverenin feshe son çare olarak yöneldiği ve bu bağlamda protokolle oluşturulmuş yeni koşullarda yaptığı iş teklifinin de davacı tarafından kabul edilmediğini belirtmiştir. Yargıtay kararında "Feshin son çare olması" ilkesi uygulanırken önerilecek yeni işin ve ücretin başka bir deyişle iş koşullarının önceki işle eşit olması koşul olmadığını belirterek, işverence yapılan feshin geçerli olduğunu vurgulamıştır[546].

[544] Y9HD. 1.03.2010 T. 2010/6243E. 2010/5349K., sinerjimevzuat.com.
[545] Y22HD. 8.04.2014 T. 2014/5846E. 2014/7262K., sinerjimevzuat.com.
[546] Y22HD. 3.11.2011 T, 2001/1083E. 2011/3894K., sinerjimevzuat.com.

4.İşyeri Dışı Sebeplerden Kaynaklanan Girişimci Kararlara Dayalı Olarak Yapılan Fesihler

1. Genel Olarak

İşletme dışından kaynaklanan sebepler, işverenin iradesi dışında ortaya çıkan, işyerinin kendisinden kaynaklanmayıp dışarıdan etki yapan etmenlerin oluşturduğu ve işyerindeki işin sürdürülmesini olanaksız hale getiren durumlardır. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir.

İşletme dışı sebepleri piyasa olayları belirlediği gibi, işyerinin dışından kaynaklanacak bir halin işletme gereklerine dayalı geçerli bir neden olabilmesi için, söz konusu durumun, işgücü fazlalığı meydana getirmesi ve işe devam edilmesini olanaksız kılması gerekmektedir. Nitekim, İş K. m.18'e ilişkin gerekçede, "*işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi*"nden bahsedilmektedir. İşletme dışı nedenler işverenin kusur ya da basiretli bir tacir gibi hareket etmemesi neticesinde oluşmamakta, işverenin iradesi dışında, işyerinin işleyişi üzerinde doğrudan etkili olan ve genel nitelikli nedenlerden kaynaklanmaktadır.

İşletme ve işyeri dışından kaynaklanan nedenler, işverenin bir etki ve isteği olmaksızın ortaya çıkan ve işyerinde üretime etki eden durumlardır. İş K.m.18'e ilişkin gerekçe; "*Sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı"* gibi nedenleri, işyerinin dışından kaynaklanan ve iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine yol açabilecek nitelikteki işletme gereklerinden kaynaklanan nedenler arasında göstermektedir. Bu durumların yanı sıra ücret ödeme sıkıntısının ortaya çıkması, müşteri çevresi kaybı, finansman ve bütçe açığı gibi sebepler işletme dışı sebepler arasında sayılabilecektir.

İşveren, işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanarak girişimci karar alıp, uygulamaya koyduğunda, işyerindeki birtakım işçilerin iş sözleşmeleri feshedilecektir. Bu noktada, işletme dışı sebepler, ancak işyerinde işgücü fazlalığına neden olmuş ise, önem kazanacaktır[547]. İşyerini doğrudan olumsuz bir şekilde etkileyen ve bu nedenle sürekli biçimde bir iş yokluğu veya azalması yarattığı ve bu nedenle iş gücü fazlalığı meydana

[547] KESER, s.334.

geldiği takdirde, geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebilir. İşveren, girişimci karar sonucu yapmış olduğu fesihlerde, işletme dışı sebeplerin gerekçelerini ve işletmesini etkileyen ve işçi azaltılmasını gerektiren durumları ispat etmek zorundadır. İşveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak göstermesi gerekmektedir.

İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil, dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir[548].

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/III. maddesinde "işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı sebepler…" denilerek, işyeri ve işletmenin dışında ortaya çıkarak, işçi azaltılmasını gerektiren haller belirtilmektedir.

2. İşyerini Dışardan Etkileyen Durumlar

a. Ekonomik Kriz Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Alınan Girişimci Kararlar

İş K. 18'e ilişkin gerekçede, "ülkede yaşanan ekonomik krizden" bahsedilmektedir. Ekonomik kriz hallerinde ise önemli olan ekonomik krizin, genel olup, ülke çapında hüküm sürmesi ve işyerinin ülkedeki ekonomik krizden etkilenmesidir. Yine ekonomik çıkarlar ve dünya ekonomik kriz ortamlarının ülkesel krizleri de tetikleyebileceği göz önüne alındığında, dünyanın değişen dengelerinin de ülke ekonomilerini etkileyebileceği düşünülmelidir.

Ortaya çıkan ekonomik kriz başlı başına her zaman geçerli bir fesih nedeninin oluşması için yeterli olmamaktadır. Bunun için, ekonomik kriz söz konusu işletmeyi doğrudan

[548] Y9HD. 06.10.2008T. 2008/3271E. 2008/25206K., sinerjimevzuat.com.

olumsuz yönde etkilemeli, satışlarda, siparişlerde ve karlarda azalmaya yol açmalı ve netice itibariyle üretimin eskisi gibi sürdürülmesi olanağı ortadan kalkmalıdır. Aksi halde ekonomik krizden etkilenmemiş olmasına karşın kriz bahane edilerek işçi çıkarılması geçerli sayılamaz.

aa. Kriz ve Ekonomik Kriz Kavramları

Kapitalizmin yaklaşık 600 yıllık tarihi boyunca bir çok kez küresel boyutta genişleme ve kriz olgularına tanıklık edilmiştir. Ancak küresel genişleme-kriz süreçleri hiçbir zaman basit ve tekdüze bir dalgalanmadan ibaret olmamıştır. Nitekim 2007 krizi kendi kendine gelişen rastgele olaylar sonucu olarak gelişmemiş olup, kapitalizmin sistemik istikrarsızlıklarının birikimine bağlı olarak patlak veren uzun bir zincirin son halkası olmuştur. Paranın ve finansal varlık değerlerinin saptanamaması, "belirsizliğin" bir türlü giderilememesini doğurmakta ve dolayısıyla küresel piyasalarda "güvenin" bir türlü kurulamamasına neden olmaktadır[549].

Kavram olarak kriz, "bunalım", "reform gerektiren istikrarsız bir durum", "işletmenin rutin sistemini bozan acil bir durum", "işletmenin beklenmedik bir zamanda karşılaştığı istenmeyen ve çözümü acil olan bir durum" ya da "dengelerin bozulduğu bir dönem" olup, işyerini mali ve ekonomik olarak etkileyen durumdur.

Ekonomik krizler, işletmelerin varlıklarını tehdit eden, ani değişikliklerle işletmeleri ve işletmelerde istihdam edilen işçileri etkileyen, işletmelerde yapısal ve organizasyonel değişimleri meydana getiren olaylardır. Ekonomik kriz, bir işletmenin mal veya hizmet arzı için yaptığı masrafın o mal veya hizmet üretiminden amaçladığı kardan daha yüksek olması halidir.[550]

İktisatçılar ekonomik krizlerin sınıflamasını genelde iki grup üzerinden yapmaktadırlar. Birinci nesil krizler kamu sektörünün aşırı harcama içine girmesi ve bütçe açıklarını merkez bankası kaynaklarından para basarak karşılaması sonucu ortaya çıkan ve çoğunlukla 1970'li yıllarda görülen krizlerdir. İkinci nesil krizler ise finans kesiminin eksik denetimi altında özel finans kuruluşlarının (bankaların) aşırı risk taşıması sonucunda bilançolarının aniden bozulması neticesinde ortaya çıkmış, buna bağlı olarak döviz kurunun birden bire pahalılaşması bankaları ödeme güçlüğü içine sokmuş ve bu ekonomiler bir likidite

[549] YELDAN, Erinç, Kapitalizmin Yeniden Finansallaşması ve 2007/2008 Krizi: Türkiye Krizin Neresinde?, Çalışma ve Toplum, 2009/I, s.11-12.
[550] ENGİN, s.41., Karşıt Görüşte: TONAK, E. Ahmet, Krizi Anarken, Çalışma ve Toplum, 2009/I, s.30-31.

ve döviz krizine sürüklenmişlerdir. 1994 Meksika, 1997 Asya, 2001 Türkiye ve Arjantin bu tür krizlere örnek gösterilmektedir[551].

Türkiye ekonomisi 1990'lı yıllar boyunca "genişleme-kriz sarmalı" olarak nitelenebilecek istikrarsız büyüme performansı göstermiştir. 1989 yılında sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesinden sonra ülkemizin ekonomik performansı önemli ölçüde istikrarsız sermaye hareketlerine bağımlı hale gelmiştir. Ülke 1994-2002 yılları arasına rastlayan kısa dönemde üç büyük ekonomik kriz yaşamıştır: 1994, Kasım 2000 ve Şubat 2001 krizleri olmak üzere krizler, yabancı kaynaklı fonların ülkeyi hızla terk etmesiyle başlamış, önce finans piyasaları, ardından da reel sektör üzerinde yarattığı sarsıntı sonucunda tüm ülkeyi etkisi altına almıştır. Yaşanan krizler ekonominin kısa süre içinde önemli ölçüde daralmasına, işsizlik oranındaki artışa, hızlanan enflasyon ve reel ücretlerin düşmesine neden olmuştur [552] . Ülkelerde yaşanan krizler, genel olarak sosyoekonomik etkiler olarak nitelenebilecek çok geniş bir alanda da etkili olmaktadırlar. Krizlerin etkileri sağlık ve eğitim gibi çeşitli sosyal hizmet alanları, işsizlik ve reel ücretler gibi önemli işgücü piyasaları ve bunlara bağlı olarak yoksulluk ve gelir dağılımı gibi önemli alanlarda hissedilmektedir.

Global finansal krizler, devletin ekonomideki rolüne ve maliye politikasının önemine ilişkin görüşlerin değişmesine de neden olmuştur. Bu doğrultuda devletin, finansal sektörü kurtarmak ve azalan özel sektör talebini telafi etmek üzere kriz zamanlarında ekonomilere geniş kapsamlı ve yoğun müdahalesi gerekmektedir. 2008 yılından bu yana ülkemizde maliye politikası uygulamalarına ilişkin üç farklı dönemden söz edilebilir. Birinci dönem, kriz sonrası canlandırma paketlerinin uygulandığı dönem olup, ikinci dönem ise 2010 yılından sonra uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemde artan kamu borçları nedeniyle canlandırma paketlerinin yerini bu sefer kemer sıkma politikaları almış, mali dengede iyileşmeyi hedefleyen politikalar uygulanmaya başlamıştır. Üçüncü dönem ise günümüzde yaşanmaktadır. Düşük büyüme oranları vergi gelirlerinin azalmasına neden olduğu için sıkı maliye politikası uygulamalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Sıkı maliye politikaları (vergi artışı ve/veya harcama kesintileri) ile sağlanabileceği gibi genişletici maliye politikaları (vergi indirimi ve/veya harcama artışı) ile de sağlanabilmektedir [553] . Sıkı maliye politikaları çerçevesinde kamu istihdamında azalma ve kamu ücretlerinde yapılan indirimler ise bütün

[551] YELDAN, s.26
[552] Murat KOYUNCU, Murat, ŞENSES, Fikret, Kısa Dönem Krizlerin Sosyo Ekonomik Etkileri: Türkiye, Endonezya ve Arjantin Deneyimleri, Çalışma ve Toplum 2004/3, s.28.
[553] GÖKER, Zeliha, Küresel Kriz Sonrası Maliye Politikalarında Değişim ve Mali Tuzak Riski, Çalışma ve Toplum 2014/I, s.105-107.

emek piyasasını etkileyerek, çalışmak istediği halde iş bulamayan insanların daha düşük ücretleri kabullenmesine, çalışanların taleplerinin sınırlandırılmasına yol açmaktadır[554].

Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneceği Hakkında Yönetmelik'in [555] 3/1-c maddesinde ekonomik kriz tanımlar başlığı altında tanımlanmıştır. Buna göre; "Genel ekonomik kriz: Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları" ifade edeceği yönetmelikte belirtilmiştir. Aynı Yönetmeliğin, 3/1-ğ maddesinde ise ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumlar "sektörel kriz" olarak tanımlanmıştır.

bb. Krizin Yapısal Nedenleri

Krizin iç ve dış nedenleri olabilmektedir. Dış kriz, genel ekonomi alanında ortaya çıkan ve işletmenin etkileyemeyeceği dış nedenlerden kaynaklanmaktadır. İşletme içi ekonomik kriz ise, işletmede oluşan zayıflık ve güçlüklerdir[556]. Ekonomik krizler, işletmelerin varlıklarını tehdit ettiği gibi, işletmelerin önleme ve öngörme mekanizmalarını da yetersiz bırakıp, ani değişikliklere acil müdahale gerektirip, kontrol edilebilme güçlüğü yaratmaktadır. Genel ekonomik krizlerin yanı sıra, işletmelerin kendi yapılarından ya da sektörden de kaynaklanabilen ekonomik krizlerde meydana gelebilir. Genel olarak krizlerde "kuluçka dönemi" nde, krize yol açan olayların fark edilmediği dönem olup, "belirleme dönemi" nde, krizin, piyasalarda dikkat çektiği ve algılanır hale geldiği dönem sonrasında ise "hücum dönemi" başlayacak olup, bu dönem sonrasında kriz işletmelerde anlaşılır hale gelmiş ve önlenemez durumdadır. "Kurtarma dönemi", krizin en önemli özelliklerinin belirlenip, denetim altına alınmaya çalışıldığı, yeniden yapılanma ile işletmenin tekrar istikrarlı hale getirilmeye çalışılacağı dönem olacaktır.

Ekonomik kriz dönemlerinde işverenin işletmenin varlığını devam ettirebilmesi için, önlem alması ve bu doğrultuda birçok ek yeni yapılanma, personel azaltımına gidilmesi gibi bir dizi önlemlerin uygulamaya konulması kaçınılmaz olacaktır. Nitekim, krizlerin işletmelerin varlığını etkileyen ani gelişmeler olmaları sebebiyle, işverenler daha fazla zarar etmemek ve maliyetlerini düşürmek adına bir dizi önlemler almak durumunda kalacaklardır. Değişen ekonomik koşullar sonrasında işletmelerdeki bu zorunlu değişimler sonrasında

[554] GÖKER, s.108.
[555] RGT: 30.04.2011, R.G. No: 27920.
[556] ENGİN, s.40.

işletmeler ayakta kalabilecektir. Bu anlamda, bu dönemlerdeki maliyetlerin artışı, başta personel sayısının azaltılması olmak üzere, sosyal imkanların kısıtlanması ve çıkarılan personelin görevlerinin mevcut işletmede kalan personele yüklenmesi gibi pek çok olumsuz tedbirlerinde uygulanması gündeme gelebilecektir[557].

Dünyada yaşana küresel durgunluk ve çöküntü süreçlerinin tamamında Türkiye etkilenmiş olup, küresel krizin etkilerinin Türkiye'ye etkisinin yansımaması da düşünülemez. Türkiye 2001 krizi sonrasında uluslararası piyasalardan kaynaklanan muazzam çaplı bir finansal genişleme ve ucuz kredi olanağına kavuşmuş idi. Ancak giderek artan dış açıklar önce yüksek faizlerin etkisiyle sıcak parayla, daha sonraları ise şirket birleşmeleri ve özelleştirmeler ile elde edilen doğrudan yatırım finansmanıyla karşılanmaya çalışılmış ise de; Söz konusu dönemde Türkiye dış borçluluğunu hızla yükseltmiş idi. 2003 başında 129.6 milyar dolar olan toplam dış borç stoku, 2008'in Haziran ayı itibariyle 284.4 milyar dolara yükselmiş, 5.5 sene gibi bir sürede biriktirilmiş olan 154.4 milyar dolarlık net yeni dış borcun ana kaynağı ise özel sektörün borçlanması olarak özetlenmektedir. Türkiye 2002 sonrasında küresel finans piyasalarına net borçlanıcı olarak katılmış olup, ülkemiz 2008 krizini yüksek cari işlemler açığı ve yüksek dış borç bağımlılığı ile karşılamıştır[558].

Türkiye'nin 2007'nin küresel krizinden etkilenişi finansdışı şirketlerin üretimi, ithalat finansmanı ve işsizlik sorunlarıyla paralel ilerlemiştir. Nitekim 2003 sonrası dönemde Türkiye'nin uluslarası ekonomiyle olan ilişkilerinin ana aktörleri "bankacılık kesimi"nden ziyade, "reel üretici şirketler ve hanehalkları" olmuştur. Bu süreç içerisinde "finans-dışı şirketlerin ve hane halklarının dış borçlarının hızla artmakta oluşu; ve bu kesimlerin ekonomik faaliyetlerini sürdürebilmek için aşırı derecede ithalat ve dış borçlanma bağımlılığı içine sürüklenmesi, ulusal ekonomik dengelerde önemli bir kırılganlık kaynağı oluşturmuştu" [559] . Kriz süreçlerinde reel sektör şirketlerinde iflasların artması, işsizlik sorununun daha da kronikleşmesi ve yaşanan durgunluğa bağlı olarak ithalat hacminin daralması ana beklentiler olup, ekonomik krizlere bağlı olarak "işsizlik" sorunun yaygınlaşması iş dünyasının yadsınamayacak sorunlarından birisidir. Ekonomik krizler sonrasında gelirin azalması veya ortadan kalkması, borçların artması vb. durumlar yaşanabilecek risklerden bir kısmı olup; bu durumlar düşük gelirli insanları tehdit etmekte ve yoksulluğu arttırmaktadır.

[557] KESER, s.338.
[558] YELDAN, s.17, 18.
[559] YELDAN, s.25.

cc. Ekonomik Kriz Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi

Ekonomik krizler işgücü piyasasını, çalışma ilişkisini ve çalışanları olumsuz etkilediği, güvencesizlikleri arttırması ne yazık ki krizlerin işçi-işvereni etkileyen iş dünyasındaki bir başka olumsuz yönüdür. Zira ekonomik krizlerin şiddet, ruh sağlığı, çocuk sağlığı, ölüm, beslenme, eğitim, konut ve istihdam üzerindeki göreli etkileri ülkeden ülkeye büyük değişiklikler göstermekte olup, artık günümüzde ekonomik veya finansal krizlerden etkilenmeyen bir ülke bulmak da güçtür[560]. İşsizlik, işten çıkarmalar, azalan veya bütünüyle ortadan kalkan gelirler krizlerin yaygınlaştırdığı güvencesizliklerden olup, yine ekonomik krizler çalışanların sağlığını ve güvenliğini doğrudan ve dolaylı yollarla tehdit etmekte olup, var olan riskleri arttırmakta ve yeni risklerin ortaya çıkmasına da neden olmaktadır[561].

Ekonomik krizler çalışanların ruhsal ve fiziksel sağlığı üzerinde, şüphesiz olumsuz bir etkiye sahiptir. Kriz zamanlarında, artan iş yükü, çalışma zamanı modellerinde değişim, üretimin azalması, işini kaybetme stresi ve kaygısı, çalışanların sağlığı üzerinde istenmeyen olumsuz etkilerde bulunmaktadır. "Kriz süresince, işletmenin yeniden yapılanması ve küçülmeye gitmesi, işten çıkarılan çalışanlar, yapılanma sonrasında işyerinde çalışmayı sürdürenler ve çoğu yöneticinin sağlığı üzerindeki etkisi yıkıcıdır. Krizle birlikte, fiziksel ve psikolojik şiddet ve tehdit işyerlerinde artmaktadır. İşsizlerin istihdam edilenlere göre daha çok psikolojik ve ruhsal sorunlar yaşadıkları bilinmektedir. Aynı zamanda kriz, işsizlerin ve istihdam edilenlerin ruhsal sağlık sorunlarının yaygınlığını ve yoğunluğunu ağırlaştırmaktadır. Sosyal korumada, özellikle sağlık harcamalarında azalma, ekonomik krizlerin diğer önemli olumsuz etkisidir. Ayrıca iş denetimi, çalışmada sağlık ve güvenlik hizmetlerinin kapasitesi de kamu harcamalarındaki azalma yüzünden etkisini yitirmektedir"[562].

Kriz sırasında çalışanlar, çalışmadan kaynaklı sağlık sorunlarını bildirmede çekinik davrandıkları gibi, aynı zamanda işçiler ekonomik büyüme döneminde kabul etmeyecekleri, tehlikeli, sağlık bozucu, işverenin önlem almaktan kaçındığı işleri kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Bu durumun bir diğer neticesi ise işçilerin işverenler karşısında azalan

[560] KAPAR, s.75.
[561] KAPAR, s.74.
[562] KAPAR, s.73.

pazarlık güçleri nedeniyle kriz koşullarında sağlık ve güvenliklerini koruyacak önlemlerin yaşama geçirilmesi konusunda güçlü istem ve direnç ortaya koyamamalarıdır[563].

Ekonomik kriz, işyerinde farklı süreçlerde ve farklı aktörler arasında gerçekleşen psikolojik şiddet olaylarını da tırmandırmaktadır. İşveren ve yöneticiler uyguladıkları psikolojik şiddet yoluyla çalışanları işten çıkmaya zorlamakta; Böylelikle işveren ve yöneticiler için psikolojik şiddet uygulamaları, çalışanı işten çıkarmanın doğuracağı tazminat ile diğer yasal ve cezai yükümlülüklerden kurtulmanın bir başka seçeneği olarak uygulamada sıkça görülmektedir. Zira krize bağlı işten çıkarmalar nedeniyle çalışanlar arasında rekabetin artması, işyerinde işbirliği ve hoşgörünün azalması da fiziksel ve psikolojik şiddet için uygun bir ortama zemin hazırlamaktadır[564].

İş K. 18'e ilişkin gerekçede, "ülkede yaşanan ekonomik krizden" bahsedilmektedir. Ekonomik kriz hallerinde ise önemli olan ekonomik krizin, genel olup, ülke çapında hüküm sürmesi ve işyerinin ülkedeki ekonomik krizden etkilenmesidir. Yine ekonomik çıkarlar ve dünya ekonomik kriz ortamlarının ülkesel krizleri de tetikleyebileceği göz önüne alındığında, dünyanın değişen dengelerinin de ülke ekonomilerini etkileyebileceği düşünülmelidir.

Ortaya çıkan ekonomik kriz başlı başına her zaman geçerli bir fesih nedeninin oluşması için yeterli olmamaktadır. Bunun için, ekonomik kriz söz konusu işletmeyi doğrudan olumsuz yönde etkilemeli, satışlarda, siparişlerde ve karlarda azalmaya yol açmalı ve netice itibariyle üretimin eskisi gibi sürdürülmesi olanağı ortadan kalkmalıdır. Aksi halde ekonomik krizden etkilenmemiş olmasına karşın kriz bahane edilerek işçi çıkarılması geçerli sayılamaz. İşveren, krizle bağlantılı olan girişimci kararı uygulamaya koyarak, feshe ilişkin yargı kararının temelini oluşturmuş olacaktır.

Yaşanan ekonomik krizler sonrasında, işletmeyi ve işyerini etkileyen sebepler sonrasında fesih zorunlu hale gelmiş ve işyerinde işgücü fazlalığı oluşması neden olan hallerde, işçinin işyerinde çalışma olanağının kalmadığı durumlarda, geçerli bir sebeple yapılan fesihten söz edilir. Ekonomik kriz nedeniyle sırf işverenin karının olmaması, zarar etmesi, üretim ve sürümde meydana gelen bir dizi aksaklıklar vb. pek çok gerekçe tek başına fesih için sebep teşkil etmeyecektir. Önemli olan krizin işyerinde sürekli ve olumsuz yönde etki yaratması ve bu olumsuzlukların işyerinde geçici nitelikte değil, sürekli nitelikte ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığı doğurmuş olması gerekmektedir. Bu nedenle genel nitelikli

[563] KAPAR, s.79.
[564] KAPAR, s.80

olmayan ve süreklilik arz etmeyen ekonomik krizler, zorlayıcı nedenler, geçici ifayı kabul engelleri halinde, geçerli fesih hakkı doğmamaktadır[565].

Ekonomik kriz genel nitelikli ve sürekli olsa dahi, işveren iş sözleşmesinin feshinde, soyut ve genel geçer beyanlarda bulunamayacak, ekonomik krizin işletmesini doğrudan etkileyerek satış ve siparişlerde azalmaya yol açtığını, üretimi kısmak, işçi çıkarmak zorunda kaldığını ispatlamak için maddi deliler sunmak zorundadır.

Ekonomik kriz sebebiyle iş hacminde daralma, satışlarda ve üretim de düşüşler meydana gelmesi halinde, işverence işletmenin lehine olmak üzere birtakım kararlar alınabilecektir. Ekonomik krizin varlığı haline mahkeme, işletmenin faaliyet alanına bakarak sektörel denetim yaparak, ekonomik göstergeler geçerli sebebin açıklığa kavuşturulması bakımından epey bir önem kazanacaktır. Genel veya sektörel ekonomik krizin işletmeye yansıması da son derece önem arz etmekte olup, bu durumun somut verilerle ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim işletmenin mali durumundaki olumsuz değişimler, şirketin bilanço ve mali tablolarının karşılaştırılması yoluyla yapılarak, krizden etkilenme durumu tespit edilebilecektir.

Mahkemece işveren tarafından ekonomik kriz sebebine dayanılması halinde, kriz ve krizin etkilerinin bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkeme denetim yaparken, yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, hesap uzmanı, gelirler kontrolörleri veyahut üniversitelerde sadece maliye bölümü vergi alanındaki öğretim üyeleri ile işletme bölümü finansman ve muhasebe öğretim üyelerinden en az biri aracılığı ile ilgili kurumlardan kayıtlar getirtilip incelendikten sonra, işyerinde keşif yapılarak ve şirket mali ve ticari kayıtları, personel giriş ve çıkış kayıtları, sermayesi, öz varlıkları, borç alacaklıları, satış ve üretim değerleri incelenerek değerlendirme yapılır[566].

Mahkemece denetim yapılırken;

- İşverence her türlü tedbirin alınıp alınmadığını
- Girişimci karar sonrası istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği
- Fesih yoluna gidilmeden önce yıllık izin ya da ücretsiz izin gibi başkaca alternatif çözümlerin denenip denenmediği

[565] KESER, s.338-339.
[566] KESER, s.340-341.

- Sözleşmenin feshi halinde iş akdine son verilecek işçilerin seçiminde hangi kriterlerin uygulandığı
- İşçilerin iş sözleşmeleri feshedildikten sonra, işverence başkaca işçilerin alınıp alınmadığı
- İşverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı, işverenin girişimci kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, girişimci karar sonrasında feshin kaçınılmaz olup olmadığını hususlarının somut olarak ortaya konulması gerekmektedir.

b. Talep ve sipariş azalması Sonrası Üretimin Düşmesine İlişkin Alınan Girişimci Kararlar

aa. Talep ve Sipariş Azalması Kavramı

Ekonomik kriz ortamının en önemli göstergelerinden biri, mal veya hizmetlere olan iç veya dış talebin azalması olduğu kadar, üretime temel oluşturan siparişlerinde düşmesidir. Bu gibi durumlar, dıştan kaynaklanarak, işyerindeki üretimi ve işyeri istihdamını olumsuz yönde etkilemektedir[567].

İç veya dışı piyasalardaki ekonomik olumsuzluklar, işyerinde üretilen mal veya hizmetin sürümünü ve satış olanaklarını azaltması neticesinde işyeri üretiminin düşmesine neden olabilir. Bu durumda, üretimdeki düşüklük, giderek istihdam üzerinde menfi yönde etki yaparak, iş sözleşmelerinin geçerli nedenle feshini zorunlu kılabilir.

bb.Talep ve sipariş Azalmasına Bağlı olarak Alınan Girişimci Karar Sonucu İş Sözleşmelerinin Feshi

İşletmenin satışlarında, cirosunda veya kârın geçici bir düşüş, işyerinin faaliyetlerinde hafif bir azalma meydana gelmiş ise, bu tür geçici ekonomik güçlükler geçerli fesih nedeni sayılamayacaktır[568].

İşyerinde üretimin kesintisiz biçimde sürdürülmesi, önemli ölçüde, dışarıdan enerjinin sağlanmasına bağlıdır. Nitekim, enerjinin sağlanmasında yaşanacak güçlükler, üretimin ve

[567] CENTEL, s.106.
[568] CENTEL, s.107.

istihdamın üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır. Bu sebeple işyerlerinde ortaya çıkan enerji kısıtlamaları, üretimin düşmesi ve işgücü fazlalığının oluşmasına yol açmaktadır[569].

İç veya dış piyasalardaki hareketsizlik, yani işlem hacminin düşmesi ve giderek ortaya çıkacak durgunluk, işyeri üretimini olumsuz etkileyecektir. Nitekim üretim yapılsa dahi malın satışı iç ve dış piyasalar nezdinde satışı gerçekleşmeyecek, böylelikle üretime gereksinim duyulamayacağı için, işveren tarafından istihdamın azaltılması yoluna başvurmak zorunlu hale gelecektir[570].

Ham madde temininde yaşanabilecek sıkıntı ve güçlükler, üretimi ve sonrasında işyerindeki istihdamı olumsuz yönde etkiler. Örneğin devletin dış alım yasağı koyması veya ham maddenin ülke içerisinde karneye bağlanması gibi hususlar, birer geçerli neden teşkil edecektir. Ham madde güçlüğü, işyerindeki mal üretiminin ham maddeyi işlemeye bağlı olduğu hallerde büyük öneme sahiptir. Ancak söz konusu edilen bu güçlüklerin, dışarıdan kaynaklanması zorunlu olup; işyerinin kendi ekonomik güçlükleri nedeniyle ham madde sıkıntı yaşaması feshi geçerli hale getirmeyecektir.

Geçerli bir feshin söz konusu olabilmesi için ekonomik güçlüğün gerçek olması gerekir. Nitekim işverence ileri sürülen ekonomik güçlüklerin mevcut olup olmadığını yargıç araştıracaktır. Örneğin ham madde sıkıntısı aşılabilecek durumda iken işverenin bu yönde çaba göstermemesi ve bunu fesih nedeni olarak ileri sürmesi geçerli neden olarak kabul edilemez[571].

İşveren üretimin düşmesi ile nedensellik bağı içinde işçinin çalışmaya devam olanağının ortadan kalktığını, üretimdeki düşüklük ile sözleşmesi feshedilen işçi sayısının orantılı olduğunu, üretimdeki düşüklüğün geçici olmadığını ispatlamak durumundadır.

İşletmede ekonomik krize bağlı olarak sipariş azalması ve paralel olarak üretim azalması yaşandığı takdirde, işyerinde istihdam azaltılmasının kaçınılmaz olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Bu azalmanın ve zarar etmenin, kısaca feshe neden olan ekonomik nedenlerin kalıcı olup olmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı, fesih dışında tedbirler alınması ile ekonomik nedenlerin ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağına bakılmalıdır. İşverenin toplu işçi çıkarma bildiriminde belli statüde olanları seçeceğini bildirmesi halinde

[569] CENTEL, s.108.
[570] CENTEL, s.108-109.
[571] CENTEL, s.108.

ise, işverenin bu kriterlere uyup uymadığı, davacı işçinin bu kapsamda çıkarılacaklar arasında olup olmadığının da denetlenmesi gerekmektedir[572].

c. Kamu Kurumlarına Vize Tahsis Edilmemesi Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Alınan Girişimci Karar

aa. Vize Tahsisi Kavramı

İşçi çalıştırmak isteyen bir kamu kurumunun, işçi çalıştırmak için merkezi yönetimden izin almasına kamu çalışma hukukunda "işçi çalıştırmak için vize alma" denilmektedir[573]. İzin vermekle görevli makamlar, kamu kurumlarına vize tahsisi yaparak işçilerin ilgili kamu kurumlarında istihdamına izin vermektedirler. İş Hukuku uygulamasında ve İş Kanunu'nda vize olarak tabir edilen bir kavram yer almamaktadır.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadroların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usullerini düzenleyen 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[574] ile her yıl yenilenen Bütçe Kanunlarında da kamu kurum ve kuruluşlarında görev alacak personelin atanma esaslarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

5620 sayılı Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde de, bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan geçici işçilerin sözleşmeli personel pozisyonlarına veya sürekli işçi kadrolarına geçirilme şartı ve yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre maddede belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçinin sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi için 2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam altı ay veya daha fazla süreyle geçici işçi olarak çalışmış olmak gerekir.

5620 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre ise, bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren 1. madde kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılamaz. Ancak mevsimlik ve kampanya işleri ile orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde bir malî yılda altı aydan az olmak üzere vize edilecek geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılabilir. Bu şekilde çalıştırılacak işçiler için her malî yılda maddede belirtilen mercilerden geçici iş pozisyon vizesi alınması zorunludur. Söz konusu vize işlemi yapılmaksızın geçici işçi çalıştırılamaz ve herhangi bir ödeme yapılamaz. İl özel idareleri ile

[572] Y9HD. 20.12.2010T. 2010/9549E. 2010/38895K.,sinerjimevzuat.com.
[573] KESER, s.355.
[574] RG. No: 18251, RGT: 14.12.1983.

bunların müessese ve işletmelerinde (Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan şirketler hariç) bu fıkra hükümlerine göre geçici işçi çalıştırılabilmesine ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenir.

5620 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasına göre de "Bu Kanunun 1. maddesinde belirtilen şartları taşımadıkları için sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu kanunun 3. maddesi kapsamına girmeyen geçici işçiler, ilgili idare, kurum ve kuruluşlarca bir malî yılda altı aydan az olmak üzere ve bu Kanunun 3. maddesinde belirtilen usule göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılmaya devam olunabilir." Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise "Sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyenler, 2006 yılındaki çalışma sürelerini aşmamak kaydıyla bu Kanun'un 3. maddesinde belirtilen usule göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında istihdam edilmeye devam olunurlar." Sözü edilen hüküm, Kanunun yayımı tarihinden sonraki uygulamaya ilişkindir. Kanunun yayımı tarihinde geçici işçi olup da sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşullarını taşımayanların durumu ise geçici m. 1'de düzenlenmiştir. Buna göre 2006 yılındaki çalışması 6 aydan az veya çalışması 6 aydan fazla olup da bu süreyi usulüne uygun alınmış vizeye tabi geçirmemiş olan işçinin bir mali yılda 6 aydan az olmak üzere usulüne göre yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılabilir.

Sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyen geçici işçinin 2006 yılındaki çalışma süresini aşmamak kaydıyla geçici iş pozisyonunda çalıştırılmak üzere iş sözleşmesinin askıya alınması gerekebilir. Sürekli işçi kadrosuna geçirilme koşullarını taşımayan işçinin iş sözleşmesi bu nedenle feshedilemez. 5620 sayılı İş Kanunu geçici m.1 uyarınca her yıl 6 ayı geçmemek kaydıyla usulüne uygun olarak vizesi alınacak geçici iş pozisyonunda çalıştırılmak üzere iş sözleşmesi askıya alınabilir.

İşveren tarafından iş sözleşmesinin 5620 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri çerçevesinde bir mali yılda 6 aydan az çalıştırılmak üzere askıya alınması halinde, askıya almanın tek taraflı olduğundan söz edilerek fesih mahiyetinde olduğu kabul edilemez.[575] Nitekim kanuna dayanılarak yapılan bu tür bir işlemde işçinin muvafakatinin alınmasına gerek olmayıp, işverenin de serbest irade ile hareket ettiği söylenemeyecektir. Başka bir anlatımla, askıya alma işleminde davalı idarenin inisiyatifi bulunmadığından tek taraflı yapıldığı şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Ancak, işçinin sürekli işçi

[575] Y9HD, 15.02.2010T. 2009/14590E. 2010/3483K.; Y9HD, 29.11.2010T. 2009/36033E. 2010/34867K., sinerjimevzuat.com.

kadrosuna geçirilme koşullarını taşımasına rağmen iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda askıya almanın yasal şartları taşımadığı da dikkate alınarak tek taraflı işveren feshi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir[576].

Tüm bu kanuni düzenlemelerin yanı sıra, Yargıtay *"…… davalı Belediyenin 5620 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra mevsimlik ve kampanya işleri dışında geçici işçi istihdam etme imkan ve yetkisinin bulunup bulunmadığı hususları İçişleri Bakanlığından sorulmalı, kanuna aykırı geçici işçi çalıştırılması söz konusu ise Bakanlık tarafından bu konuda yapılan denetimler sonucunda ne tür bir karar verildiği ve varsa bu konudaki soruşturma evrakı getirtilerek mevzuata aykırı istihdamın söz konusu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır."*[577] yönündeki istikrarlı kararlarıyla, kanuna aykırı işçi çalıştırılmasının sonuçlarına değinilmiş, yapılacak araştırmalar neticesinde mevzuata aykırı istihdamın söz konusu olup olmadığı açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece yapılacak araştırma sonucunda, iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun anlaşılması halinde geçersizlik sonucuna bağlı olarak iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilerek ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesi gereğince geçersizliğin ileriye etkili sonuç doğuracağı ilkesi gözetilerek hüküm kurulması gerektiğine isabetli olarak işaret edilmektedir.

190 sayılı KHK'nın Sürekli ve Geçici İşçi Kadro ve Pozisyonları başlıklı 11.maddesinde; Kanunla ve milletlerarası anlaşmalarla veya yıllık programlarla kurulması veya genişletilmesi öngörülen atölye, şantiye, fabrika ve çiftlik gibi işçi istihdamı zorunlu olan hizmet birimleri için ihtiyaç duyacakları sürekli işçi kadrolarını mevcut kadrolarından karşılayacaklarına, mevcut işçi kadrolarının, bu birimlerin ihtiyaçlarının karşılanmasına kafi gelmemesi halinde, Devlet Personel Dairesinin görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca yeni birimlerin norm kadrolarını aşmamak üzere, bütçe imkanları göz önünde bulundurularak uygun görülecek kısmı kadar sürekli işçi kadrosu vize edilebileceğine işaret edilerek, sürekli işçilerin, kadro ile ilgilendirilmeleri gerektiği hususu hüküm altına alınmıştır

Vize edilmiş sürekli işçi kadrolarından boş olanların açıktan atama amacıyla kullanılması, 4857 sayılı İş Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca yükümlü oldukları engelli ve eski hükümlü işçi atamaları hariç Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığının iznine tâbidir. Engelli ve eski hükümlü işçi atamaları, izleyen ayın sonuna kadar

[576] Y9HD. 14.09.2009T. 2008/38292E. 2009/22626K.; Y9HD, 17.05.2010T. 2010/11580E. 2010/13651K., sinerjimevzuat.com.
[577] Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3036E. 2015/6397K; Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3294E. 2015/6516K; Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3138E. 2015/6499K., sinerjimevzuat.com.

Maliye Bakanlığına ve Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Bu kadroların boş olanlarından Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığınca uygun görülenler Başbakan onayı ile iptal edilir. Bu vize işlemi yapılmaksızın sürekli işçi çalıştırılamaz ve ödeme yapılamaz.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 48 inci maddesinde Belediye teşkilâtı, norm kadroya uygun olarak yazı işleri, mali hizmetler, fen işleri ve zabıta birimlerinden oluştuğunu, Beldenin nüfusu, fiziki ve coğrafi yapısı, ekonomik, sosyal ve kültürel özellikleri ile gelişme potansiyeli dikkate alınarak, norm kadro ilke ve standartlarına uygun olarak gerektiğinde sağlık, itfaiye, imar, insan kaynakları, hukuk işleri ve ihtiyaca göre diğer birimler oluşturulabilir. Bu birimlerin kurulması, kaldırılması veya birleştirilmesi belediye meclisinin kararıyla belirleneceği esası getirilmiştir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun geçici 2.maddesine göre norm kadro uygulamasına geçilinceye kadar belediyenin, bağlı kuruluşlarının ve mahalli idare birliklerinin memur kadrolarının ihdas ve iptalleri ile boş kadro değişiklikleri, İçişleri Bakanlığının teklifi, Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile yapılır. Sürekli işçi kadroları ile iş pozisyonları ise norm kadro uygulamasına geçilinceye kadar İçişleri Bakanlığının vizesine tâbi olup, İçişleri Bakanlığı vize yetkisini valiliklere devredebilecektir.

Yüksek mahkeme idarenin 5620 sayılı yasa kapsamında sürekli işçi veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesi için düzenlediği kadro tahsis işleminin bir idari işlem olduğu, bu işlemin iptaline yönelik uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olması gerektiğini belirtmektedir[578].

bb. Kamu Kurumlarına Vize Tahsis Edilmemesi Sebebiyle İş Sözleşmelerinin Feshi

İş akdinin kurulması için bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafında ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşmaktadır. Geçerli bir iş sözleşmesinin kurulması için aranan şartlar içerisinde vize alınmış olması gerektiği de yer almamaktadır. Nitekim iş sözleşmesinin işçinin fiilen işe başlamasıyla oluşacağı düşünüldüğünde vize alınmaması nedeniyle iş akdini geçersiz kılmayacaktır.

Yargıtay "*Davacının çalışmalarının geçtiğini ileri sürdüğü işyeri bir kamu kuruluşuna aittir. Kamu kuruluşlarında çalışanların kayıtlara geçirilmesi ve ücret ödemelerinin belgelere*

[578] Y9HD. 29.01.2013T. 2012/38619E. 2013/3246K.; Y21HD. 29.05.2012T. 2010/12487E. 2012/9498K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 494-496.

dayandırılması asıldır. Böyle olunca; davacının çalışmaları ile ilgili olarak o dönemdeki ücret ödemelerinin hangi kalemden ve ne şekilde ödendiği araştırılmalı, aynı işyerinde ve davacının Çalıştığını iddia ettiği birimde çalışan kamu çalışanlarının yeminli beyanlarına, o dönemdeki Belediye Başkanının tanık sıfatıyla beyanına başvurulmalı ve çalıştı iseler ücretlerinin ne şekilde ödendiği açıkça sorulmalı ve çalışmaların gerçekliği daha somut deliller ile ve hiçbir kuşku ve tereddüt oluşturmayacak şekilde ispat edildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik araştırma ve inceleme sonucu karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir "[579] kararıyla kamu kurumunda işçi alımına yetkili olan yöneticilerin, vize tahsisi olmaksızın iş sözleşmesi yapmaları veya önceden vize tahsis kuralına uyarak almış oldukları işçilerin vizelerinin yenilenmemesine rağmen, çalışmaya devam etmeleri durumunda hizmetlerinin geçtiği sigortasız çalışmalarının tespit edilmesi gerektiğine isabetli olarak karar vermiştir.

Kamu kurumlarına vize alınması zorunlu olduğu halde vize alınmaksızın istihdam edilen işçiler yönünden, işçi alımına yetkili olan yöneticiler hakkında yasa hükmüne aykırılık nedeniyle idari soruşturmalar açılmaktadır.[580] Yargıtay Belediyelere işçi alımının usulüne uygun olmaması halinde haksız menfaat sağlama suçunun oluşacağına hükmetmiştir: "*Gündoğmuş Belediye Başkan Vekili olan sanığın görev yaptığı 2006 yılında 5393 sayılı Belediye Kanunun 49. maddesine aykırı olarak belediye bütçesinin personel giderinin bütçe gelirlerinin % 40'ını aşacak şekilde İçişleri Bakanlığının onayı ve izni alınmadan 3 adet işçi aldığı ve bu suretle Belediyeyi zarara uğrattığı gerekçesiyle mahkumiyet kararı verilmiş ise de, alım usulleri kanuna aykırı olsa bile işçilerin çalışması nedeniyle kamu zararı oluşmadığı, ancak bu işçilere menfaat sağlanması nedeniyle TCK'nın 257/1. maddesindeki objektif cezalandırma şartlarından kişilere haksız menfaat sağlama hususunun gerçekleştiği ve yüklenen suçun bu suretle oluştuğu…"*[581] kararıyla yetkili kurumlardan izin alınmadan işçi çalıştırmanın cezai sorumluluğuna denilmiştir. Yargıtay yine bir başka kararında "*Belediye Başkanı olan sanığın, valilikçe on iki geçici işçi alınması için vize verilmesine karşın, bütçe yasasına aykırı olarak 2000 yılı için yirmi dört, 2001 ve 2002 yılları için yirmi dokuz, 2004 yılı için otuz işçi çalıştırması, bu sayıların mevcut kotanın sınırlarını aşması ve seneler içinde işçi sayısının artması karşısında, kamunun zarara uğratıldığı ve kişilere haksız kazanç sağladığı gözetilmeden, kişi mağduriyeti, kamu zararı oluşmadığı ve kişilere haksız kazanç*

[579] Y10HD. 12.10.2010T. 2010/5458E. 2010/10701K., sinerjimevzuat.com.
[580] Danıştay 2.D, 08.06.2000, 2000/1759E, 2000/2785K.; Danıştay 2.D, 24.05.2011 T., 2000/670E., 2001/1412K., sinerjimevzuat.com.
[581] Y5CD, 30.03.2015 T. 2013/7312E. 2015/9044K., sinerjimevzuat.com.

sağlanmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi isabetsizdir."[582] yönündeki kararıyla vize alınması gerektiğine işaret edilmiş, vize alınmadan yahut vizesi yenilenmemiş işçilerin kurumlarda çalışmaları halinde kurum zararıyla birlikte, işçilere menfaat sağlanması yüzünden görevi kötüye kullanma gibi suçlarla işçi alımına yetkili yöneticiler hakkında dava açılmaktadır. Tüm bu nedenlerle kontrolsüz işçi istihdamının ortaya çıkarabileceği birtakım sakıncaları önlemek amacıyla düzenlenen vize tahsisi uygulamasının dışına çıkılarak, vize tahsisi olmaksızın işe alınan işçilerin iş sözleşmelerine bir etkisi olmasa da, kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Yargıtay, yeterli işçi vizesi alınamamasını işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmiştir. Vize yetersizliği işletme gereğinden kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Ancak, vize yetersizliğinin haklı bir nedenden kaynaklanması ve şayet vizeye tabi işçilerin tamamı işten çıkarılmamış ise işten çıkarılan işçi veya işçilerin seçiminde objektif davranılması gerekir. Bu anlamda, vize yetersizliğinin işverenin az sayıda talepte bulunmasından kaynaklanmadığı, vize yetersizliğinde atfı kabil bir kusur izafe edilemediği ve çıkarılacak işçilerin seçiminde objektif davranıldığı tespit edildiğinde, yeterli işçi vizesi alınamaması işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilebilecektir[583]. Yüksek mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta; "*Davacının vizeli geçici işçi olduğu dosya içerisinden anlaşılmaktadır. 5620 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ve getirilen hükümlere göre belediyelerde vizeli geçici işçilerin ancak beş ay yirmi dokuz gün süre ile çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Davacının bu nedenle geçici vizeli işçi olarak işe iadesine karar verilmesi gerekirken sürekli kadroya geçirilmesi anlamına gelecek şekilde hüküm kurulması hatalıdır*" [584] yönündeki kararıyla geçici vizeli işçi olarak işe iadesine karar verilmesi gereken işçinin sürekli kadroya geçirilmesi anlamına gelecek şekilde hüküm tesisini haklı olarak yerinde bulmamıştır.

Bu anlamda, öncellikle vize yetersizliğinin nedeni araştırılmalı; vize yetersizliğinin işverenin az sayıda talepte bulunmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirlenmeli; az sayıda talepten kaynaklanmış ise sebebi araştırılmalı, haklı bir nedene dayanmayan işverenin tasarrufu sonucu vize yetersizliği meydana gelmiş ise salt bu nedenle feshin geçersizliğine karar verilmelidir. Vize yetersizliğinde işverene atfı kabil bir kusur izafe edilmediği hallerde

[582] Y4CD. 17.02.2009T. 2008/1058E. 2009/2566K., sinerjimevzuat.com.
[583] Y9HD. 13.11.2006 T. 2006/29355E.2006/30040K.,sinerjimevzuat.com.
[584] Y22HD. 29.03.2012T. 2012/316E. 2012/5934K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 496-497.

ise işyerinde vizeye tabi işçi sayısı araştırılmalı, tamamı çıkarılmamış ise, işten çıkarılan davacı işçinin seçiminde dikkate alınan ölçütün objektif olup olmadığı tespit edilmelidir.

Kanuna dayalı olarak, bakanlığın veya valiliğin bir işçi pozisyonuna vize vermeyerek ya da bu vizeyi iptal ederek bu pozisyonda çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesine neden olmasının, işveren kamu kuruluşları bakımından, işletme işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep sayılıp sayılmayacağına dair uyuşmazlıklarda, mahkemelerin aşağıdaki kriterlere dikkat edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki,

- Vize yetersizliği olup olmadığını,
- Vize yetersizliği var ise denetim yapılarak yetersizliğin nedeni,
- Vize yetersizliğinde işverene atfı kabil bir kusur izafe edilip edilmeyeceği,
- İşverene atfı kabil bir kusur izafe edilemediği hallerde ise işyerindeki vizeye tabi işçi sayısı araştırılıp, işten çıkarılan işçilerin seçiminde dikkate alınan ölçütün objektif olup olmadığının tespit edilmesi,
- İşçi vizesiz işe alındı ise iş akdine etkisi ve sonuçları[585] gibi kriterler göz önünde bulundurulmadan işçinin sözleşmesinin feshi ise geçersiz olacaktır[586].

d. Personel Giderlerinin Sınırlandırılması Sonucu, İş Sözleşmelerinin Feshine İlişkin Alınan Girişimci Kararlar

aa. Personel Giderlerinin Sınırlandırılması Kavramı

Kamu kurumları, kanuni düzenlemeler sonrasında zorunlu olarak iş sözleşmesinin feshine ilişkin girişimci karar alarak, personel harcamalarının azaltılması yoluna gidilebilirler. Bu durumda kanun gereği zorunlu olarak işçilerin iş akitlerine son verilmektedir.

Personel giderlerinin kanuni bir düzenleme gereği sınırlandırılması, sıklıkla Belediyelerde rastlanmaktadır. 5393 sayılı Belediye Kanunu'n 49. maddesinde personel giderlerinin sınırlandırılmasına yönelik tedbirlere açıklık getirilmiştir. Şöyle ki; Belediyenin ve bağlı kuruluşlarının norm kadroları, bu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirlenir. Belediye personeli, belediye başkanı tarafından atanır. Belediye ve bağlı kuruluşlarında, norm kadroya uygun olarak çevre, sağlık, veterinerlik, teknik, hukuk, ekonomi, bilişim ve iletişim, plânlama, araştırma ve geliştirme, eğitim ve danışmanlık alanlarında avukat, mimar, mühendis, şehir ve bölge plâncısı, çözümleyici ve programcı,

[585] Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3109E. 2015/6470K., sinerjimevzuat.com.
[586] Y9HD. 21.12.2005 T. 2009/7574E. 2009/36254K., sinerjimevzuat.com.

tabip, uzman tabip, ebe, hemşire, veteriner, kimyager, teknisyen ve tekniker gibi uzman ve teknik personel yıllık sözleşme ile çalıştırılabilir. Sözleşmeli personel eliyle yürütülen hizmetlere ilişkin boş kadrolara ayrıca atama yapılamaz (5393 sy. Kanun mad. 49/3).

Yargıtay, " *Davacı, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca, davalı belediyenin 4 yıl süreyle avukatlığını yaptığını ileri sürerek, Maliye Bakanlığı'nın kısmi zamanlı hizmet sözleşmesi ücret taban ve tavanlarını belirleyen genelgesine göre aylık ücret talebi için icra takibi başlatmış olup, takibe vaki itiraz nedeniyle itirazın iptalini istemiştir. Davalı ise, davacı avukat ile aralarında sözleşme bulunmadığını savunmuştur. Mahkemece, hükme esas alınan 22.04.2011 tarihli bilirkişi raporunda, davalı belediyenin davacı avukattan usulsüz hizmet alımı nedeniyle, sebepsiz zenginleştiği miktarın 20.089,56 TL hesaplandığı, ancak yasanın aradığı uygun koşullar sağlanmaksızın yasaya aykırı biçimde avukatlık hizmeti alınması konusunda her iki tarafın da kusurlu hareket ettiği, Borçlar Kanunu'nun 98, 43 ve 44. maddeleri hükümleri uyarınca her iki tarafında kusurlu olması, kusurun ağırlığı, hak adalet ve nesafet kuralları dikkate alınarak taktiren % 50 oranında indirim ile hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekirse, taraflar arasında avukatlık veya hukuki müşavirlik sözleşmesinin bulunmadığı mahkemenin de kabulündedir*"[587] yönündeki kararıyla usulüne uygun sözleşme yapılmamasının sonuçlarına değinmiştir.

5393 sayılı Kanunu'nun 49 uncu maddesinin 8 inci fıkrasına göre, belediyenin yıllık toplam personel giderleri, gerçekleşen en son yıl bütçe gelirlerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerleme katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarın yüzde otuzunu aşamaz. Nüfusu 10.000'in altında olan belediyelerde bu oran yüzde kırk olarak uygulanır. Yıl içerisinde aylık ve ücretlerde beklenmedik bir artışın meydana gelmesi sonucunda personel giderlerinin söz konusu oranları aşması durumunda, cari yıl ve izleyen yıllarda personel giderleri bu oranların altına ininceye kadar yeni personel alımı yapılamaz. Yeni personel alımı nedeniyle bu oranın aşılması sebebiyle oluşacak kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren hesaplanacak kanuni faiziyle birlikte belediye başkanından tahsil edilir[588].

bb. Personel Giderlerinin Sınırlandırılması Sebebi ile İş Sözleşmelerinin Feshi

Kanuni bir düzenleme gereği, personel giderlerinin sınırlandırılması sonucu, zorunlu olarak işverence alınan iş sözleşmelerinin feshine ilişkin girişimci karar, ekonomik sıkıntı ve

[587] Y13HD. 16.04.2014T. 2014/732E. 2014/11946K., sinerjimevzuat.com.
[588] Y9HD. 17.05.2010T. 2010/11580E. 2010/13651K., sinerjimevzuat.com.

ilgili kanunda sözü edilen personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşma nedenine dayandığı hallerde kural olarak işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep kabul edileceği Yargıtay'ın ilk dönem kararlarında yer almaktaydı.[589] Ancak Yargıtay sonraki kararlarında, 5393 sayılı Belediye Yasası'nın personel giderlerinin %30'unu aşmayacağı şeklinde getirdiği kuralın iş sözleşmesinin feshi için yeterli olmadığı, sadece yeni personel alımını engellediği, norm kadro uygulamasına geçilmeden iş gücü fazlalığından söz edilemeyeceği, bu tür hükümler iş sözleşmesinin feshi için yeterli olmadığını isabetli olarak belirtmiştir.

Personel yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmesi hükmüne dayanarak yaşlılık aylığına hak kazanma ve emeklilik hali uzman bilirkişiden işyeri kayıt ve belgeleri üzerinde inceleme yaptırılarak rapor alınarak, işverence alınan karar genel ve objektif uygulandığı takdirde geçerli bir sebep teşkil edecektir. Yargıtay istikrarlı kararlarında da mahkemece işyerinde norm kadro fazlası personel bulunup bulunmadığı, varsa emekliliğe hak kazananların objektif ve genel bir uygulama ile işten çıkarılıp çıkarılmadığının tespitinin yapılması gerektiğini aramaktadır[590].

İşyerinde TİS düzenleme yetkisi bulunan sendikaya üye olan işçilerin, işverene bildirildiği tarihten itibaren işyerinde yürürlükte bulunan TİS hükümlerinden yararlandırılması gerekmektedir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bir ilçenin belediyesinde çalışmakta iken bu belediyenin kapatılması sonucu başka bir belediyeye nakledilen, davalı belediyede de 01.03.2008-28.02.2010 tarihleri arasında yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesi'ne taraf olan Türkiye Genel İş Sendikası'na 01.04.2009 tarihinde üye olan, üyeliğinin 27.04.2009 tarihinde işverene bildiren, ancak işverenin yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesinde var olan sosyal haklardan yararlandırılmadan iş akdi feshedilen işçinin itirazını karara bağlayan Yüksek Mahkeme, işçinin Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandırılmaması gerektiği yönündeki yerel mahkeme hükmünü hatalı bulup, bozmuştur[591]. Toplu iş sözleşmesi hakkı Anayasa'nın 53. maddesinde ve sendikaya üye olma özgürlüğü Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan haklardır. İlgili yasaların toplu iş sözleşmesi hakkından mahrum bırakılacak şekilde mahkemelerce yorumlanması yasanın amacına da aykırı olmaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO), Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Müteallik 98

[589] Y9HD. 29.12.2003T. 2003/22915E. 2003/22947K., sinerjimevzuat.com.
[590] Y22HD. 13.12.2013T. 2013/35129E. 2013/29245K.; Y22HD. 22.10.2013T. 2013/28889E. 2013/22125K., sinerjimevzuat.com.
[591] Y9HD. 6.03.2012T. 2011/3638E. 2012/7044K., sinerjimevzuat.com.

Sayılı Sözleşmenin 1/1 maddesi; işçilerin çalışma hususunda sendika hürriyetine halel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karsı tam bir himayeden yararlanacaklarını hükme bağlamıştır. Anayasa'nın 90. maddesinin 6. bendinde: "Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." hükmü yer almaktadır. Anayasa ve başta ILO sözleşmeleri olmak üzere uluslararası sözleşmeler tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış kollektif özgürlükler, Anayasa'nın 10. maddesi ile birlikte göz önüne alındığında, iş akdinin feshinde işyerinde yürürlükte bulunan TİS hükümlerinden yararlandırılması gerektiği yönündeki Yargıtay kararı son derece yerindedir.

Kanuni bir düzenleme gereği, personel giderlerinin sınırlandırılması sonucu, zorunlu olarak işverence alınan iş sözleşmelerinin feshine ilişkin açılan davalarda mahkemeler, öncelikle davalı kurumun norm kadro sayısını belirlemeli, norm kadroda açık bulunduğu takdirde, bu açıklığın hangi usulle doldurulması gerektiği, şartları varsa 5620 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra mevsimlik ve kampanya işleri dışında geçici işçi istihdam etme imkan ve yetkisinin bulunup bulunmadığı hususları İçişleri Bakanlığından sorulmalı, kanuna aykırı geçici işçi çalıştırılması söz konusu ise Bakanlık tarafından bu konuda yapılan denetimler sonucunda ne tür bir karar verildiği ve varsa bu konudaki soruşturma evrakı getirtilerek mevzuata aykırı istihdamın söz konusu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Yapılacak araştırma sonucunda, iş sözleşmesinin mevzuata aykırı ve yetkisiz bir şekilde oluşturulması söz konusu ise hukuki işlemin geçersizliği sonuca varılmalıdır[592].

İnsan kaynakları uzmanı ve serbest muhasebeci mali müşavir bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle, mahallinde işyeri kayıtları incelenerek, öncelikle, istihdamı engelleyen durum araştırılarak, istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, personel giderlerinin fazla olup olmadığı, işverenin fesih ile çelişen uygulamalar yapıp yapmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı hususlarının mahkemece incelemesi gerekmekte olup, bu hususların irdelenmemesi bozma sebebi teşkil etmektedir[593].

[592] Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3106E. 2015/6467K.; Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3130. 2015/6491K.; Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3124E. 2015/6485K; Y22HD. 23.02.2015T. 2015/3126E. 2015/6487K; Y22 HD. 23.02.2015T. 2015/3102E. 2015/6463K., sinerjimevzuat.com.
[593] Y22HD. 24.09.2013T. 2013/29092E. 2013/19701K., sinerjimevzuat.com.

e. Kamu Kurumlarının Özelleştirme Kapsamına Alınması veya Özelleştirilmesi Sonucunda Ortaya Çıkan İstihdam Fazlasının Giderilmesine İlişkin Girişimci Karar

aa. Özelleştirme Kavramı

Anayasa'nın 47. maddesinin *Devletleştirme ve Özelleştirme* başlığı altında yasal dayanağını bulan özelleştirmenin tanımı şöyle yapılmıştır:

"*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.*

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

Kamu İktisadi teşebbüsleri, ekonomik kalkınmada önemli katkılar sağlamış iseler de; birtakım siyasi partiler tarafından kamu kurumlarının yandaş, verimsiz ve istihdam fazlalığı yaratacak düzeyde işçi alımına gitmesi sonucu kurumlar kendilerini yenileyememiş, yanlış yönetim sebebiyle de sürekli biçimde devlet bütçesine zarar vermeye ve ekstra yükler getirmeye başlamışlardır. Ekstra giderlerin neden olduğu finansman açıkları beraberinde yüksek enflasyona neden olmuştur. KİT'lerin tüm bu nedenlerle özel sektöre satılmasına yönelik uygulamalar neticesinde kamuya ait kurumların özel sektöre satılarak özelleştirilmesi, planlı ve verimli çalışmayı etkilediği kadar, sınırlı devlet bütçesine de katkı sağlanmıştır.

Anayasadaki düzenlemenin yanı sıra, özelleştirme işlemlerinin yürütülmesine yönelik 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun[594] kabul edilerek, özelleştirme uygulamalarına ilişkin ilkeler belirlenmekte ve özelleştirmenin hukuki çerçevesi düzenlenmektedir. Bu Kanun yukarıda belirtilen amaca yönelik olarak; *Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun ve 'Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın kurulmasına, görev ve yetkilerinin belirlenmesine, Özelleştirme Fonu'nun ve 'Kamu Ortaklığı Fonu'nun kurulmasına ve bu fonların kaynakları ile kullanım alanlarının belirlenmesine, Özelleştirme uygulamalarına,*

[594] RGT: 27.11.1994, R.G.No: 22124.

Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabı'nda toplanan paraların nemalandırılmasına, Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdine dayalı olarak çalışan personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalabilecek olanlara mali ve sosyal haklar sağlanmasına, Özelleş tirme kapsamına alınan kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarına, ilişkin hükümler düzenlenerek, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda çalışan personele birçok haklar sağlanmıştır(madde 1).

Özelleştirme kararlarında ülkemizde en yetkili organ olarak, Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği dört bakandan oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu (Kurul) kurulmuştur. Kurul, üyelerin tamamının katılımı ile toplanır ve kararları oybirliği ile alır. Kurulun sekretarya hizmetleri Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür.

Özelleştirme Yüksek Kurulu kamu kurumlarının 'Özelleştirme kapsamına' alınmasına, özelleştirme kapsamına alınanlardan mevcut durumu itibariyle özelleştirilebilir nitelikte olmayanların mali ve hukuki açıdan 'özelleştirmeye hazırlanmasına', hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmeyenlerin ise doğrudan 'özelleştirme programına' alınmasına karar vermek ve özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için süre tespit etmek, Kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek işlemlerini yapacaktır. Bunun yanı sıra Kurul, özelleştirme programına alınan kuruluşların 'satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflarla gerçek ve/veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi' yöntemleriyle yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihai kararları onaylamak, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlardan gerekli görülenlerin küçültülmesine, faaliyetlerinin süreli veya süresiz olarak durdurulmasına, kapatılmasına veya tasfiyesine karar vermek gibi görevleri yerine getirecektir.

bb. İş Sözleşmelerinin İşyerinin Özelleştirme Kapsamına Alınması veya Özelleştirilmesi Sebebiyle Feshedilmesi

İş sözleşmeleri özelleştirme öncesinde veyahut sonrasında da feshedilebilir. Özelleştirme öncesi kamu işverenleri, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda çalışanların iş sözleşmelerini; bu kuruluşların özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi, faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması gibi benzer nedenlerle feshederler. İkinci

durumda ise, özelleştirme sonrası yeni işverence yapılacak fesih olup, kuruluş sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düştüğü veyahut anonim şirket haline dönüştürülmeyen kuruluşların devir ve teslim edilmeleri sonucu fesih gerçekleşmektedir. Ancak her iki durumda da işçilerin iş sözleşmeleri İş Kanunu'nun 17 ve 18'inci maddeleri uyarınca feshi söz konusu olacaktır[595]. İş güvencesi kapsamındaki işçiler yönünden işverence yapılacak fesihlerde, feshi geçerli bir sebebe dayandırmak zorunda olacaklardır. Özelleştirmeye bağlı olarak yapılan fesihlerde işçinin özelleştirme ve süreciyle doğrudan bağlantısı olmadığı için, işçinin kusuruna da bakılmaz. Nitekim fesih, işçinin davranışları ve yetersizliği gibi sebeplerden değil işyeri ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayalı olarak yapılmaktadır.

Salt özelleştirme sebebi ile feshin geçerli olabilmesi için, iş sözleşmesinin hisse devir sözleşmesinden önce feshedilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, işveren, özelleştirmenin tamamlanmasından sonra işyerinde çalışmaya devam eden davacının iş sözleşmesini salt özelleştirme gerekçesi ile feshedemez. Devir sözleşmesinin yapılmasından sonra işçi, devralan işverenin işyerinde çalışmaktadır. Devir sözleşmesinde yer alan herhangi bir hüküm devir alan işverene özelleştirme sebebi ile fesih yetkisi vermemektedir[596]. Yargıtay da iş sözleşmesinin feshinin kamu kurumunca hisse devrinin yapılmasından önce yapılması durumunda, özelleştirme nedenine dayalı feshin geçerli olacağını vurgulamaktadır.[597] Nitekim Yargıtay "*Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, işyerinin özelleştirme işlemleri, 29.07.2005 tarihinde tamamlanmıştır. Bir başka anlatımla fesih tarihinde davacı, özelleştirme kapsamındaki bir işyerinde değil, işyerini özelleştirme ile devralan işveren işyerinde çalışmaktadır. Özelleştirme nedeni ile feshin geçerli olabilmesi için, iş sözleşmesinin hisse devir sözleşmesinden önce feshedilmesi gerekir. Devir sözleşmesinden sonra, davacı çalışmaktadır. Devir sözleşmesinde, imza tarihi itibari ile 4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak çalışanların, imzayı takip eden 6 ay içinde kıdem tazminatına hak kazanılacak şekilde iş sözleşmelerinin sona ermesi halinde, devir sözleşmesinin imzalandığı tarihteki ücret ve hizmet süresi üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatı şirketçe ödenecek hükümü, özelleştirme nedeni ile fesih yetkisi vermemektedir*."[598]

Özelleştirme sonrası özel sektör firmaları ile rekabet sonucu pazar payında azalma, üretim ve alımda önemli ölçüde gerileme, zararın azaltılması ve üretimin sürdürülebilmesi için

[595] KESER, s.344-345.
[596] KESER, s.350.
[597] Y9HD. 12.02.2007T. 2007/1885E. 2007/3087K., sinerjimevzuat.com.
[598] Y9HD. 13.03.2006T. 2006/2324E. 2006/6114K., sinerjimevzuat.com.

personel azaltılması zarureti doğabilir. Özelleştirilen kurumların istihdam yapılarında birtakım değişikliklere gidilmesi zamanla kaçınılmaz olup, bu durum aynı zamanda beklenen faydanın da gerçekleşmesine yardımcı olacaktır[599].

Özelleştirme sonrası, kamu kurumları yüksek maliyetlerle satın alan işverenler, özelleştirme öncesi kadro ve mevcut çalışma şartlarıyla iş ilişkisinin sürdürülmesini istemeyebilirler. Nitekim özelleştirme öncesinde birtakım mali sorunlar yaşayan işletmelerde, özelleştirme sonrasında ciddi yeniden yapılanma kararları alınır ve sürecin sonunda birçok işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi zarureti doğabilir. Özelleştirme sonrasında özel sektöre geçen kamu kurumlarının yönetim, mali durumlar ve işlevsizliği nedeniyle bu tür kurumları satın alan işverenler özelleştirme sonrasında birtakım tedbirler almaktadır. Bu tedbirler genellikle;

- ✓ Satın alınan işletmenin kendi yönetim kadrosunu dizayn etmek,
- ✓ İşletmenin yeniden yapılandırılmasını sağlayarak, iş akışı ve verimli çalışmasına yönelik tedbirler almak,
- ✓ Satın alınan kurumda teknolojik yenilemeler yapılarak, işletmenin gelişen teknolojiyle uyumunu sağlamak vb. gibi nedenler ile özelleştirilen kurumda çalışan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilebilir.[600]

Özelleştirme kapsamında bulunan işyerlerinin bir kısmı özelleştirilmiş bir kısmının da faaliyetine son verilmiş olabilir. Bu durumda özelleştirilen ve faaliyetine son verilen işyerlerindeki personel şirketin kalan işyerlerine dağıtıldığı takdirde, bunun ek bir külfet ve personel fazlalığı doğuracağı açıktır. İşveren, emekliliğe hak kazananları işten çıkarmak suretiyle personel fazlalığını gidermeye çalıştığı takdirde, personel fazlalığını gidermede -emekliliğe hak kazanma- olgusu objektif bir kriter olup, genel bir uygulamaya tabi tutulduğunda fesih için geçerli neden olarak kabul edilecektir[601].

Yargıtay, nitelikli eleman istihdamına gerek duyulmasını fesihte geçerli neden olarak kabul etmiştir. Şöyle ki; "*Dosya içeriğine göre, davacının incelenen şahsi sicil dosyasında ilkokul mezunu olduğu, Erişim Şebekesi bölümünde yatırım, bakım ve onarım işçisi olarak çalıştığı, büro yardımcı hizmet elemanı olmadığı anlaşılmaktadır. Davacının çalıştığı birim ve görevi, teknoloji kullanımını gerektiren bir olgudur. Nitekim mütalaasına başvurulan*

[599] KESER, s.344. Aynı yönde; Y9HD. 25.12.2006T. 2006/32643E. 2006/33918K., sinerjimevzuat.com.
[600] KESER, s.349.
[601] Y9HD. 29.01.2007T. 2006/29977E. 2007/1218K., sinerjimevzuat.com.

bilirkişiler, dayalı kurumda teknolojik yenilenmenin gerekli olduğunu, ilkokul ve ortaokul mezunu niteliksiz eleman çalıştıramayacağını, ileri teknoloji kullanan nitelikli personele dayalının gereksinimi olduğunu, feshin geçerli nedene dayandığını belirtmişlerdir. Davalı kurum, ekonomik nedenler yanında, sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yapısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personele gereksinimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Gerek teknolojik yenilenme ve gerekse özelleştirme geçerli neden olarak değerlendirilmelidir. Bu olgu işletmenin, işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedendir. Mahkemece işe iade isteğinin reddi yerine, yardımcı hizmet elemanı olmayan davacıyı, bu şekilde kabul ederek hüküm kurması hatalı bulunmuştur."[602] yönündeki ve benzer pek çok kararıyla uygulamanın sorunlarına da cevaz vermiştir.

İşverenin, fesihten önce her hangi bir norm kadro çalışması ve bu çalışmaya bağlı olarak işgücü fazlalığının ortaya çıktığının ispatlanması gerekmektedir. Yargıtay, "*Özelleştirme kapsamındaki davalı işyerlerinde çıkarılan birçok işçinin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi Kanunu'na geçici 18. maddesi uyarınca, başka kamu kurum ve kuruluşlarda istihdam edilmeleri için başvurdukları ve yerleştirildikleri anlaşılmaktadır. Ancak davacı işçinin bu yasadan yararlanmak istediğine ve bir kamu kuruluşuna yerleştirildiğine dair dosya içeriğinden bir kanıta rastlanmamıştır. Aksine kayıtlara göre başvurusunun olmadığı belirtilmektedir. Davacı işçi açısından varılan sonuç doğru değildir. Dairemizin ilk bozma kararındaki nedenler araştırılmış değildir. İlk bozma kararı gereği, <davacının vasfı ve yaptığı iş gereği davalıya bağlı diğer işçi ihtiyacı olan işletmelerde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği araştırılmalı ve sonucuna göre> karar verilmelidir."* Yargıtay iş sözleşmesi feshedilen işçinin, vasfı ve yaptığı iş itibariyle, işçi ihtiyacı olan diğer işletmelerde neden değerlendirilemeyeceğinin de ispat edilmesi gerektiğini aramaktadır[603].

İş akdinin, istihdamın etkinleştirilmesi için üretimde verimliliği arttıracak şekilde etkin ve rasyonel bir istihdam politikası izlenmek üzere yapılan re-organizasyon çalışmaları kapsamında feshedilmesini geçerli sebep saymak saymıştır. Yargıtay kararları aynı zamanda "Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Bağlı Ortaklıklarının, 2004 Yılına Ait Genel Yatırım ve Finansman Programının Tespiti Hakkında Karar"ın[604] İstihdama İlişkin Hükümler başlıklı 4. Maddesiyle Yargı kararları son derece uyumludur. Nitekim 4.madde; Üretimde verimliliği

[602] Y9HD. 27.03.2006T. 2006/6187E. 2006/7600K., sinerjimevuzat.com.
[603] Y9HD. 06.11.2006T. 2006/29562E. 2006/29068K., Y9HD. 15.0.2005T. 2005/24770E. 2005/30100K., sinerjimevzuat.com.
[604] RGT. 21.10.2003, R.G. No:25266.

artıracak şekilde, etkin ve rasyonel bir istihdam politikası izlenerek katma değer yaratılması, Memur, sözleşmeli personel, daimi ve geçici işçi dahil toplam personel sayısının yatırım ve finansman programı hedefleri doğrultusunda azaltılması, Emekliliğe hak kazananların emekli olmasını kolaylaştıracak gerekli tedbirlerin alınması, hususlarında gerekli her türlü önlemi kuruluşların almakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Kamu kurumların özelleştirme kapsamına alınması ya da özelleştirilmesi durumlarında, işverenlerce özelleştirme geçerli sebebi ile yapılan fesihlere ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeler aşağıdaki hususlarda denetim yapacaklardır;

- Özelleştirme kapsamına alındığı iddia edilen kamu kurumunun özelleştirme kapsamına alınıp alınmadığı,
- Devir sözleşmesinin var olup olmadığı, içeriği,
- Bilirkişi kurulu ile işyeri kayıtları ve ekonomik göstergeler üzerinde detaylı inceleme yapılarak işyerinde işgücü fazlalığına neden olan ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma olgularının varlığı,
- Nitelikli personele ihtiyaç duyulması sebebiyle yapılan fesihlerde iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı birim, eğitim durumu itibariyle işi yürütebilip yürütemeyeceği, gerek duyulduğunda personelin eğitilmesinin sonuca etki edip edemeyeceği
- Mali müşavir, hukukçu ve işletme uzmanından oluşan bilirkişi raporundan rapor aldırılarak, fesih tarihi itibariyle istihdam fazlalığı doğuran ekonomik sebep bulunup bulunmadığı,
- İşten çıkarılacak işçilerin tespitindeki kriterlerin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığı,
- Fesihlerin kanuni düzenlemeler baz alınarak yapıldığı iddia edilen durumlarda, kanuni düzenlemelerin ilgili özelleştirilen kamu kurumunu kapsayıp kapsamadığı,
- İş sözleşmesi feshedilen işçinin işverene ait başka işyerinde ya da aynı işyerinin diğer bölümlerinde değerlendirme olanağı olup olmadığı,
- Fesih son çare olması ilkesinin uygulanıp uygulanmadığı hususları mahkemece denetlenecektir[605].

4046 sayılı Kanun, özelleştirme kapsamına giren kamu kurumlarında çalışan işçilere, özelleştirme sonrasında ek tazminat hakkı tanımıştır.

[605] KESER, s.352.

cc. Özelleştirme Sonrası İş Sözleşmesi Feshedilen İşçilere Sağlanan Haklar

İş kaybı tazminatı ödenmesi ve diğer hizmetlerin verilmesi olmak üzere özelleştirme sonrasında çok sayıda personelin işsiz kalma ihtimali doğrultusunda işçilere pek çok hak sağlanması yoluna gidilmiştir. Kanunda özelleştirme uygulamaları sebebiyle işini kaybeden işçiler için diğer hakları ve yeni bir iş bulmalarına yönelik hizmetler yanında işsizlik kaybı tazminatı öngörülmüştür. Bu hüküm sosyal hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak kanunda yer almıştır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun özelleştirme sebebiyle iş sözleşmesi feshedilen işçilere, belirli koşulların varlığı halinde iş kaybı tazminatı ödenmesi imkanı getirilmiştir. Bu kanuna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştirakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışanlardan iş sözleşmeleri tâbi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir. Ayrıca bunların mesleklerinde geliştirilmesine, bir meslekte yetiştirilmesine veya meslek edindirilmesine ilişkin eğitim giderleri ile yeni iş bulmalarına katkı sağlamak amacıyla yapılacak giderler Özelleştirme Fonundan karşılanır (madde 21/1).

Engelli personele (ilgili kanunların öngördüğü I, II ve III. derece), bu maddede belirtilen tutarın iki katı olarak iş kaybı tazminatı ödenir. İş kaybı tazminatı ödenmesi ve sağlanabilecek diğer hizmetlere ilişkin işlemler Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından yürütülür. 4046 sayılı Kanun değiştirilmeden önceki halinde kapatma ve tasfiye halleri dışında, 1., 2., 3., derece sakat statüsüyle çalışanların işten çıkarılamayacaklarını belirtmiş ancak kapatma ve tasfiye halinde ise, sakatların işten çıkarılabileceği kabul edilmiş idi. Tüm bu sebeplerle yasak süresince özürlü kadrosunda çalışan bir işçinin iş sözleşmesi özelleştirme geçerli sebebine dayanılarak feshedilemiyordu. Ancak 21 inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikten[606] sonra özelleştirme sonrasında her halde özürlü statüsünde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebileceği belirtilmiştir.

[606] DEĞİŞİK FIKRA RGT: 21.07.2005 RGT NO: 25882 KANUN NO: 5398/7.

Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda iş kanunlarına tabi olarak çalışırken; bunların özelleştirmeye hazırlanmaları, özelleştirilmesi, küçültülmesi, faaliyetlerinin durdurulması, kapatılması veya tasfiye edilmesi nedenleriyle, bu kuruluşların sermayelerindeki kamu payının %50'nin altına düşmesinden, anonim şirket haline dönüştürülmeyenlerin ise devir - teslim tarihinden itibaren bir yıl içinde, hizmet akitlerinin haklı neden olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi veya haklı nedenlerle kendileri tarafından feshedilmesi sonucu işsiz kalanlar bu Kanunda belirtilen tazminat ve diğer hizmetlerden yararlanırlar(md.21/2).

Özelleştirme Fonu gelirlerinden, iş kaybı tazminatı ödenmesi veya diğer hizmetlerden kaynaklanacak giderlerin karşılanması amacıyla ayrılacak tutarlar, öncelikle iş kaybı tazminatı ödenmesinde kullanılır. İş kaybı tazminatlarının ödenmesi ve diğer hizmetlerle ilgili giderlerin karşılanması amacıyla yurt içinden ve/veya yurt dışından sağlanacak özel tahsisli kaynaklar, Kurul tarafından belirlenecek sermayesinin yarıdan fazlası kamuya ait bir bankada Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü adına açılacak "Özelleştirmeye Bağlı İş Kaybı Tazminatı ve Diğer Hizmetler Hesabı"na yatırılır. Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü bu hesabın kullanılması ve değerlendirilmesi ile görevli ve yetkilidir (md. 21/3)

İş kaybı tazminatı, günlük net asgari ücretin iki katıdır. Bu madde kapsamına girenlerden, hizmet akdinin sona erdiği tarihte aynı işveren ile hizmet akdi kesintisiz en az; 550 günden beri devam edenlere 90 gün, 1100 günden beri devam edenlere 120 gün,1650 günden beri devam edenlere 180 gün, 2200 günden beri devam edenlere 240 gün süre ile iş kaybı tazminatı verilir. Söz konusu tazminat ve diğer hizmetlerden yararlanmaya hak kazananların, bu tazminat ve hizmetlerden yararlanabilmeleri için, hizmet akitlerinin sona erdiği tarihten itibaren 30 gün içinde Türkiye İş Kurumuna başvurmaları zorunludur. Türkiye İş Kurumu hak sahiplerinin başvurularını müteakip, gerekli incelemeyi en geç 30 gün içinde sonuçlandırarak iş kaybı tazminatına hak kazanıldığını tespit etmesi halinde hizmet akdinin feshi tarihinden geçerli olmak üzere, inceleme ve buna ilişkin işlemlerin sonuçlanmasından itibaren 10 gün içinde iş kaybı tazminatını aylık olarak ödemeye başlar. Aylık ödemeler, tazminata esas gün sayısına göre günlük net kazancın 30 günlük tutarı üzerinden yapılır(md.21/4).

4046 sayılı Kanun'un 21/5 fıkrası hizmet akitleri sona eren personellerden, sona erme tarihi itibariyle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun hükümleri gereğince hizmet ve prim ödeme sürelerine göre yaşlılık aylığına hak kazananların iş kaybı tazminatı ve diğer

hizmetlerden yararlanamayacağını öngörmekteydi. Ancak Ankara 15. İş Mahkemesi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş olup, Anayasa Mahkemesi "*Kanun'un 21. maddesinde düzenlenen iş kaybı tazminatı, özelleştirme uygulamaları nedeniyle kendi kusuru olmaksızın iş sözleşmesi sona erdirilen işçi statüsündeki çalışanlara, iş hukukundan kaynaklanan diğer tazminatların yanında, Kanun'da öngörülen süreyle sınırlı olarak (işçinin kıdemine göre üç aydan sekiz aya kadar) ödenen ve kişinin yeni bir işe yerleşmesiyle veya her halükarda Kanun'da belirlenen sürenin dolmasıyla da kesilen ek bir mali imkândır. İş kaybı tazminatının amacı, kusuru olmaksızın işini kaybeden işçinin uğradığı mağduriyetlerin kısmen de olsa giderilmesidir. Nitekim Kanun'un gerekçesinde, iş kaybı tazminatı ödenmesinin öngörülmesiyle, iş kaybı nedeniyle maruz kalınacak mağduriyetin ve bu konuda kamuoyunda oluşan sosyal olumsuzlukların giderilmesinin amaçlandığı açıkça ifade edilmiştir.*

Özelleştirme uygulamaları nedeniyle kusuru olmaksızın işini kaybeden tüm işçilerin benzer mağduriyetler yaşayacağı ve işsiz kalmanın, bu kişiler üzerinde yol açacağı olumsuzlukların birbirine yakın olacağı ortadadır. Şu hâlde, işsiz kalanların benzer mağduriyetler yaşayacakları açık olduğuna göre, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte yaşlılık aylığı almaya hak kazananlar ile hak kazanmayanlar arasında, bu mağduriyetlerin hafifletilmesi amacını taşıyan iş kaybı tazminatı ödenmesi bakımından ayrım yapılmasının haklı temeli bulunmamaktadır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte yaşlılık aylığı almaya hak kazanmayanlara iş kaybı tazminatı ödenirken, anılan tarih itibarıyla yaşlılık aylığına hak kazananların bu mali haktan mahrum bırakılması eşitlik ilkesini zedelemektedir." [607] Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğunu belirterek, söz konusu maddeyi iptal etmiştir.

D. İşletme Gereklerine İlişkin Nedenlerin Geçerli Bir Fesih Oluşturma Koşulları

1. Feshin Son Çare Olması (Ultima Ratio)

İş güvencesini temel alan bir hukuk sisteminde sözleşmeye bağlılık ilkesi esas, sözleşmenin feshi ise istisnadır. Başka bir söyleyişle, iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemelerin temelinde, ilişkisinin varlığın korunması, sürdürülmesi ve feshe son çare olarak bakılması bulunmaktadır. Zira sözleşme tarafları dürüstlük kuralları gereğince, sözleşmenin devamlılığını sağlamak ve edimlerini yerine getirmek için elinden gelen tüm

[607] Anayasa Mahkemesi, 22.05.2014T. 2014/73E. 2014/98K., sinerjimevuzat.com.

çabayı göstermek, öngörülebilen tüm seçenekleri denemekle yükümlüdürler. Girişimci kararın uygulanması aşamasında, yapılması düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması temel bir kuraldır.

Son çare ilkesinin pozitif dayanağını Medeni Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan dürüstlük kuralı oluşturur. Bu kural uyarınca işveren, iş akdinin feshinden önce sözleşmenin devamlılığını ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini sağlamak için gerekli çabayı göstermeli, dürüstlük kuralı uyarınca öngörülebilen tüm seçenekleri denemeli, son çare olarak feshe başvurmalıdır[608].

4857 sayılı İş Kanunumuzda feshin son çare olması ilkesi açıkça düzenlenmemiş, buna karşın geçerli fesih sebeplerini düzenleyen İş K. m.18'e ilişkin gerekçesinde fesihte son çare ilkesinden söz edilmiştir. Buna göre, ".. Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır…" denilmek suretiyle, söz konusu ilkenin fesih sırasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[609]. Son çare ilkesinin ve uygulama esasları 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunun 13 üncü maddesine ek olarak getirilen iş güvencesine ilişkin düzenleme gerekçesinde; son çare ilkesi işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ile sınırlı olarak belirtilmiştir. Söz konusu gerekçeye göre, işyeri içi veya işyeri dışındaki nedenlerle fesih uygulamasına giderken *"..işverenden beklenen, fazla çalışmaları kaldırmak, işçin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır*", görüleceği üzere 4857 sayılı İş Kanun'un 18 inci maddesinin gerekçesinin daha kısa bir ifade ile son çare ilkesinin tanımlandığı görülmektedir[610].

İşverence geçerli sebebe dayanılan sebep, işçinin artık o işyerinde çalışma olanağını ortadan kaldırıyorsa, bu durumda fesih işlemi ile işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağı gerçekleşmiş olmaktadır. Buna karşın geçerli sebeplerin varlığına rağmen, işçinin işyerinde

[608] GÜZEL, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi), s. 175; SÜZEK, s. 615-617.
[609] CENTEL, s.113; Y22HD. 04.03.2015T. 2015/4602E. 2015/8950K., sinerjimezuat.com.
[610] Y22HD. 08.11.2013T. 2013/27014E. 2013/23711K.; Y23.HD. 07.03.2014T. 2013/33338E. 2014/5108K.; Y7HD. 30.09.2013T. 2013/25409E. 2013/20267K.; Y22HD. 08.02.2013T. 2013/1019E. 2013/2326K.; Y7HD. 28.01.2015T. 2014/17005E. 2015/771K., sinerjimevzuat.com.

çalışma olanağının halen bulunduğu hallerde, geçerli sebeple fesih işlemi arasında illiyet bağı kurulmamış olacaktır[611]. Önemli olan işverenin sözleşme ilişkisinin devamlılığı için dürüstlük kuralı uyarınca öngörülebilen tüm seçenekleri denemesi ve feshe son çare olarak başvurmasıdır[612]. Fesihte son çare (Ultima Ratio) ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, feshin düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare olduğu, son önlem olması gerektiği; bilhassa ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı fesihlerde, işçinin işyerindeki işini koruması açısından işverenin fesih dışında başka bir seçeneğe sahip olmaması anlamına gelmektedir[613]. Nitekim yüksek mahkeme son dönem verdiği bir kararında, "*Davacının çalıştığı hekimevi ve içinde bulunan kuaför biriminin kapatılması üzerine davacıya yeni iş teklif edildiği, davacının bunu kabul ederek bir süre çalıştığı anlaşılmış olup feshin son çare olması ilkesi kapsamında davacıya yeni görev teklif edildiği halde bunun kabul edilmemesinin geçerli sebep olduğu gözetilmeksizin feshin geçerli sebebe dayandığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*"[614] son çare ilkesinin gözetilmesi halinde feshin geçerli sebebe dayandığının kabul etmiştir.

İşletme gereklerine dayalı fesihlerde, işveren mevcut işçi sayısını, işletmede ihtiyaç duyulan işçi sayısına uyumlaştırmak istemektedir. Nitekim bu düşüncenin temelinde işletmenin ekonomik verimliliği, ekonomik etkinliği, gelir ve karlılığın muhafazası yatmaktadır. Ancak işverenin mevcut işçi sayısını, işletmenin karlılığı, gelir getiriciliği, ekonomik verimliliğinin fesihten başka bir yolla sağlanması mümkün ise, iş sözleşmesinin feshi yoluna başvurulamayacaktır. İşveren, olanakları dahilindeki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işini kaybetmesine yine engel olamıyorsa ancak bu durumda iş sözleşmesinin geçerli bir sebebe dayanarak feshedilmesi söz konusu olabilecektir. Buna karşılık işçinin işyerinde çalıştırılmasını gerektirecek tedbirin, işveren açısından ekstra ekonomik masrafları da beraberinde getirmesi halinde, masrafın işveren tarafından katlanabilir olup olmadığının araştırılması gerekmektedir[615].

[611] GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul, 2005, s. 57-58; GÜZEL, Ali, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare İlkesinin Gözetilmesi, s. 177.
[612] Y22HD. 28.03.2017T. 2017/10563E. 2017/6477K., Y22HD. 28.03.2017T. 2017/10536E. 2017/6450K.,Y22HD. 28.03.2017T. 2017/10567E. 2017/6481K.,sinerjimevzuat.com.
[613] GÜZEL, Son Çare, s.62.
[614] Y22HD. 26.01.2017T. 2017/512E. 2017/1056K., sinerjimevzuat.com.
[615] KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.195.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu ise işçinin çalışmaya devamını engelleyen kaçınılmaz işyeri gereklerine dayanmayan ve işçinin aynı işyerinde bir başka işte veya işletmenin bir başka işyerinde çalıştırılmaya devamının mümkün olduğu hallerde yapılan fesihlerin sosyal bakımdan haksız fesih olduğu belirtilmiştir [616]. Bu hususta Federal Mahkeme'nin 1978 yılında verdiği bir kararda "*Feshin ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun; veya geçerli bir nedene veya haklı bir nedene dayansın daima en son araç olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz şartlarda çalıştırma olanağı aranmalıdır*."[617] Bu kararlar işverenin fesih yerine geçecek daha hafif tedbirlerle, iş ilişkisinin sürdürülmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Son çare ilkesi uyarınca yapılacak yargı denetimi, fesihte keyfiliğin önlenmesi ve işçinin işyerindeki işini koruması temel amacına yöneliktir. Fesihte son çare ilkesinin uygulanıp uygulanmadığının denetimi ancak fesih için geçerli bir nedenin varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Nitekim fesih için geçerli bir neden bulunmuyorsa, son çarenin uygulanıp uygulanmadığına bakılmaması gerekir. Kanun metninde açıkça ifade edilmese de, son çare ilkesi işverence bildirimli fesihte dayanılan geçerli sebebin hakim tarafından denetimi aşamasında dikkate alınmasında hukuki zorunluluk bulunmaktadır. Son çare ilkesine uyulmamış olması durumunda yapılan fesih geçersiz bir fesih sayılacaktır. Konunun İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde açıkça düzenlenmemiş olması, böyle bir uygulamaya engel oluşturmamaktadır[618].

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, girişimci kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını, iş sözleşmesinin sürdürebilmesinin mümkün olamayacağının işverence kanıtlanması gerekmektedir.

İşverenin uygulamak için aldığı ve geçerli sebep teşkil eden, istihdam fazlasını doğuran kararını sürekli ve kalıcı olarak uygulaması gerekmektedir. Ancak işverenin girişimci karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıracak, işletmeye gereksiz yere masraf yükleyecek tedbirler yükleyerek, işçiye iş yaratılması işverenden beklenemeyecek bir tedbir olmaktadır.

[616] ENGİN, s.64.
[617] BAG 30.5.1978 AQP Nr. 70 zu 6626 BGB., Naklen, ULUCAN, İş Güvencesi, s.43.
[618] GÜZEL, Son Çare, s.68.

Feshin son çare olma ilkesi, "bilhassa ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı fesihlerde, işçinin işyerindeki işini koruması açısından işverenin fesih dışında başka bir seçeneğe sahip olmaması anlamını taşımaktadır. Bu anlamda, bu ilke uyarınca işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurması, bu yola gitmeden önce, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri alması gerekmektedir[619]. Örneğin işçinin eski işi ile aynı veya yakın türde bir işe verilmesi, işçinin daha az elverişli koşullarda çalıştırılması, işçinin meslek içi eğitime tabi tutulması gibi birtakım önlemler alınabilir. İşveren, olanakları dahilindeki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işini kaybetmesine yine engel olamıyorsa ancak bu durumda iş sözleşmesinin geçerli bir sebebe dayanarak feshedilmesi söz konusu olabilecektir"[620].

İşverenin geçerli bir fesih yapabilmesi için, feshi önleyebilecek daha hafif önlemlere başvurması, işten çıkarmaya alternatif olarak alınması mümkün makul bir alternatif önlem denenmeli ve feshe son çare olarak başvurulmalıdır. Sadece işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde değil, işçinin yetersizliği veya davranışları nedeniyle yapılacak fesihler yönünden de son çare ilkesine uyulması gerekmektedir.

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel amaç çizmektedir. İşverenden ancak işletmesel amaç çerçevesinde ve elverişli olan tedbirleri alması beklenebilir. İşveren uygulamak için aldığı kararı kalıcı ve sürekli olarak uygulamalıdır. İşverenden son çare olarak ancak uygulanabilir nitelikte, işletmenin izlediği amaca uygun, bu amaca ulaşmak için aynı ölçüde elverişli olan önlemleri alması istenebilir. Ancak işverenden aşırı masraflı veya işletmeye zarar verecek önlemler alması, işletmeye zarar verecek davranışlarda bulunması, bu kapsamda işçiye yeni iş yaratması beklenemeyecektir [621] . İşverenin, fesihten önce başvurabileceği önlemler, genel olarak somut olaya uygun ve işverenin olanakları dahilindeki tüm seçenekleri kapsamaktadır. Son çare olarak uygulanabilecek tedbirlerden bazıları şöyledir:

a. İşçinin İşyerindeki Başka Bir İşte Çalıştırılması

İşçinin işyerinde başka bir işte çalıştırılma olanağının bulunmasına karşın, son çare olarak bu yola başvurulmadan sözleşmenin feshi geçersiz olacaktır. İşverenin işçiyi

[619] Y22HD. 28.03.2017T. 2017/4366E. 2017/6422K., Y22HD. 28.03.2017T. 2017/4378E. 2017/6434K., Y22HD. 28.03.2017T. 2017/4379E. 2017/6435K., sinerjimevzuat.com.
[620] KESER, s.244.
[621] ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 91, GÜZEL, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare İlkesinin Gözetilmesi, s. 181-182; KESER, s. 249.

çalıştırabileceği durumuna uygun başka bir iş varken, işçiye bu yönde bir öneri yapılmadan, işten çıkartılması yine feshin geçersizliğine yol açacaktır. İşverence fesih yoluna gitmeden önce işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan bir iş, böyle bir işin bulunmaması halinde, benzer bir iş, bu durumun da bulunmaması halinde daha alt kategorideki işin önerilmesi gerekmektedir. İşçiye kendisine teklif edilen işi kabul edip etmemekte özgür olup, işverence bu önlemlere başvurulmaksızın fesih yoluna gidildiği hallerde, fesih son çare olma ilkesi gözetilmeksizin yapılması nedeniyle, geçersiz bir fesih olarak nitelendirilecektir[622].

Yüksek mahkeme girişimci karara dayanan fesihlerde işçinin özelliklerinin dikkate alınarak çalışabileceği boş kadroların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim bu yönde: " *Davacının işyerinde fiilen elektrik teknisyeni olarak çalıştığı davalı tarafça ifade edilmiştir. Davacı ile yapılan 01. 01. 2013-28.02.2013 tarihlerini kapsayan sözleşmede davacının görevinin belirtilmediği, 01.01.2010-31.12.2012 dönemini kapsayan sözleşmede ise davacının boyacı ustası/oto boyacısı/oto elektrikçisi olarak çalıştığı anlaşılmıştır. 01.01.2013-28.02.2013 tarihlerini kapsayan sözleşmede ve şartnamesinde Bursa Yenişehir Havalimanında Boyacı ustası, oto boyacısı, oto elektrikçisi olarak 3 adet kadronun tahsis edildiği görülmüştür. Davacı bu kadroda değerlendirilmemiştir. İşyerinde gerekirse keşif de yapılarak davacı ile aynı işi yapan kişilerin çalışmaya devam edip etmediği, feshin son çare olması ilkesi kapsamında elektrik tesisat ve pano montörlüğü olarak ustalık belgesine sahip ve cv sindeki nitelikler dikkate alınarak davacının çalışabileceği kadrolar ve pozisyonlar araştırılıp sonucunda göre karar verilmelidir*"[623].

Girişimci karar gereği, iş sözleşmesinin feshi söz konusu olan işçinin, yaptığı işle hiçbir bağlantı ve alakası olmayan bölüm ve işlerde çalıştırılmaması gerekmektedir[624].

b. Fazla Çalışmaların Kaldırılması

İşçinin iş sözleşmesinin feshini gerektiren işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebebin dayanağının ödeme darboğazına düşülmesi ya da tasarruf tedbirlerinin alınması olarak gösteriliyorsa, işçiyi işyerinde başka bir işte çalıştırma yükümlülüğü son çare olma ilkesine hizmet etmeyecektir. Bu tür durumlarda son çare olma ilkesinin farklı tedbirler uygulanarak hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu tür durumlar girişimci karar ile sağlanması düşünülen tasarruflar fazla çalışmaların durdurulması, çalışma

[622] GÜZEL, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (ultima ratio), İlkesinin Gözetilmesi, s. 180; KESER, s.246; SÜZEK, s. 617-619.
[623] Y7HD. 16.04.2014T. 2014/4485E. 2014/8435K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 480-482.
[624] Y9HD. 24.03.2008T. 2008/7977E. 2008/6091K., sinerjimevzuat.com; KESER, s.248.

sürelerinin kısaltılması, işçilere yıllık ücretli izinlerinin kullandırılması, vardiya sayısının azaltılması, yeni işçi alımının durdurulması gibi vb. uygulamalar fesih yerine geçebilen bazı önlemler olmaktadır. İşyerinde alınan tüm önlemlere rağmen işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalktığı hallerde, son çare ilkesi de uygulanmış olacağı için fesih için geçerli bir sebebin varlığı söz konusu olacaktır[625].

c. İşçinin İşverenin başka Bir İşyerinde Çalıştırılması

İşverenin birden fazla işyeri varsa, son çare olarak işçinin diğer işyerlerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir[626]. İşçinin çalıştırılabileceği diğer işyerlerinin aynı işletme içinde yer alması veya aynı işkolunda olması, aynı il sınırları içerisinde bulunması zorunlu değildir.

Aynı topluluğa veya holdinge ait olsalar da her bir şirketin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması nedeniyle, işverene işçiyi başka bir işverene ait işyerinde değerlendirme yükümlülüğü de yüklememektedir. Feshin son çare olması ilkesi yönünden önemli olan işyerlerinin aynı gerçek veya tüzel kişi işverene ait olmasıdır[627].

d. İşçinin Meslek İçi Eğitime Tabi Tutulması

Değişen teknolojiler ve hızlı tüketim toplumunun gerektirdiği yenilikler işverenin işyerinde yeni teknolojileri uygulaması ve üretim konusunu değiştirmesine yol açabilir. İşverenin işyerinde yeni teknolojileri uygulaması veya üretim konusunu değiştirmesi halinde, fesih yoluna gidilmeden, son çare olarak işçiye değişen yeni teknolojiyi tanıtan ve uyumu sağlayıcı eğitim verilerek, iş ilişkisinin devamı sağlanabilir[628]. Yargıtay kararlarında, işçiyi "meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir" denilmek suretiyle işçinin sözleşmesinin feshedilmesinden önce eğitilmesi gereğini

[625] SÜZEK, s.617-619; Y9HD. 23.06.2008T. 2007/32510E. 2008/17191K., Y9HD. 23.06.2008T. 2008/7234E. 2008/17221K., Y9HD. 13.02.2006T. 2005/37239E. 2006/3456K., , Y9HD.01.10.2007T. 2007/14080E. 2007/28544K., sinerjimevzuat.com.

[626] Y9HD. 27.04.2017T. 2017/32837E. 2017/9815K.; Y9HD. 27.04.2017T. 2017/32835E. 2017/9813K.; Y9HD. 27.04.2017T. 2017/32836E. 2017/ 9814K., Y22HD. 28.03.2017T. 2017/13765E. 2017/6504K.; Y22HD. 28.03.2017T. 2017/13751E. 2017/6490K.; Y22HD. 28.03.2017T. 2017/13794E. 2017/6533K.; sinerjimevzuat.com.

[627] Y9HD. 16.06.2008T. 2008/19905E. 2008/16029K., Y9HD. 16.06.2008T. 2008/19904E. 2008/16028K., Y9HD. 16.06.2008T. 2008/199901E. 2008/16025K., Y9HD. 24.03.2008T. 2008/7977E. 2008/6091K., KESER, s.248.

[628] Y22HD.02.07.2013T. 2013/15257E. 2013/16129K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.430.

vurgulamaktadır[629]. İşçiye eğitim verildiği halde işçi işe uyum sağlayamıyorsa ve işi gereğine uygun şekilde ifa edemiyor ise, yetersizliğine dayalı olarak iş akdi feshedilebilir.

İşverenden beklenebilecek mesleki eğitim ölçülü ve makul olmalıdır. İşçiye verilecek eğitim çok uzun süre devam etmemeli ve makul sürede bitebilmeli, aşırı masraflı olmamalıdır[630].

e. Uygulanabilecek Diğer Tedbirler

Son çare olarak uygulanabilecek önlemler yukarıda belirtilenlerden ibaret olmayıp; işçilerin ücretsiz izne çıkarılması, işyerinde kısa çalışma uygulanması gibi esnek çalışma biçimlerinin uygulanması, temsil ve tanıtma giderlerinden tasarruf edilmesi, işçilere yıllık ücretli izinlerin kullandırılması, vardiya sayısının azaltılması, yeni işçi alımının durdurulması, vb. fesihten önce son çare olarak başvurulabilecek diğer önlemlerdir[631]. İşverence bu yolların iş sözleşmesinin feshinden önce denenmiş olması gerekmektedir. Ancak işverence alınan tüm önlemlere rağmen işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalktığı durumlarda, işverence feshin son çare olma ilkesini uyguladığı gözetilerek, işverence yapılan fesihler geçerli sayılacaktır.

2. İşçinin İşyerinde Çalışma Olanağı Kalmadığının Tespit Edilmesi

Ekonomik güçlükler, teknolojik değişimler yahut kriz sonrası daralmaya gidilmesi, birleşme gibi işgücü fazlalığı ortaya çıktığı hallerde işyerinde bazı işçilerin işten çıkartılması zorunlu hale gelmiş ve çalışmaya devam olanağının kalmaması söz konusu olabilir. İşyerinin dışından kaynaklanan hallerin geçerli neden oluşturması için, işverence alınan önlemler neticesinde işçinin çalışma olanağının kalmaması, işçi sayısının ihtiyaçtan fazla olması halinde son çare olarak iş akitleri süreli fesih yoluyla sona erdirilebilir. İşverenin ekonomik güçlükler veya işyerinde uyguladığı yapısal ya da teknolojik değişim sonucunda işçinin işyerinde çalışma olanağı kalmamış ve istihdam fazlası ortaya çıkmış ve işyerine yeni işçi alınması söz konusu değilse, işverence yapılan fesih geçerli hale gelecektir. İşveren kararının nedeni ne olursa olsun, fesih hakkının doğumu için koşul, işçinin çalışmaya devam olanağının bulunmamasıdır. Zaten işletme gerekleri ile feshin nihai amacı da, işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır[632]. İşçinin çalışma olanağının ortadan kalkması, sadece

[629] Y9HD. 23.03.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K., sinerjimevzuat.com.
[630] SÜZEK, s.615-618.
[631] Y9HD. 16.10.2007T. 2007/15691E. 2007/30607K., Y9HD. 24.04.2007T. 2007/11602E. 2007/11500K., Y9HD. 27.11.2006T. 2006/22486E. 2006/31068K., Y9HD.27.11.2006T. 2006/22484E. 2006/31066K.
[632] Y22HD. 24.09.2014T. 2014/21678E. 2014/25435K., sinerjimevzuat.com.

belirli bir çalışma yerinin var olmaması anlamına gelmez, önemli olan işçinin yaptığı işin sürekli olarak yitirilmesidir[633].

Alman Federal Mahkemesi 9 Mayıs 2001 tarihinde verdiği kararda bu ilkeyi ve ölçütlerini detaylı biçimde anlatmıştır[634]. Karara konu olayda, psikiyatri, psikoterapi ve nöroloji kliğinde laborant olarak çalışan iki işçinin işverenin girişimci kararı sonrası laboratuarın kapatılması ve klinikteki aynı hizmetlerin yabancı bir laboratuvara verilmesi sonrasında iş akdinin feshi kararda tartışılmıştır. Yerel mahkeme kliniğin özelliğini göz önünde bulundurarak, laboratuar hizmetinin dışardan da temin edilebileceğini, bu konuda karar verme yetkisinin sorumluluğunun işverende olduğunu belirterek feshin geçerli nedene dayandığını belirtmiştir. Kararı inceleyen Federal Mahkeme ise, mevcut olayda işverenin laboratuar kapama kararının girişimci karar olduğunu, işverence alınan kararın gerçeği yansıttığını, işverenin kararının amaca uygun veya uzmanca olup olmadığının mahkemece araştırılamayacağını, söz konusu laboratuarın niteliği bakımından kliniğin vazgeçilmez bölümünü oluşturmadığı gerekçeleriyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı belirtilerek yerel mahkeme kararı onanmıştır[635].

[633] ENGİN, s.77; Y9HD. 16.06.2008T. 2008/19905E. 2008/16029K., Y9HD. 16.06.2008T. 2008/19904E. 2008/16028K., Y9HD. 16.06.2008T. 2008/19899E. 2008/16023K., Y9HD. 16.06.2008T. 2008/19901E. 2008/16025K., ; KESER, s. 249.
[634] Naklen, BAG 2. Senat, Urteil vom 27. Juni 2002, Az: 2AZR 489/01, ULUCAN, İş Güvencesi, s.62.
[635] ULUCAN, İş Güvencesi, s.64.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGISAL DENETİM

A. İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLERE DAYALI FESİHLERDE YARGISAL DENETİM

1. 7036 Sayılı Yasa Kapsamında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

a. Genel Olarak

Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen bir çözüm yöntemidir. Arabuluculuk ülkemizde yeni bir kavramdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak düzenlenen arabuluculuk kurumu, mevzuatımızda ilk defa 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu" ile ihtiyari arabuluculuk kurumu hukuk sistemimize girmiştir. Ağır iş yükü nedeniyle iş uyuşmazlıklarında ihtilafların mahkeme aşamasına gelmeden alternatif çözüm yollarıyla sonlandırılması ve dava yoluyla mahkemeler önüne gelen uyuşmazlıkların da daha kısa sürede sonuçlandırılarak, ekonomik olarak zayıf durumda olan işçilerin haklarına en kısa zamanda kavuşmalarını sağlamak amacıyla, 1950 yılından beri uygulanmakta olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu tamamen yürürlükten kaldırılarak, yerine 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilmiştir[636]. 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kanunun kapsamındaki iş uyuşmazlıklarına arabulucuya başvurmak artık dava şartı haline gelmiştir (m. 3). Buna göre bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur[637].

Arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Başka bir söyleyişle arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden

[636] ÇİÇEK, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.32-33.
[637] ÇİÇEK, s. 38; ÇELİK, Yasin, RUHİ, Ahmet Cemal, ŞAHİN, Tuğçem, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 29-32.

müzakere girişmelerine hizmet etmektedir [638]. Arabuluculuk kurumu beş temel esasa dayanmaktadır: Gizlilik, iradilik, yetkilendirme, tarafsızlık ve uyuşmazlığa özgü çözüm. Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri hususları tespit ederek, tarafların ortak bir mutabakata varmalarını sağlayacaktır[639]. Ancak arabulucu, tarafları sunduğu çözüm önerisi dahilinde anlaşmaya zorlayamaz. Nitekim Arabuluculuk Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında "Taraflar, arabuluculuğa başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler" biçiminde arabuluculuğun ihtiyari niyeti vurgulanarak, arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemen olduğu belirtilmiştir[640].

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. Maddesine göre; "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır". Böylelikle dava şartı olarak arabuluculuk kurumu ilk defa hukukumuza girmektedir. Bu düzenlemeye gidilmesinde ki en temel sebep ise, iş davalarının toplam davalar arasındaki oransal fazlalılığıdır. Kanun koyucu, bu yoğunluğun önemli bir kısmının mahkemelere taşınmadan arabulucu nezdinde çözülmesini ve her uyuşmazlığın mahkemelere taşınmadan arabulucu nezdinde çözülmesini, böylelikle yargının iş yükünü hafifletmeye çalışmaktadır. Dava şartı eksikliğinin olup olmadığının denetimi mahkemece yapılacaktır. Buna göre arabuluculuğa başvurmadan dava açılmasının yani dava şartı eksikliğinin sonuçları kanunda şöyle düzenlenmiştir; "Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmezse dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir" (7035 sayılı Kanun m.3/2).

Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru halinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların

[638] ÇİÇEK, Mustafa, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin Yayınevi, 1. Basım, Ankara, 2018, s.37.
[639] ÇELİK/RUHİ/ŞAHİN, s. 45-66.
[640] ÇİÇEK, s. 38; GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Yetkin Yayınevi, 1. Basım, Ankara, 2017, s.48-50.

arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten işlemeye başlar (m. 16, f. 1). Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (m. 16, f. 2). Kanunun bu hükmüyle, arabuluculuk faaliyetinin başlaması ile zamanaşımı ve arabuluculuğun konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin süreler hakkındaki şüpheler giderilmeye çalışılmıştır[641].

Arabuluculuğun sona ermesi ise Kanunun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre birinci fıkrada belirtilen dört halde arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği kabul edilmektedir; tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi halleridir[642].

b. Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamı ve Uygulama Alanı

Zorunlu arabuluculuğun kapsamı, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren hak ve alacakları ile tazminatları ve talepleri oluşturmaktadır (m. 3/1). Böylelikle zorunlu arabuluculuğun uygulama alanı, öncelikle İş Kanunu kapsamındaki her türlü işçi ve işveren uyuşmazlıklarından kaynaklanan taraf alacaklarına ilişkin davalar ve işe iade davaları olacaktır. Getirilen kanuni düzenleme ile bunların kanuna, bireysel iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanması arasında herhangi bir ayrımda gözetilmemiştir. Bunun yanı sıra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenen "Hizmet Sözleşmeleri" kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve talepleri içinde arabuluculuğa başvurulması bir dava şartıdır. Yine Deniz İş Kanunu, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamındaki iş uyuşmazlıklarından kaynaklı her türlü hak ve alacaklar ile tazminatlarda da artık arabuluculuğa başvurulması zorunludur (m. 5).

Zorunlu arabuluculuk kapsamındaki işçilik alacakları şöyledir: kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, iş ilişkisinden ve iş uyuşmazlığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminatlarla, her türlü ücret alacaklarına ilişkin (fazla mesai, yıllık ücretli izin, hafta tatili ücreti vs.) alacaklarda bu kapsamdadır.

[641] ÇELİK/RUHİ/ŞAHİN, s. 39-41.
[642] GÜNAY, s.112-114.

Ancak arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili rücu davaları hakkında uygulanmayacaktır (m. 3/3).

Arabuluculuğa başvuran taraf, başvurusunu; karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna yapacaktır. İşyerinin devri, alt işverenlik, geçici iş ilişkisi ve sözleşmenin devri gibi üçlü iş ilişkilerinde birden fazla işverenin sorumluluğu bulunmaktadır. Alt işverenlik ilişkisinin kurulması halinde, alt işverenin borçlarından asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Müteselsil sorumluluk nedeniyle, alt işveren yanında çalışan bir işçinin alacaklarından kaynaklı arabuluculuğa başvuru halinde; alt işveren ile asıl işverenin arabuluculuk görüşmelerine davet edilmesi gerekmektedir. Yine 4857 sayılı İş Kanunun işyerinin veya bir bölümünün devrini öngören 6. maddesi uyarınca, işyerinin devri halinde devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile devralana geçeceği düzenlenmiştir. Ayrıca devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Bu nedenle işyerini devralan işveren, kendisinden talep edilen alacakların kendi döneminde gerçekleşmediği iddiasıyla bu borçları ödemekten imtina edemeyecektir. Dolayısıyla işyerinin devrinde, yine geçici iş ilişkisinde her iki işverenin sorumluluğunun bulunması sebebiyle arabuluculuğa başvuru da her iki işverenin de arabuluculuğa davet edilmesi gerekmektedir[643].

Yetki itirazının yapılması halinde ise arabulucu, dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı büro tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilir[644].

[643] ÇİÇEK, s. 107; GÜNAY, 67-70.
[644] ÇELİK, RUHİ, ŞAHİN, s. 33-34; GÜNAY, s. 76-80.

2. İşe İade Talebi ve Arabulucuya Başvurma Zorunluluğu

İş güvencesinin önemli amaçlarından biride, keyfi işten çıkarmaları önlemektir. Bu ise ancak işverenin fesih bildiriminde geçerli ya da haklı bir sebebe dayanması ve bu sebebin yargı tarafından denetimi ile yapılabilmektedir. Her ne kadar uygulamada bu davalar "işe iade davası" olarak adlandırılmaktaysa da davanın konusu işverence yapılan yasaya uygun bulunup bulunmadığının tespitidir[645]. İşe iade davası, işçinin işverence gerçekleştirilen haksız ve usulsüz fesihlerine karşı, işçinin korunmasını sağlayan ve çalışamadığı zamanlardaki uğramış olduğu zararları tazmin etme olanağı tanıyan bir davadır. İşçinin işe iade davası açabilmesi için, öncelikle arabulucuya başvurması gerekmektedir. Arabuluculuk sonrasında taraflar anlaşırlarsa, uyuşmazlık taraflar arasında kesin olarak çözümlenmektedir. Ancak taraflar arabulucuda anlaşamazlarsa, işçi süresi içerisinde iş mahkemesine başvurup işe iade davası açabilecektir.[646] 25.10.2017 tarihinde 30221 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 4857sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 20. ve 21. Maddelerinde önemli değişiklik ve eklemeler yapmıştır. Yasa uyarınca, belirli uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulması zorunlu hale gelmiştir. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçeri bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde işe iade talebiyle, arabulucuya başvurmak zorundadır. Bu nedenle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca, 4857sayılı Kanunun 20'nci maddesinde öngörülen bir aylık süre, yapılan değişiklik ile arabulucuya başvurmak için kabul edilmiş bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunun 20. maddesine göre;

" *İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabuluculuğa başvurula*bilir.

[645] SÜZEK, s.633-634.
[646] ÇİÇEK, s. 246.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir".

İş K. m. 20/1 gereğince bir aylık arabulucuya başvurma süresi fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. İşveren iş akdini bildirim sürelerine uyarak feshettiği takdirde, işçi davayı iş akdinin sona ermesi tarihi olan bildirim sürelerinin sonunda değil feshin kendisine bildirildiği tarihten itibaren başvuruda bulunmak zorundadır. Bir aylık süre, hak düşürücü nitelikte bir süre olup, bu süre geçirildikten sonra arabulucuya başvurulamayacak olup, yapılan fesih geçerli feshin bütün sonuçlarını doğuracaktır[647]. İşveren fesih bildiriminde bulunmuş ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, işçi fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması gerekmektedir. İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten itibaren başlayacaktır[648]. Yine işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılmaktadır. Eylemli fesih halinde ise arabulucuya başvurma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işlemektedir[649]. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği yahut sözleşme hükümleri, arabulucuya başvurma süresini kesmeyecektir. İşçinin aynı süre içerisinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bir aylık süreyi durdurmayacaktır[650]. İşveren işçisinin hizmet akdini geçerli bir sebep göstererek ve usulüne uygun olarak feshedebilir. Bu sebeple iş sözleşmesini istifa etmek suretiyle sona erdiren işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması söz konusu değildir. Bu sebeple istifa eden bir işçinin, işe iade talepli arabulucuya başvurması ve işe iadeye ilişkin tazminat ve diğer haklarını talep etmesi imkanı yoktur[651].

İş Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş

[647] Y7HD. 03.06.2014T. 2014/6862E. 2014/12291K, ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.404-405; SÜZEK, s.617.
[648] Y9HD. 17.04.2014T. 2014/1435E. 2014/13113K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.405.
[649] Y22HD. 07.04.2014T. 2014/3998E. 2014/7058K., benzer yönde Y7HD. 11.03.2014T. 2014/2781E. 2014/5677K.; Y9HD. 11.03.2014T. 2013/13178E. 2014/7772K.; Y7HD. 13.02.2014T. 2014/1001E. 2014/3848K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.406-412.
[650] Y7HD. 03.06.2014T. 2014/6862E. 2014/12291K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.404.
[651] AKTUĞ, s.145.

mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. 4857 sayılı İş Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hakeme gidilebilmesi yolunun düzenlenmiş olmasındaki amaç, iş mahkemelerinin yükünün azaltılmasıdır. Tarafların özel hakeme gitme konusunda anlaşmaları halinde artık iş mahkemesi yolu kapalı olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararından önce İş Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasında "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" şeklindeydi. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesinin geçerli bir sebebe dayandırılması konusundaki uyuşmazlığı çözecek özel hakem düzenlemesinin toplu iş sözleşmesine konularak sağlanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir[652]. Anayasa Mahkemesinin bu kararı son derece yerinde olup, işçinin kendi iradesi olmaksızın sendikasının bağıtladığı toplu iş sözleşmesiyle özel hakeme gitmek zorunda bırakılması, hak arama özgürlüğünün elinden alınması anlamına gelmektedir[653]. Tarafların özel hakeme gitme konusunda anlaşmaları halinde, artık iş mahkemesi yolu kapanmaktadır.

İş güvencesine tabi işçiler feshin geçersizliğinin tespiti yerine kendilerine kötü niyet tazminatı ödenmesini talep edemeyeceklerdir. Nitekim kötü niyet tazminatı iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler için söz konusu olan bir tazminat türü olup, yine yüksek mahkemede, iş güvencesinden yararlanan işçilerin feshin geçersizliği davası açmak yerine kötü niyet tazminatı isteyemeyeceğini vurgulamıştır[654]. Ancak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca iş güvencesine tabi olan işçilerin isterlerse işe iade davası açmadan doğrudan sendikal tazminat talep edebileceklerini öngörmektedir (STSK m. 25/5)

3. Yargılama Usulü ve İspat Yükü

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi nedeniyle feshin geçersizliğinin tespiti davasında da husumetin işverene karşı yöneltilmesi gerekmektedir. İşveren vekiline karşı feshin geçersizliğinin tespiti davası açılması ise mümkün olamayacaktır. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iade talebiyle, arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş

[652] İptal Edilen Fıkra Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005 T. 2003/66 E. 2005/72 K. RGT: 24.11.2007 RG NO: 26710.
[653] SÜZEK, s.636.
[654] 25.9.2006T. 2006/11113E. 2006/24598K. , sinerjimevzuat.com; SÜZEK, s. 6636-637.

mahkemesinde dava açılabilir. Arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi kararı verilmektedir. Mahkemenin kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren taraflar iki hafta içerisinde arabuluculuğa başvurabilirler. İş K. 20. Maddesinin 3. Fıkrasına göre dava ivedilikle sonuçlandırılıp, mahkemece verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verecektir.

7036 sayılı düzenlemeden önce, İş Kanunun 20. maddesinin, 3 fıkrasına göre davanın seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonlandırılacağı, mahkemece verilen kararın temyizi halinde ise, Yargıtay tarafından bir ay içinde kesin olarak karara bağlanacağı belirtilmekteydi. Ancak kanunundaki bu düzenleme uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle ne yazık ki bu durum bir türlü mümkün olamamıştır. Nitekim artık 7036 sayılı Kanunun getirmiş olduğu önemli düzenlemelerden birisi de temyiz edilemeyen kararlar başlığı ile daha önceden temyiz yoluna gidilebilen kararlar hakkında temyiz yolunu kapatmasıdır. Kanunun 8. maddesine göre; 4857 sayılı Kanunun 20'nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz. Bu yönüyle iş hukukundaki uygulamadaki sorunlar dikkate alınarak, daha kısa sürede uyuşmazlıkların çözüme kavuşması için bölge adliye mahkemeleri nezdindeki incelemeyle davanın kesinleşeceği öngörülmekte, böylelikle bir yandan da Yargıtay'ın iş yükü hafifletilmeye çalışılmaktadır[655].

Feragat davacının talep sonucundan (neticei talebinden) kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK 307). Feshin geçersizliği davası açıldıktan sonra işçi davasından feragat edebilecektir. Uygulamada önem arz eden mesele ise iş akdi feshedildikten sonra arabulucuya başvurmadan bir aylık süre içerisinde yapılacak feragatin geçerli olup olmadığıdır. Yargıtay bu hususta yaşanan uyuşmazlıklarda bir aylık dava açma süresi içerisindeki feragatlerin iş güvencesinin işçiye sağladığı güvencelerden önceden feragat etmek anlamına geldiğini ve bu durum geçerli kabul edilemeyeceğine yönelik kararlar vermekteydi[656].

İşe iade davası devam ettiği sırada işveren fesihten vazgeçip, işçiyi işe geri çağırması halinde ise Yargıtay eski kararlarında davanın devam ettiği sırada işçinin geri çağırılması halinde davanın konusuz kalacağını, mahkemenin ücret ve sosyal haklar ile tazminata ilişkin

[655] GÜNAY, s.2018-214.
[656] Y9HD. 17.04.2006T. 2006/6103E. 2006/9953K., sinerjimevzuat.com.

karar veremeyeceği yönündeydi[657]. Ancak Yargıtay sonradan bu görüşünden dönerek, davaya devam edilip davanın sonlandırılması gerektiğini isabetli olarak kabul etmiştir[658].

İş Kanunun 20. maddesinin 2. fıkrası gereğince feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür[659]. İspat yükünün işverene ait olması yalnızca iş güvencesi hükümlerinin kapsamına giren işçiler (İş K. m.18) için söz konusu olmaktadır. İşK. m. 20'ye ilişkin madde gerekçesinde, "..158 sayılı ILO Sözleşmesinin 9 ncu maddesinin 2a fıkrasına ve getirilen yeni düzenlemenin özüne uygun olarak, fesihte geçerli bir nedenin bulunduğu ispat yükünün işverene ait olduğu belirtilmiştir.." anlatımına yer verilmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesini feshedecek işveren fesih için geçerli bir neden gösterecek olması sebebiyle, gösterilecek nedenin geçerli neden olduğunu kanıtlamakta işverene düşecektir[660].

4. Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları

İş Kanunun 21. maddesine göre; " *İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmazsa, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.*

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

Mahkeme veya özel hakeme, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe

[657] AKTUĞ, s.154, dipnot 610, Y9HD, 29.01.2004T. 2004/499E. 2004/1489K.
[658] Y9HD., 15.12.2003T. 2003/20176E. 2003/21941K., sinerjimevzuat.com.
[659] ENGİN, İşletme Gerekleri, s. 75, SÜZEK, s. 636
[660] CENTEL, s.140.

başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelere ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde;

a) işe başlatma tarihini,

b) üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını,

c) işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını,

belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir".

İşçi ve işveren işe iade ile ilgili yürütülen arabuluculuk sürecinin sonunda işçiyi işe başlatmama hususunda anlaşmış ise, işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının parasal miktarını belirlediği gibi, ihbar, kıdem, yıllık izin ücreti gibi alacaklarının parasal miktarlarını da anlaşma belgesinde düzenleyebilirler. Böylelikle yeni düzenleme ile artık mahkeme veya özel hakemin, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleyeceği hüküm altına alınması önemli bir değişiklik olmuştur. Yeni düzenleme ile ikinci fıkrada belirtilen tazminat ile üçüncü fıkrada belirtilen ücret ve diğer hakların "dava tarihindeki" ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilmekte, böylece uygulamada yaşanabilecek sorunların önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Mevcut beşinci fıkradan sonra ilave edilen fıkrada da belirtilen alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmektedir. Bunun yanı sıra kanunda arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda

anlaşmaları hali detaylı olarak düzenlenmesi şüphesiz önemli bir adım olmuştur. Bu durumda taraflar, işe başlatma tarihini, üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını da belirlemek zorundadır.

Uygulamada en çok yaşanan sıkıntılardan biri olan işe iade kararı veren mahkemenin boşta geçen süreye ilişkin alacak ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemesiydi. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmekteydi. İş Kanunun 20 ve 21. maddeleri uyarınca açılan dava sonucunda verilecek hüküm bir tespit niteliğini taşımaktaydı[661]. Bu nedenle mahkemece tespit davasının sonucunda eda hükmü yahut inşai hüküm tesis edilemiyordu[662]. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçebilmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlemesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine olanak tanınmaktadır[663].

7036 sayılı kanunla artık mahkeme veya özel hakem, 21. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrasında düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleyecektir. Oysaki 7036 sayılı Kanundaki düzenlemeden önceki uygulamada, işe iade davası kesinleşen işçinin işe başlatılmadığı tarihteki ücretine göre haklar hesaplanmakta, uzun süren dava sürelerinin etkisi bir ölçüde olsa da giderilmeye çalışılmaktaydı. Yine eski dönemde işçinin kıdem ve ihbar tazminatına esas alınacak ücreti de işe başlatılmadığı tarihteki ücret olduğundan ve kıdem süresine 4 aylık boşta geçen süre eklendiğinden, işe iade davasını kazandığı halde işe başlatılmayan işçi fark tazminat alabilmekteydi[664]. Yeni düzenleme ile, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilmesinin temel nedeni, uygulamada bu hususta yaşanan ve uzun bir süreç alan uygulama sorunlarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

[661] SÜZEK, s.623.
[662] Y9HD. 31.1.2013T. 2013/26496E. 2013/3782K. , sinerjimevzuat.com.
[663] ÇİÇEK, s. 244.
[664] ÇİÇEK, s. 249.

5. Mahkemece Feshin Geçersizliğine Karar Verilmesi

4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre iş güvencesi dahilinde kalan işçiler için geçerli bir sebebe dayanmaksızın yapılacak fesihler, işe iade ve tazminat gibi hukuki sonuçlar doğurmaktadır. İşe iade, iş güvencesinin sağlanmasının en önemli güvencelerinden birisidir. Mahkemece yapılan yargılamada feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verildiğinde fesih geçersiz sayılmaktadır. 7036 sayılı Kanunun getirmiş olduğu ve yukarıda belirtilen 20. madde de yapılan değişiklikle zorunlu olarak arabuluculuğa başvuran işçinin, bu arabuluculuk faaliyeti sonucunda işverenle anlaşamaması durumunda son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilecektir. Bu yargılamanın sonucunda, mahkemenin veya özel hakemin yapılan feshi geçersiz bulması, dolayısıyla işçinin işe iadesine karar vermesi durumunda, işveren karar tarihinden itibaren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşveren mahkemenin veya özel hakemin kararına rağmen işçiyi öngörülen süre içerisinde işe başlatmaz ise, işçiye tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında olacaktır. Mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirlemeleri gerekmektedir. Eski düzenlemede de olduğu gibi kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ödenecektir. Yine eski düzenlemede olduğu gibi yeni düzenlemede de madde kapsamında öngörülen tazminatların değiştirilemeyeceği belirtilmiştir.

İşçi, çıkarıldığı işyerinde çalışmayı sürdürmek istiyorsa, mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorunda tutulmuştur. İşçi, belirtilen süre içerisinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılan fesih geçerli fesih sayılacak ve kendisine buna göre hak ettiği tazminatlar ödenecektir. Yargıtay on günlük sürenin hak düşürücü bir süre olduğunu, işverenin on gün geçtikten sonra yapılan işe başlama başvurularını kabul etmesinin zorunda olmadığını belirtmektedir[665]. Yasada işçinin şahsen başvurması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi vekili ya da üyesi olduğu sendika

[665] YHGK, 17.06.2009T. 2009/9-232E. 2009/278K. sinerjimevzuat.com; Y9HD. 08.11.2010T.2008/39303E. 2010/33545K. ; Y9HD. 13.10.2009T. 2008/22480E. 2009/26806K.; Y9HD. 04.05.2010T. 2008/30104E. 2010/12220K.; Y9HD. 20.05.2010T. 2008/27282E. 2010/14010K.; Y9HD. 17.05.2010T. 2008/25997E. 2010/13749K., Y9HD. 16.06.2010T. 2008/35175E. 2010/19236K.; Y22HD. 01.11.2012T. 2012/19092E. 2012/24055K.; Y22HD. 11.10.2012T. 2012/18994E. 2012/21993K., OCAK, s. 1111-116.

aracılığı ile de ulaştırabilecektir. Yüksek mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta 4857 sayılı Kanunun 21. maddesi uyarınca işe başlama talebinin bizzat işverene yapılması gerektiğini, ancak işçinin aynı binada çalıştığı bildirilerek avukatına yapılan tebligatın geçerli sayılmasının mümkün olmadığını, dolayısıyla işçinin süresi içerisinde işverene başvurmamış sayılacağını belirtmiştir [666] . Feshin geçerli nedene dayanmadığı konusunda kesinleşen mahkeme kararına rağmen on günlük hak düşümü süresi içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmamanın sonucu geçerli feshin hukuki sonuçlarına bağlanmıştır (İş K. m. 21/6). Bu durumda işçi, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücreti ve diğer haklarını da talep edemeyecektir[667].

İşçinin on günlük hak düşümü süresi içerisinde işverene başvuruda bulunmasına karşın, işverence işe başlama davetine, işçinin haklı neden olmadan icabet etmemesi halinde ise iş akdinin işveren tarafından geçerli nedenlerle feshedildiği kabul edilmekte olup, yüksek mahkeme kararları da bu doğrultudadır[668]. Bu durumda işçinin boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatına hak kazanması mümkün olmayıp, koşulları oluştuğu takdirde işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır[669]. İşe başvuru konusunda şekil şartı olmayıp, sözlü bile (ispatlanmak şartıyla) işverene başvuru yapılabilir[670].

a. İşverence İşçinin İşe Başlatılması

İş Kanunun 21. maddesinde getirilen düzenleme ile mahkemece işçinin işe iadesine karar verildiğinde işçi on işgünü içerisinde işe başlamak üzere başvuruda bulunmadığı takdirde işverence yapılan fesih geçerli bir fesih sayılacak; işçinin başvurması durumunda ise işveren tarafından derhal değil bir ay içerisinde işe başlatmak zorunda tutulmaktadır. Bu yönüyle işverene işe başlatıp başlatmama konusunda seçim hakkı tanınmış olup, işverence işçinin işe başlatılması durumunda yapılan fesih geçersiz sayılmaktadır. İş Kanunun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre ise kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenecektir. Bu durumda feshin

[666] Y7HD. 08.04.2013T. 2013/2554E. 2013/5826K.; OCAK, s. 116.

[667] Doktrinde EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 200; Yasanın bu düzenlemesini eleştirmiş olup, işverenin işçiyi işe başlatmaması fesih niteliği taşıyorsa, aynı şekilde işçinin işe başlamaması da sözleşmeyi feshettiği anlamına geldiğini, böyle bir durumda eski işyerine dönmek istemeyen işçiye, hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer haklarının ödenmesinin adaletli bir düzenleme olacağını belirtmektedirler. Aksi görüşte ise, SÜZEK, s. 640.

[668] Y22HD. 20.01.2012T. 2012/18310E. 2012/313K.; Y9HD. 11.7.2010T. 2010/13227E. 2010/834K., sinerjimevzuat.com.

[669] YHGK. 16.04.2014T. 2013/22-1106E. 2014/538K.; YHGK. 16.04.2014T. 2013/22-1106E. 2014/538K., Y22HD. 28.03.2013T. 2012/18435E. 2013/6652K.;ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.537-554.

[670] Y9HD. 09.07.2009T. 2008/3830E. 2009/20107K.; Y22HD. 16.12.2011T. 2011/6995E. 2011/7548K.; Y22HD. 24.09.2012T. 2012/18870E. 2012/19508K., OCAK, s. 1123-1124.

geçersizliğine hükmedildiğinde işçi ister işe başlatılmış ister başlatılmamış olsun, boşta geçen süreye ilişkin ücretini ve diğer haklarını işverenden talep edebilecektir[671]. Yüksek mahkeme işverenin işe başlatma talebine rağmen, işçinin işe başlamak için işyerine hiç gitmemesi halinde ise, bu durumda işçinin işe başlamak için haklı nedenleri olsa bile işyerine hiç gitmemesini samimiyetten uzak bulup, bu hususta talep edilen boşta geçen süre ücretlerinin reddinin gerekeceğini belirtmektedir[672].

İşçi işe başlatıldığında, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş ilişkisi bir kesilme olmaksızın devamlılık kazanacak olup, taraflar arasındaki iş ilişkisi hiç sona ermemiş gibi işlem görecektir. İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekmektedir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı ise, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilmez. İşe iade kararı üzerine işe başlayan işçinin eski işine verilmemesi de işe başlatma olarak değerlendirilmeyecektir[673]. İşveren işe başlatacağı işçiyi eski işinde ve aynı koşullarla çalıştırmak zorundadır[674]. Yüksek mahkeme işe başlatılmanın şarta bağlanmaması gerektiğine hükmetmektedir[675].

İşveren bildirim sürelerine ait ücreti peşin vermek ve kıdem tazminatını vermek suretiyle iş akdini sonlandırdığı durumlarda, mahkemece feshin geçersiz sayılıp, işçinin işveren tarafından işe başlatıldığı hallerde ise, iş akdi taraflar arasında aynen devam edecek olması nedeniyle işverence yapılan ödemelerin işverene iadesi gerekmektedir (İşK. m. 21/5).

b. İşçinin İşe Başlatılmaması

İşveren, mahkemenin işe iade kararı üzerine işçiyi işe başlatmadığı takdirde ayrıca işçiye tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır. Bu tazminata uygulamada iş güvencesi tazminatı denilmektedir. Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilme nedeni, işçinin kıdemi, emekliliğe hak kazanmış olma gibi hususlar değerlendirilerek, en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında takdir edilecektir (m. 21/1-2). Dolayısıyla işe başlatmama tazminatı

[671] SÜZEK, s.644-646.
[672] Y9HD. 03.07.2009T. 2009/11007E. 2009/18962K., Y9HD. 10.06.2010T. 2008/30056E. 2010/17397K. , Y22HD. 19.06.2012T. 2012/10075E. 2012/13856K., Y22HD. 22.05.2012T. 2012/7933E. 2012/10834K., Y22HD. 24.01.2012T. 2011/14648E. 2012/527K.; Y22HD. 13.03.2012T. 2012/860E. 2012/4165K., Y22HD. 20.03.2012T. 2012/1451E. 2012/4933K., Y22HD. 22.04.2014T. 2013/5226E. 2014/9290K., Y22HD. 10.03.2014T. 2013/6486E. 2014/5256K, OCAK, s. 1130-1138.
[673] Y7HD. 24.03.2014T. 2013/24222E. 2014/6646K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.547; Y7HD. 02.06.2014T. 2014/3181E. 2014/11189K.,ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.543. benzer yönde Y22HD. 28.03.2013T. 2012/18435E. 2013/6652K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.553.
[674] Y9HD. 19.03. 2012T. 2012/10519E. 2012/8818K.
[675] Y9HD. 21.6.2004T. 2004/3377E. 2004/15404K.

kıdem süresi ve fesih sebebine göre belirlenmektedir[676]. Yüksek mahkeme kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatının belirlenmesi gerektiğini, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınırın 8 ay olarak takdir edilmesi gerektiğini sıklıkla vurgulamaktadır[677]. Yüksek Mahkeme, işçinin işe başlatma isteğini bir bütün içinde değerlendirerek, işçinin boşta kalınan süreye ilişkin ücret ve başlatmama tazminatını talep etmese dahi, bunlar hakkında mahkemece resen karar verilmesi gerektiğini isabetli olarak kabul etmiştir[678]. Dolayısıyla mahkemece feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da ayrıca kararında belirtmek zorunda olup, işle başlatmama tazminatı kıdem süresi ve fesih sebebine göre belirlenmelidir[679]. Yüksek mahkeme bir uyuşmazlıkta emekliliği hak etmiş olan işçi yönünden işe başlatmama tazminatının dört aylık ücreti tutarında olarak belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir[680]. İşe başlatmama tazminatının fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekmektedir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu an olmaktadır[681].

İş akdinin feshinin geçersizliği sonucunda işverence işe başlatılmayan işçiye iş güvencesi tazminatının yanı sıra ayrıca işe başlatılsın veya başlatılmasın boşta geçen sürelere ilişkin en çok dört aya kadar ücretinin ödenmesi gerekmektedir (m. 21/3). Yüksek mahkeme kararlarında boşta geçen süre alacağının işe başlatılmama şartına bağlı olarak belirlenmeyeceğini, işçiye işe başlatıldığında da işverence boşta geçen süre alacağının ödenmesi gerektiğini belirtmektedir[682]. Yüksek mahkeme bir uyuşmazlıkta boşta geçen süre ücretinin üst sınır aşılarak 8 aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuştur[683]. Keza boşta geçen süre için en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verilmesi gerekmektedir.

---

[676] Y9HD. 17.04.2014T. 2014/1466E. 2014/13121K.; Y7HD. 19.03.2014T. 2014/3329E. 2014/6339K.; Y22HD. 27.09.2013T. 2013/19433E. 2013/19986K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.523.

[677] Y9HD. 30.01.2014T. 2013/9196E. 2014/2575K., Y9HD. 12.05.2014T. 2014/10417E. 2014/15314K.; ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.521.

[678] Bkz. Y9HD., 20.06.2006T. 2005/16989E. 2005/22100K., ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, İşe İade Davaları, s.914.

[679] AKTUĞ, .s154; Y9HD. 17.04.2014T. 2014/1466E. 2014/13121K.; Y7HD. 19.03.2014T. 2014/3329E. 2014/6339K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 523-525.

[680] Y22HD. 27.09.2013T. 2013/19433E. 2013/19986K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 526-528.

[681] Y9HD. 1.12.2003T. 2003/19181E. 2003/19777K.; Y9HD. 16.9.2003T. 2003/15784E. 2003/19644K., sinerjimevzuat.com.

[682] Y9HD. 29.05.2014T. 2014/4936E. 2014/17527K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.531.

[683] Y7HD. 22.01.2014T. 2014/193E. 2014/818K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 532-534.

c. Uygulamada Sıklıkla Karşılaşılan Birtakım Durumlar

İşten çıkarılan işçinin dava sırasında başka bir iş bulup çalışması halinde Yargıtay bu durumun feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunan işçinin, boşta geçen süre içerisinde yeni bir iş bulmasının feshin geçersizliğini ve işe iadeyi etkileyen bir unsur olmadığını belirtmiştir[684]. İşe iade davası devam ederken işçinin işveren tarafından işe davet edilmesi halinde ise yüksek mahkeme bu durumda davanın konusuz kalmadığını, işçinin boşta geçen sürelere ilişkin ücreti ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğine yönelik hüküm kurulmasını içtihatlarında vurgulamaktadır[685].

İşe iade davası devam ettiği sırada işçinin emekli olmak üzere kuruma başvurması yahut emekli olması durumunda feshin işçi tarafından yapıldığı anlamına gelmemekte olup, yargılamaya devam edilerek davanın sonuçlandırılması gerekecektir[686].

Feshin geçersizliğinin tespiti davasının devamı sırasında işyeri devredildiği takdirde, husumetin işyerini devralan işverene karşı yöneltilmesi gerekmektedir. Yüksek mahkeme bu hususta; "Davacının işe iade yönünde başvurusunu yaptığı anda işyerinin davalı işverene ait olmaması sonucu etkilememelidir. Nitekim işe iade davasının yargılaması sırasında gerçekleşen işyeri devrine rağmen, işe iade hükmü davalı işveren hakkında kurulmuştur. İşyerinin devredilmesinin ardından davalı şirketin tasfiye sürecine girmiş olması ve davalının işçi çalıştırabileceği başkaca bir işyerinin bulunmaması da işe iade noktasında ifa imkansızlığı anlamına gelmez. İşçinin devralan işveren yanında işe başlatılması imkan dahilindedir. Bu noktada işe başvuru anında işyerinin kapatılmış olması ve faaliyetin sonlandırılması da önemsizdir. Davalı işverenin işe başlatmamanın sonuçlarından sorumlu tutulması gerekir"[687]. Yargıtay, işçinin işe iade öncesi görev yaptığı bölümün kapatılması sebebiyle yeni davet edilen işin önceki işe denk olup olmadığının da araştırılması gerektiğini belirtmektedir[688].

Uygulamada karşılaşılan bir diğer sorun ise işe iade davası görülürken işyerinin kapanmasıdır. Yüksek mahkeme bir kararında şu görüşlere yer vermiştir: "İşyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık dört ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira

[684] Y9HD, 26.05.20005T. 2005/12592E. 2005/19362K. ; Y9HD. 06.02.2006T. 2006/942E. 2006/2409K., AKTUĞ, s.151.
[685] Y9HD. 30.4. 2007T. 2007/1308E. 2007/13524K., sinerjimevzuat.com; Y7HD. 04.06.2014T. 2014/6628E. 2014/12349K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 528-530.
[686] SÜZEK, s. 639.
[687][687] Y9HD. 08.07.2008T. 2008/25376E. 2008/19688K., OCAK, s. 1117-1118.
[688] Y7HD. 15.04.2013T. 2013/1910E. 2013/6499K., OCAK, s. 1131.

fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir… Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihten sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili bir hukuki sorundur"[689]. Yüksek mahkemenin bu görüşünü savunan yazarlar olduğu gibi[690], işçinin iade edileceği bir işyeri kalmadığından kapanma tarihine kadar geçecek boşta geçen süreye ilişkin ücret ve yargılama giderleri bakımından davaya devam edilmeli ancak işe iadeye ve iş güvencesi tazminatına hükmedilmemesi gerektiğini savunan çoğunluk görüşe katılmaktayım[691].

İş akdinin feshinden sonra bir aylık dava açma süresi içerisinde işçinin ölmesi halinde mirasçılar, ölen işçi yerine feshin geçersizliği davası açamayacaklardır. Yargıtay önceleri feshin geçersizliğinin tespiti davası devam ederken işçinin ölmesi halinde, boşta kalınan süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı hakkında hüküm kurulmasının hukuken mümkün olamayacağını, buna karşılık yargılama masraflarının hangi tarafa yükletileceği hususunun karara bağlanması yönünden feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespitinin yapılması gerektiğine hükmetmişti[692]. Ancak Yargıtay görüş değiştirmiş olup, son kararlarında açılan davanın tespit davası niteliği taşıdığı hususu vurgulanmış, davaya devam edilerek, geçerli nedenin, boşta kalınan süreye ilişkin ücret, yargılama giderleri için hüküm kurulması gerektiğini belirterek feshin geçersizliğini isteyen davacı işçinin yargılama sırasında ölmesi halinde boşta geçen süre ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü yönünde karar vermiştir. Böylesi bir uyuşmazlıkta yapılacak iş, duruşma gün ve saatinin ölen davacının yasal mirasçılarına tebliğ etmek veya miras şirketine atanacak temsilci aracılığıyla davanın takip edilmesi halinde yargılamaya devam edilerek davayı sonuçlandırmaktır[693].

[689] Y9HD. 25.12.2006T. 2006/27396E. 2006/34577K., sinerjimevzuat.com.
[690] CENTEL, s.148.
[691] SÜZEK, s.641.
[692] Y9HD. 22.2.2010T. 2010/3765E. 2010/4467K., sinerjimevzuat.com.
[693] CENTEL, s.132; Y9HD. 15.09.2009T. 2009/21710E. 2009/22886K.; Y22HD. 02.11.2012T. 2012/19138E. 2012/24156K., OCAK, s. 1119-1123; Y7HD. 04.06.2014T. 2014/6628E. 2014/12349K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.528.

6. Mahkemece Feshin Geçerli Olduğuna Karar Verilmesi

İş Kanunun 17. maddesine uygun ve geçerli nedenlerle yapılan bir fesih işlemi sonrasında mahkemece fesih nedeninin geçerli olduğuna dair karar verilebilir. Bu durumda işçinin çalışmaların bir yılı aşkın süredir devam etmesi kaydıyla kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Usulsüz fesih yapılan hallerde ise işçi ihbar tazminatı (İş K. m. 17/4) ve yine çalışmalarının bir yılı aştığı durumlarda kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

B. Yargısal Denetim Türleri

İşveren, işletmesinin geleceği için en uygun gördüğü kararı verme yetkisine sahiptir. Ancak işverenin girişim özgürlüğü ve girişimci kararları alabilme yetkisi mutlak ve sınırsız değildir. Günümüzde ekonomik ve teknolojik koşulların bir gereği olarak, işverenin girişim özgürlüğü ve yönetim yetkisi ile işçilerin keyfi fesihlere karşı korunması arasında bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim iş güvencesiyle işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetkisine bazı sınırlamalar getirmesi önemli bir güvence olup, böylelikle işverenin işçileri keyfi bir biçimde işten çıkarması engellenmek istenmiştir. İş Kanunu'nun geçerli fesih nedenlerini düzenleyen 18. maddesinin birinci fıkrasında, yargı denetimine ilişkin olarak açık bir düzenlemeye verilmemiş olması, mahkemenin fesih nedenleri üzerinde herhangi bir denetiminin söz konusu olamayacağı anlamına gelmemektedir. İş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisisinin keyfi işten çıkartılmaları önlemektir. İşte böyle bir amaca, işverenin iş sözleşmelerini feshederken yasanın öngördüğü geçerli bir nedene dayanması ve bu nedenin hakim tarafından denetimi ile ulaşılacaktır[694].

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir girişimci karar gerekir. İşveren Anayasa'nın 48. maddesinden kaynaklanan girişim özgürlüğü kapsamında, işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili her konuda girişimci karar alabilir. Ancak hukuk düzeni işverenin girişimci karar alma özgürlüğünü, iş sözleşmelerinin feshinde geçerli neden arayarak sınırlamaktadır[695]. İşveren işletmesi ile ilgili gerek gördüğü takdirde girişimci karar almakta serbesttir. Ancak burada

[694] GÜZEL, Ali, İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, 2005/1, s. 162-169.
[695] KAR, Bektaş, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s.111.

önem taşıyan husus, işverenin işletmecilik esasları doğrultusunda işyerinde işçi sayısının azaltılmasına yol açan kararının somut uyuşmazlıklarda mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceğidir. Alman hukukunda, Anayasadaki girişim özgürlüğüne dayandırılarak böyle bir kararın yargı denetimi dışında kaldığı sonucuna varılmakta ancak, mahkemece işçi çıkarma olanağı sağlayan nedenlerin gerçekten var olup olmadığının araştırılabileceği ve bunların doğru ve makul olduğunun ve keyfiliğe dayanmadığının işverence ispatlanmasının istenebileceği belirtilmektedir[696]. Hukukumuzda da bu görüşler temel alınarak, işverenin işletmesi ile ilgili gerekli gördüğü kararlarının yargı denetimi dışında kalması gerektiği kabul edilmektedir. Yani girişimci kararın amaca uygun olup olmadığı, yararlı olup olmadığı irdelenemeyecektir. Bu kararlar kural olarak yerindelik denetimine de tabi tutulamayacaktır[697].

Girişimci kararın yararlı doğru yahut amaca uygun olup olmadığının tartışması mahkemece irdelenmesi ve mahkemelerin işvereni işçiyi çalıştırmaya zorlar şekilde karar vermeleri şüphesiz hatalı olacaktır. Yargıtay bazı kararlarında ise, girişimci kararların yargı denetimine tabi olacaklarını belirtmektedir: "*İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise, fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren, amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla, işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir"*[698]. Yüksek mahkeme böylelikle işverenin serbestçe girişimci karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulmasının, bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlı olduğunu, bu nedenle girişimci kararların kötü niyetli olarak uygulanmadığı müddetçe yargı denetimine tabi olmayacaklarını vurgulamaktadır.

Mahkemece yapılacak denetimde girişimci kararın amacı ve bu amacın yararlı olup olmadığı yönünde denetim yapılamayacağı için, işverence yapılacak feshin kaçınılmazlığı ekonomik bakımdan değil, teknik denetim kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

[696] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 56-65; KESER, s. 249.

[697] Y9HD. 28.04.2008T. 2007/33518E. 2008/10645K., Y9HD. 19.11.2007T. 2007/22155E. 2007/34394K., Y9HD. 06.10.2008T. 2008/30271E. 2008/25206K., Y9HD. 21.07.2008T. 2007/41050E. 2008/21303K. Y9HD. 30.06.2008T. 2007/41054E. 2008/18053K., Y9HD. 23.06.2008T. 2007/40979E. 2008/17103K., Y9HD. 30.06.2008T. 2008/1820E. 2008/17982K., KESER, s.249-250.

[698] Y9HD. 06.07.2005T. 2005/19990E. 2005/23905K., Y9HD. 27.11.2006T. 2006/22752E. 2006/31085Y9HD. 30.06.2008T. 2008/1816E. 2008/17979K., Y9HD. 14.04.2008T. 2008/1812E. 2008/7842K., Y9HD. 14.04.2008T. 2008/1838E. 2008/7846K., Y9HD. 28.04.2008T. 2007/3567E. 2008/10359K. Y9HD. 14.04.2008T. 2008/6288E. 2008/8329K, Y9HD. 23.03.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K.,, KESER, s. 252.

Buna göre mahkeme denetimini işletme içi ve dışı sebebin işletmedeki iş miktarına ve işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiği yönünde gerçekleştirecektir. Böylelikle mahkeme denetimini işverence alınan kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı -feshin son çare olması ilkesi- çerçevesinde yapacaktır[699].

Yargıtay istikrarlı kararlarında, feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı uyuşmazlıklarda birçok yönden denetim yapılması gerektiği görüşündedir: "Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır" [700] Yargıtay'ın işverenin fesih işlemini belirli ölçütler geliştirerek geçerlilik denetimine tabi tutması ve bunları her olayda birlikte araması doktrinde tartışılmış olup, aşağıdaki bölümde bu hususa ayrıntılı olarak yer vermiş bulunmaktayız[701].

1. Yerindelik Denetimi

İşveren, işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili yönetim hakkı ve girişim özgürlüğü kapsamında her türlü kararı alabilir. İşveren girişimci kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını kanıtlamalıdır[702]. İşveren aldığı kararı uygulamakta serbest olup, işverence alınan karar işyerinde olumsuzluklara neden olsa dahi, mahkeme işverenin girişimci kararının yerine geçerek hüküm kuramayacaktır. Dolayısıyla mahkemece işverenin girişimci kararının, yerindelik ve amaçsal yönden uygun olup olmadığı yönünde inceleme yapamayacaktır[703].

---

[699] KESER, s. 253.

[700] Y9HD. 14.12.2009T. 2009/11733E. 2009/34774K., Y9HD. 13.3.2009T. 2009/14860E. 2009/10256K. , Y9HD. 22.06.2009T. 2009/34144E. 2009/17161K., Y22.HD. 30.09.2013T. 2013/25409E. 2013/ 2026K., Y22HD. 04.03.2015T. 2015/4602E. 2015/8950K. Y7HD. 28.01.2015T. 2015/17005E. 2015/771K. , sinerjimevzuat.com.

[701] Yargısal Denetimin Eleştirisi için geniş bilgi için ayrıca bkz: ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.57-81.

[702] ENGİN, s.64

[703] Y9HD. 28.04.2008T. 2007/35267E. 2008/10359K., Y9HD. 28.04.2008T. 2007/34017E. 2008/10355K., Y9HD. 14.04.2008T. 2008/1812E. 2008/7846K., Y22HD. 30.09.2013T. 2013/45409E. 2013/20267K., sinerjimevzuat.com.

Doktrinde yerindelik denetimine tabi olan kararların bağlı işveren kararları olacağını belirten görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre kurucu işveren kararlarında, işveren verimlilik açısından bir karar almakta ve uygulamaya koymaktadır. Oysaki bağlı işveren kararlarında, işverenin ifayı engelleyen ve iş sözleşmesinin feshine yol açan olguların gerçekte mevcut olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Bu yönüyle yerindelik denetiminin konusunun bağlı işveren kararları olduğunu savunan görüşlere rağmen[704], Yargıtay pek çok emsal kararlarında, gereklilik denetiminin işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığına indirgenmesi gerektiğini belirtmektedir[705].

Alman Hukukunda, girişimci karar, amaca uygunluk ve yerindelik yönünden yargı denetimi dışında tutulmaktadır. Alman hukukunda yargı, işletmesel kararı tartışma konusu yapmamakta, denetim ise salt fesih kararına özgülenerek işletmesel karar sonucunda işçinin çalışma olanağının gerçekten ortadan kalkıp kalkmadığının araştırılmasıyla yetinilmektedir. Keyfi ve hakkın kötüye kullanımı oluşturan fesihlerin, geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmektedir[706].

Fransız hukukunda ekonomik nedenle fesih yapılabilmesi için ekonomik güçlükler veya teknolojik değişim sonrasında işçinin çalışmaya devam olanağının ortadan kalkmış olması, ekonomik güçlüğün gerçek ve ciddi olması gerekmektedir. Son aşamada ise, feshin son çare olması ilkesi gereğince, gerçek ve ciddi ekonomik güçlüğün istihdam olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı değerlendirilmektedir. Böylelikle Fransız hukukunda, girişimci kararın kendisi de yargı denetimine tabi tutulmaktadır[707].

2. Keyfilik Denetimi

İş ilişkisinde girişimci kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki haklarını kullanırken, keyfi davranmamalı ve girişimci kararı alırken dürüst olmalıdır.

İşverenin yönetim hakkı ve girişim özgürlüğü çerçevesinde aldığı girişimci kararların, bu kararın hukuk düzeniyle bağdaşmayacak, hakkın kötüye kullanımını teşkil etmeyecek düzenlemeler olması gerekmektedir. Keyfilik denetimi, her hakkın doğal sınırını teşkil eden

[704] KAR, s.115; Aksi görüşte, KESER, s. 253.
[705] Y9HD. 28.04.2008T. 2007/33518E. 2008/10645K., Y9HD. 14.04.2008T. 2007/31229E. 2008/8687K., sinerjimevzuat.com.
[706] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 63-65.
[707] ENGİN, s.52.

hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Bu sebeple girişimci kararların yürürlükte olan emredici normların sınırları dahilinde kalınarak alınmış olması önemlidir[708]. Bu suretle işverenin aldığı girişimci kararlar, işverenin bu hakkını kötüye kullandığı iddia edildiğinde hakim tarafından keyfilik denetimine tabi olacaktır[709]. İşveren serbestçe karar alabilse de; bu kural gereğince keyfi davranmamalı, girişimci karar alırken dürüst olmalı ve işçi seçimini objektif bir kritere göre yapmalıdır[710]. Örneğin sadece emeklilerin yahut sadece bayan işçilerin işten çıkartılması, keyfi bir davranış olarak nitelendirilebilir[711]. İşverenin feshe ilişkin girişimci kararının bu madde kapsamına göre denetimine ise keyfilik denetimi adı verilmektedir[712].

Keyfilik denetiminde işverenin fesihte keyfi davrandığını, işten çıkarılmaması gerektiğini işçinin iddia etmesi nedeniyle, keyfilik denetimi işçinin iddiası üzerine yapılmakta olup, ispat yükü işçinin üzerindedir[713]. Mahkemece yapılacak denetimde ise işçinin görmekte olduğu işin ortadan kalkıp kalkmadığı, işçiyi çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığı incelenecektir. Ancak çoğu kez, işveren girişimci kararın amacını açıklayarak feshin neden gerekli olduğunu ispatlamak zorunda bulunması nedeniyle, işçi tarafından ileri sürülen feshin kötü niyetle yapıldığı iddiası zaten tutarlılık denetiminin içerisinde de değerlendirilmiş olacaktır[714].

3. Tutarlılık Denetimi

Tutarlılık denetimi, işverenin uyuşmazlığa konu istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı uygulanıp uygulanmadığının denetimidir. Bu kapsamda girişimci kararın gerçekten uygulanıp uygulanmadığına da bakılır. İşveren girişimci kararı uygularken, mantık kurallarına uygun tutarlı ve birbiri ile çelişmeyen davranışlar sergileyerek hareket etmek zorundadır[715].

Girişimci karar mantıksız olduğu halde, işverence tutarlı bir şekilde uygulanıyor ise yapılan fesih geçerlidir[716]. İşverenin tutarlı hareket etmediği hallerde yapılan fesih ise sosyal bakımdan haksız, yani geçersiz sayılır. Başka bir anlatımla işverenin girişimci karar sonrası

[708] KAR, s.119
[709] KESER, s.254.
[710] Y9HD. 02.11.2009T. 2009/39765E. 2009/29964K., sinerjimevzuat.com.
[711] KESER, s. 254.
[712] KAR, s.120.
[713] Y9HD. 14.4.2008T. 2008/6288E. 2008/8329K., Y9HD.23.03.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K., sinerjimevzuat.com.
[714] KAR, s.120; Y9HD. 15.10.2007T. 2007/16071E. 2007/30215K., Y9HD. 15.10.2007T. 2007/16150E. 2007/30227K.; KESER, s. 262.
[715] Y22HD. 10.03.2014T. 2014/4779E. 2014/5347K., sinerjimevzuat.com.
[716] Y22HD. 24.01.2013T. 2012/29530E. 2013/820K.; sinerjimevzuat.com; KAR, s.118.

çelişkili davranışlarda bulunması, kararı tutarlı olarak uygulamaması, feshi geçersiz hale getirecektir. Bu nedenle mahkemenin fesih öncesi ve sonrasında işverence alınan tedbirler ve uygulamalarındaki uygulamalarının tespiti büyük önem taşımaktadır.

İşverenin çelişkili davranışlar sergilemesinin denetimi her olaya göre farklılık arz edebileceği gibi en yaygın örnekleri ise işçi çıkartmalarının yapıldığı sıra işyerine yeni işçi alınması, kıdemi fazla olan işçilerin topluca işten çıkarılıp, asgari ücretle çalışmayı kabul eden işçilerin işe alınması gibi davranışlar işverenin çelişkili davranış sergilediğini göstermekte olup, tutarlılık denetimi kapsamında feshin geçeri nedene dayanmadığı kabul edilecektir. Ancak iş sözleşmesi feshedilen işçi yerine faklı niteliklere sahip ve işletme açısından önem taşıyan bir elemanın işe alınması çelişkili davranma yasağı olarak sayılamayacaktır. Yargıtay son dönem verdiği bir kararında *" Davacının görev yaptığı bölge müdürlüğü pozisyonun kapatıldığı ve yerine işçi alınmadığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar fesihten sonra bir kısım bölge müdürlerinin işe davet edildiği tespit edilmişse de, söz konusu işe davetler fesihten beş ay sonrasında ilişkin olduğu gibi, teklif edilen pozisyon bölge müdürlüğü olmayıp, ürün tanıtım elemanlığıdır. Fesihten beş ay sonra daha alt bir pozisyona ve daha önce işten çıkarılan işçilere o tarihte oluşan açığa göre işe davet bildirimi gönderilmesi işverenin fesihte tutarsız veya feshin son çare olması ilkesine aykırı davrandığı anlamında yorumlanmamalıdır*"[717] mahkemenin gerekçesi doğrultusunda yönüyle çelişkili davranma olgularının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir[718].

İşçi çıkarılmasını gerektiren girişimci karar alındığında önemli olan husus, işverenin fesihten önce veya sonra fesih sebebi ile çelişen uygulamalarda bulunmamasıdır. Bu nedenle Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda işçi sayısının azaltıldığı, yeni oluşan organizasyon şemalarına göre işçi çıkarmalarının diğer işyerlerinde devam ettiği, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde sözleşme hükümlerine riayet edilerek işten çıkarmaların gerçekleştiği durumlarda işverenin, girişimci kararı tutarlı olarak uyguladığı kabul edilerek, feshin geçerli olduğuna karar vermiştir[719].

Tutarlılık denetiminde ispat yükü işverene aittir. Bu bağlamda işçinin işyerinde çalışma olanağının ortadan kalktığının tutarlılık denetimi kapsamında işverence kanıtlanması gerekmektedir. Yüksek mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta; "*Davalı işveren davacının*

[717] Y19.HD. 13.04.2017T. 2017/14972E. 2017/6455K., sinerjimevzuat.com.
[718] KESER, s.256-257; Y22HD. 24.01.2017T. 2017/881E. 2017/832K., sinerjimevzuat.com.
[719] Y9HD. 06.10.2008T. 2008/30271E. 2008/25206K., Y22HD. 26.12.2013T. 2013/36049E. 2013/30510K.,sinerjimevzuat.com.

istihdam fazlası durumuna düştüğünü ve yerleştirilebileceği uygun bir pozisyonun bulunmaması nedeniyle iş akdini feshettiğini savunmuştur. Ancak dosya kapsamından işletmesel gereklilik nedeniyle tutarlı bir personel azaltımı bulunup bulunmadığı anlaşılamamaktadır. Bu kapsamda öncelikle deliller toplanmalı, kurumdan fesih öncesi ve sonrası altışar aylık davalının tüm işyerlerine ait aylık sigorta prim belgeleri getirtilmeli, davalıdan işe alınan ve çıkarılanların görev tanım ve unvanları celp edilmeli, hukukçu, mali müşavir, işletme yönetimi veya insan kaynakları alanında uzman üçlü bilirkişi heyetinden gerekirse keşif yapılmak suretiyle fesih bildiriminde belirtilen iş hacminin daralması olgusunun bulunup bulunmadığı, feshin tutarlı uygulanıp uygulanmadığı, feshin son çare olması ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı konusunda alınacak rapora göre değerlendirme yapılarak karar verilmelidir"[720].

Yargıtay tutarlılık denetimine ilişkin emsal kararlarında istikrarlı olarak girişimci karara ilişkin belgeleri, mali ve muhasebe kayıtlarını, işçilerin görev tanımlarını, organizasyon şemasını, fesih öncesi ve sonrası işçi alımı olup olmadığını[721], işyeri SSK bildirgelerini, gerek duyulduğunda işyerinde keşif yapılarak bilirkişiler aracılığı ile inceleme yaptırılmak suretiyle[722] girişimci kararın tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının araştırılması gerektiğine işaret etmektedir[723].

4. Ölçülülük Denetimi

Ölçülülük ilkesi iş güvencesi hukukuna hakim olan bir ilke olup, hem geçerli sebeple yapılan fesihlerde hem de haklı sebeplerle yapılan fesihlerde de uygulanan bir ilkedir. Anayasamızın 13'üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlandırmalar "ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Ölçülülük ilkesi, Anayasa hukukunda, sınırlandırmada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir[724]. Ölçülülük ilkesi çatışan hak ve menfaatler arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulmasıdır. Ölçülülük ilkesi yasa koyucunun temel haklara olan müdahalesini sınırladığı

[720] Y9HD. 27.03.2014T. 2014/4035E. 2014/10514K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 485.
[721] Y22HD. 22.04. 014T. 2014/9110E. 2014/9197K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 478-479.
[722] Y22HD. 22.04.2014T. 2014/9110E. 2014/9197K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.478.
[723] Y9HD. 11.09.2008T. 2008/25324E. 2008/23401K.; Y9HD. 06.10.2008T. 2008/30274E. 2008/25209K.; Y9HD. 22.12.2008T. 2008/41189E. 2008/34778K., Y9HD. 23.03.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K., sinerjimevzuat.com; Y9HD. 23.01.2014T. 2013/9387E. 2014/1455K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 485-489.
[724] KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.181-184.

gibi, bireyler arası ilişkilerde ise bireylerin hukuki tasarruflarına da hakim olan bir genel hukuk ilkesidir[725].

İşletme, işyeri ve işin gereği nedenleriyle alınan girişimci karar sonrası yapılan fesihlerin kaçınılmaz olup olmadığı yönündeki denetimin dayanağı ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük denetimi feshin son çare olması ilkesi dahilinde yapılmalıdır. Girişimci kararın amacı ve bu amacın gerekli olup olmadığı denetlenemeyecektir. Ancak feshin kaçınılmazlığı ekonomik yönden değil, kararın hukuka uygun olup olmadığı, işçinin çalışma olanağının ortadan kaldırıp kaldırmadığı yani feshin son çare olması ilkesi dahilinde değerlendirilecektir[726]. Bu yönüyle, ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin girişimci kararı uygulanmasında feshin kaçınılmaz olup olmadığı, fesih nedenlerinin sürekli olup olmadığı, fesih dışındaki önlemlerle sorunların aşılıp aşılamayacağı, işçinin başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı, feshe son çare olarak bakılıp bakılmadığı hususlarında işverenin kararının denetimi ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilecektir[727].

İşletme gereklerine dayalı fesihte amaç, işletmenin mevcut personel sayısının işletmenin devamlılığının sağlanması yönünde olması gereken sayıya indirgeyerek, personel sayısının işletme gerekleriyle uyumlu hale getirilmesidir. Girişimci kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmanın mümkün olduğu hallerde, fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. İşletme gereklerine dayanan geçerli fesih sebeplerine dayanılarak sözleşmenin feshinden önce, işverenin kendisinden beklenilebilecek düzeyde olan bir dizi ekonomik ve organizasyona yönelik tedbirleri almak hususunda çaba göstermesi gerekmektedir. Bu tedbirlerden bazıları fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma modellerinin uygulamaya konulması, uzun süreli çalışmaların kaldırılması, geçici iş ilişkilerine son verilmesi, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme, sözleşme dışı veya sözleşmede belirletilen miktarın üstünde yapılan maaş zammı ya da prim gibi ücret eklerinin kısılması, işçiyi başka bir işte çalıştırılması yahut meslek için eğitime tabi tutulması gibi tedbirlerdir. Önemli olan iş sözleşmesinin feshinden kaçınmak için bütün imkanların işverence tüketilmiş olmasıdır. Yargıtay istikrarlı kararlarında girişimci kararla varılmak

[725] ENGİN, s.50.
[726] KESER, s.262.
[727] KESER, s.261.

istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşılmasının mümkün olduğu durumlarda, fesih için geçerli bir nedenden söz edilemeyeceğini vurgulamıştır[728].

Alman hukukunda girişimci kararın bütünüyle denetim dışı kalması nedeniyle ölçülülük ilkesi uygulama alanı bulmamaktadır. Yargıç fesih kararının gerçekten gerekli olup olmadığını, girişimci kararla öngörülen amaca fesih dışında daha hafif bir tedbirle ulaşmanın mümkün olup olmadığını incelemektedir[729].

5. Sosyal Seçim

Sosyal seçim, işletme gerekleri nedeniyle ortaya çıkacak soyut işçi fazlalığını, iş sözleşmesi feshedilecek işçileri birtakım özellikleri göz önünde bulundurularak belirlemek suretiyle somutlaştırması anlamına gelmektedir[730]. Hukukumuzda sosyal seçim ölçütlerini açık bir biçimde öngören yasa hükmü bulunmamakta, sosyal seçim ölçütlerine ve işverenin bunlara aykırı davranmaması yükümlülüğüne, iş güvencesi hükümleri arasında yer verilmemiştir. Öyle ki, sosyal seçim ölçütleri, İş K. m. 18'e ilişkin gerekçede dahi yer almamaktadır. Yargıtay geçmişteki bazı kararlarında, Alman Feshe Karşı Koruma Yasasındaki gibi bazı sosyal seçim ölçütlerinin veya objektif kriterlerin iş akdinin feshinde dikkate alınması gerektiğini "sosyal seçim kriterleri" adı altında, bazı esaslara yer vermiştir.

İşçilerin bir kısmının iş sözleşmesi feshedildiğinde, işveren zorunlu olarak bir seçim yapmak durumunda kalmaktadır. Şüphesiz işverenin seçim konusunda tamamen serbest ve keyfi davranabileceği de kabul edilemeyecek olup, İş Hukukunun ilkeleriyle de bağdaşmayacaktır. Mevzuatımızda sosyal seçim ve objektif kriterler konusunda düzenleme yer almadığı halde, işverenin seçim serbestisinin sınırını Anayasada yer bulan eşitlik ilkesi ve İK.'nın 5 inci maddesinde düzenlenen mutlak ayrım yasağına ilişkin düzenlemeler oluşturacaktır. Nitekim sosyal seçimin amacı anayasal eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi ve işçinin korunmasıdır[731].

İşverenin girişimci karar almasına yol açan sebebin istihdam fazlası yaratması ve işçinin çalıştırılma imkanının bulunmadığına yönelik uyuşmazlıklarda Yargıtay sıklıkla

---

[728] Y9HD. 2.5.2006T. 2006/10516E. 2006/12278K.; Y9HD. 15.5.2006T. 2006/10807E. 2006/13509K. ; Y9HD. 20.03.2006T. 2006/3284E. 2006/7012K.; Y9HD. 26.09.2005T. 2005/21938E. 2005/31156K. ; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.206,207.

[729] ENGİN, s.66.

[730] CENTEL, s.115-116; ÇELİK, Nuri, "İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", Sicil I, 4, Aralık 2006, s.6.

[731] ENGİN, İşletme Gerekleri, s.112.; SÜZEK, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, 12, Aralık 2008, s.24.

vurguladığı üzere, girişimci karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığına yönelik tutarlılık denetimi, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı yönünde keyfilik denetiminin son olarak girişimci karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığına yönelik ölçülülük denetiminin mahkemelerce yapılması gerekmektedir.

Mahkemelerce iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde göz önünde bulundurması gereken iki şey olacaktır; bunlardan birincisi iş sözleşmesinde kararlaştıran hükümler, diğeri ise toplu iş sözleşmesindeki hükümlerdir. Mevzuatımızda iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde dikkate alınması gereken hususlar bulunmamakta ise de; taraflar iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesinde sözleşmenin feshinde belli kriterlere yer vermiş ise, bu hususların göz önünde tutulması gerekmektedir. Ancak bu konuda taraflar arasında bir düzenleme bulunmamakta ise, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde işveren tamamen özgürdür[732]. İşletme gereklerinden kaynaklanan nedenlerle işverenin feshe gittiği durumlarda, sözleşmesi feshedilecek işçilerinin seçiminin nasıl olacağı, işverenin işçileri seçmekte özgür olup olmadığı önemli bir husus teşkil etmektedir. Bazı ülkelerin yasalarında bu durumda güçsüz olanların korunması gerektiği prensibinden hareket edilerek, işverene belirli kriterler konularak işçilerin seçiminin yapılacağı belirtilmektedir[733]. İşverenin, işyerinde çalışan işçiler arasından, iş sözleşmelerini feshedeceği işçileri seçimine ilişkin Yargıtay farklı dönemlerde farklı görüşler açıklamıştır.

Yüksek mahkeme eski kararlarında, girişimci kararın uygulanması sonucunda, iş sözleşmelerini feshedeceği işçilerin seçimine ilişkin olarak işverenin sosyal seçim şartına uyması gerektiğinden bahisle, yerel mahkeme kararlarını bozmuştur. İşverenin böyle bir sosyal seçim şartına riayet etmediği durumlarda ise, feshin geçerli sebebe dayanmadığı yönünde görüş bildirmiştir[734].

"…..*Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o ünitede çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya*

[732] Y9HD. 23.03.2009T. 2008/34202E. 2009/7718K.; KESER, s.262.
[733] CENTEL, s.115
[734] Y9HD., 13.3.2006 T., 2006/2894E., 2006/6224K.

genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.''[735]

''Somut uyuşmazlıkta, kapatılan bölümde çalışan işçilerden diğer bölümlere aktarılanların, bir başka anlatımla çıkarılanlar ile başka bölümlerde görevlendirilenlerin ne şekilde seçildiği, çıkarılanların başka bölümlerde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği açıklanmış ve anlaşılmış değildir. Çalışanlar arasından çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı irdelenmelidir. Zira, işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.''[736]

Yargıtay, sosyal seçimin hangi ölçütlere dayanması gerektiği konusunda eski görüşlerinde özetle; işten çıkarılacak işçinin seçiminde işverenin, aynı işi üstlenmiş işçileri karşılaştırmasını ve işçiler arasında "verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma" gibi ölçütlere göre oluşturulacak sıraya uymasını öngörmüştür[737]. Dolayısıyla Yargıtay bu görüşünün mevcut olduğu dönemde verdiği kararlarda, işverence tespit edilen norm kadroya göre ihtiyaç fazlası personel bulunduğu ortaya çıktığında ve bunun sonucu olarak da işçi çıkarılması gerektiğinde, işverence öncelikle iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde sosyal seçim ölçütü oluşturulmasını, daha sonra oluşturulan bu sosyal seçim ölçütünün aynı konumdaki işçilere genel ve objektif bir şekilde uygulanmasını, işverenin böyle bir sosyal seçim şartına uymadığı durumlarda ise, feshin geçerli sebebe dayanmadığı görüşündeydi[738].

İşverenin işletme gereklerine dayanmak suretiyle iş akdini feshedeceği işçileri seçmede serbest olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Yargıtay'ın eski kararlarındaki bu

[735] Y9HD, 3.4.2006T. 206/4878E. 2006/8253K., benzer yönde Y9HD, 20.02.2006T. 2006/ 10807E. 2006/13509K.; Y9HD. 2.10.2006T. 2006/17515E. 2006/25658K., sinerjimevzuat.com

[736] Y9HD. 13.03.2006T. 2006/2894E. 2006/6224K.; Y9HD. 10.4.2006T. 2006/5883E. 2006/9359K.; Y9HD. 28.9.2009T. 2009/41791E. 2009/24389K., sinerjimevzuat.com.

[737] Doktrinde ULUCAN Yargıtay'ın bu görüşünü eleştirmiş olup, ölçütlerin sosyal seçimle bir ilgisi bulunmadığını, bu kriterlerin bir işçi çıkarılırken geçerli nedenlerin kanıtlanmasında, her somut olaya göre dikkate alınması gereken kriterler olduğunu vurgulamıştır. Yazar Yargıtay'ın feshe dayanak olarak öngördüğü ölçülerin veya unsurların sosyal seçim olarak değerlendirilemeyeceği, bunların birer ölçü olarak kullanılmasının sadece işveren açısından geçerli nedeni kanıtlaması bakımından kolaylık sağlayacağını belirtmiştir; ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 79.

[738] KESER, s.264.

görüşleri doktrinde sosyal seçim ölçütlerini herhangi bir koşula ve sınırlayıcı anlatıma yer vermeksizin, içeriği ve koşulları belirsiz yükümlülük getirmesi, hukuki güven ve açıklık ilkeleri ile bağdaşmaması, kriterler arasında önceliğin belirlenememesi ve birbirlerine öncelikli biçimde sıralayarak, bunlara mutlak biçimde uyulması zorunluluğunu kabul etmesi, bu durumun menfaat uyuşmazlıklarını gündeme gelebileceğine ilişkin kaygılar belirtilmiştir[739]. Yine doktrinde Yargıtay'ın görüşüne yönelik işverenin yönetim hakkı kapsamında çıkarılacak işçileri serbestçe belirleyebileceği, yasal dayanağı olmayan bir yükümlülükten dolayı işverenin hakkının sınırlandırılamayacağı haklı olarak eleştirilmiştir[740]. Yine Yargıtay'ın sosyal seçim ölçütlerine uyulmayıp işçi seçiminde keyfi davranıldığının iddia konusu olması halinde ispat yükünün, işverende olduğunu kabul etmesine yönelik görüşü de doktrinde yine haklı olarak eleştirilmiştir[741]. Nitekim feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürdüğü hallerde, bu iddiası keyfilik denetimi kapsamında irdelenmesi gerektiği gibi, iddiayı ispat yükümlülüğü işçinin üzerinde olması gerekmektedir[742]

Doktrinde yasada yer almadığı halde gerekçede yer aldığı için fesih sırasında uyulması beklenen son çare ilkesinin sosyal seçim ile sürekli yan yana veya aynı anlamda kullanılması, bu kurumların gerçek anlam ve işlevine ters düştüğü belirtilmektedir[743]. Birçok işçi arasından bir kısmının işten çıkarılması zorunluluğu bulunduğu durumlarda, uygulama alanı bulması gereken sosyal seçimin, son çare ilkesi ile bir alakası bulunmadığı, sosyal seçimin bireysel olarak işçi çıkarmalarında dikkate alınacak kriterler toplamı olmadığı; işçinin performansı, yaşı, işyerinde çalıştığı süre, hastalanması, diğer işçiler ile karşılaştırılması ve iş görme borcunu yeterince yerine getirmemesi bireysel fesihlerde birer geçerli neden olarak dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Sosyal seçimin, acil işyeri gereklerinden kaynaklanan fesihlerde yapılması zorunlu kabul edilen ve birden çok işçinin çıkarılmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda, işçinin yeterliliği ve davranışlarından bağımsız olarak yapılan seçim olduğu vurgulanmıştır. Zarar eden bir işletmenin işvereni, bu zararını engellemek için bazı işçileri çıkarmak zorunda kaldığı durumlarda, hangi işçileri seçme hususunda serbest olması gerekmektedir. İşveren bu hakkını kullanırken gözetim borcu gereği adil, ölçülü ve işin

[739] SÜZEK, s.620.
[740] Bu gerekçeler konusunda geniş bilgi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? Karar İncelemesi, Sicil, 4, Aralık 2006, s.95-100., SÜZEK, s.605.CENTEL, s.116.
[741] Bkz. Y9HD., 3.4.2006, 4878/8253, sinerjimevzuat.com.
[742] KAR, s.128.
[743] ULUCAN, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, s.21.

gereğine uygun davranmalı ve işten çıkarılacak işçilerin seçiminde en az zararı göreceği kişileri seçmelidir[744]. Dolayısıyla iş sözleşmesinin feshi sırasında işverenin, işten çıkartacağı işçiyi seçerken kaçınılmaz olarak seçim yapma yükümlülüğüyle karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bu seçimlerin hepsinin sosyal seçim olarak adlandırılması doğru olmayıp, Alman Feshe Karşı Koruma Yasasında açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, her fesih işleminde sırası ile, şablon olarak kullanılan ve uyulması zorunlu olan bir kural olmadığı yönündeki doktrindeki eleştiriler son derece isabetlidir[745]. Nitekim işveren işyeri gerekleri veya ekonomik nedenlere dayanarak işçi çıkarma yoluna gidiyorsa, bu kriterlere mutlaka sırası ile ve aynen uymak zorunda da değildir. Sadece bu kriterleri dikkate alması yeterli olacaktır.

Yargıtay son kararlarında ise eski görüşünden döndüğünü görmekteyiz[746], bu hususta yaşanan uyuşmazlıklarda mahkeme; "*Davalının ekonomik nedenlerle bazı kadroları ve işçi pozisyonlarını iptal ettiği, bu kapsamda davacının tek olarak çalıştığı Samsun ilindeki şubeyi de davacı kadrosunu iptal ettiği, dosyaya sunulan kayıtlara göre davalının aynı nedenle bir çok işçi çıkardığı, işvereni aldığı işletmesel karar sonrası işten çıkarılacakları belirlemede bağlayan bir kural olmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemenin davacının iş aktinin feshinde ve davacının da içinde bulunduğu işten çıkarılacakların tespitinde, herhangi bir objektif veya değerlendirilebilir kriter olmadığı, çıkarılan işçilerin hangi sebeple çıkarıldığı veya çıkarılamayan işçilerin hangi sebeple çıkarılmadığı, bunlar arasında hangi sebeple tercih yapıldığı hususunun ispat edilemediği gerekçesi isabetli değildir*"[747] yönündeki yüksek mahkemenin gerekçesinde de anlaşılacağı üzere, işverenin artık girişimci karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçiminde sosyal seçim ölçütüne başvurmak zorunda olmadığı yönünde kararlar vererek, görüş değiştirmiştir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin son tarihli kararında "*Özel güvenlik hizmet biriminin kapatılması nedeniyle istihdam fazlalığı oluşturan çalışanların tamamı için ayrı ayrı değerlendirme yapıldığında ve eğitimleri, diğer nitelikleri bulundukları lokasyondaki gereksinimler gözetilerek kırkdokuz kişinin idari kadroya, dokuz kişinin de gişe yetkilisi olarak istihdam edilebildiğini savunmakta ise de, davalı işverenin hangi objektif seçim kriterini açık değildir. Davalı bankadaki farklı*

[744] ULUCAN, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, s.24.
[745] ULUCAN, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, s.20-23; ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 74.
[746] Y9HD. 06.10.2008T. 2008/30271E. 2008/25206K., Y9HD. 16.06.2008T. 2007/39374E. 2008/16020K., Y9HD. 05.05.2008T. 2007/32500E. 2008/11101K., Y9HD. 14.04.2008T. 2007/33534E. 2008/8315K., Y9HD. 14.04.2008T. 2007/35914E. 2008/8316K., Y9HD. 14.04.2008T. 2008/6288E. 2008/8329K., Y9HD. 14.04.2008T. 2008/9760E. 2008/8359K. Y9HD. 09.02.2009T. 2009/1186E. 2009/1832K., Y9HD. 02.02.2009T. 2008/11540E. 2009/866K. ; KESER, s. 265.
[747] Y9HD. 16.06.2014T. 2014/17393E. 2014/19400K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s. 476-478.

pozisyonlarda çalıştırılan güvenlik görevlilerinin davacı da bulunmayan hangi eğitim ve nitelikleri itibariyle seçildiği de açıklanmış değildir"[748] yönündeki kararıyla davacının hangi kriterleri uygulayarak iş akdini feshettiğini ispatlaması gerektiğini belirtmiştir.

Yüksek mahkeme artık girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe girişimci karar alan, bu girişimci kararı denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığının denetime tutulması gerektiği yönünde kararlar vermektedir[749]. Bu nedenle de artık işveren bireysel iş sözleşmeleri, sözleşme eki iç yönetmelik hükümleri veya toplu iş sözleşmesi ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde bazı kriterlere uyulacağını kabul ettiği hususlarda yahut işverenin sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde birtakım kriterler gözettiğini ileri sürdüğü hallerde, işverenin sözleşme ile düzenlenen veyahut kendisini bağladığı kriterlere uyması gerekmektedir[750]. Uygulamada işverenin kendisini bağladığı kriterlerden en yaygın olarak karşılaşılanı istihdam fazlası meydana geldikten sonra, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin arasından belirli eğitim seviyesinde olan, işyerinde farklı bir birimde değerlendirilebilmeleri mümkün olan işçilerin önce eğitime, sonra sınava, başarılı olanların mülakata tabi tutularak, mülakata katılmayan yahut sınavda başarısız olanların iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumlarıdır. Yargıtay işverenin ekonomik kriz nedeni ile küçülmeye gidilmesi durumunda işçi çıkartılması gerektiğinde hangi ölçülerin uygulanacağını şöyle belirlemiştir: "Davalı işveren, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin nasıl belirleneceği konusunda üç kriter koyup, bunların dışında kendisini bağlayan sözleşmesel ve kanuni bir seçim kriteri bulunmamaktadır. Davacının çalıştığı bölümde söz konusu kriterleri taşıdığı halde işten çıkarılmayan işçi bulunduğu davacı tarafından iddia ve ispat edilememiştir. Davalı işveren davacının çalıştığı bölümdeki işçilerden öncelikle gönüllü olarak ayrılmak isteyenlerin, halen emekli statüsünde çalışanların ve emekliliğe hak kazanmış durumda bulunanların iş sözleşmesini feshedecektir. Bunların yeterli olmaması halinde ise kimler seçeceği konusunda kendisini bağlayan bir seçim kriteri bulunmamaktadır. Bu halde, fesih geçerli sebebe dayanmaktadır"[751].

[748] Y9HD. 05.12.2016T. 2016/18864E. 2016/21473K., sinerjimevzuat.com.
[749] Y9HD. 16.06.2014T. 2014/17393E. 2014/19400K., ÇİL, Yargıtay İlke Kararları, s.476.
[750] Y9HD. 18.10.2010T. 2009/29436E. 2009/29425K. ; Y9HD, 27.4.2009 T. 2009/10026E. 2009/11699K., SÜZEK, s.620.; KESER, s.265.
[751] Y22HD. 8.02.2013T. 2013/30317E. 2013/2273K., sinerjimevzuat.com.

İşveren almış olduğu girişimci kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmaz olduğunu ispatladığını, kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan kurala uyduğunu ispatladığı takdirde, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan sebebe dayandığını kabul etmektedir[752]. Böylelikle Yargıtay son kararlarında işçi seçiminde objektif kriter kavramına yer vermiş, işverenin iş sözleşmesi yahut toplu iş sözleşmesindeki düzenlemelerin objektif ve genel bir şekilde uygulayıp uygulamadığına bakılarak sonuca gidileceğini vurgulamıştır[753]. Aksi halde işveren, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi konusunda hiçbir kriter belirtilmediği hallerde; sosyal seçim şartı da dahil olmak üzere hiçbir seçim şartına uymak zorunda kalmayacaktır[754].

Mevzuatımızda sosyal seçim ve objektif kriterler konusunda düzenleme yer almadığı halde, işverenin seçim serbestisinin sınırını Anayasada yer bulan eşitlik ilkesi ve İş K. 5 inci maddesinde düzenlenen mutlak ayrım yasağına ilişkin düzenlemeler oluşturacağına, sosyal seçimin amacı anayasal eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi ve işçinin korunması olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır[755]. Aksi görüşte ULUCAN, Yargıtay'ın birçok uyuşmazlıkta işyeri gereklerinden kaynaklanan fesih gerekçelerini tartışma konusu yapmadığı, yüksek mahkemenin mevcut işçiler arasında sosyal seçim kriterlerine uyulup uyulmadığı, sonrasında son çare kriterleri olan fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimde getirmek, işçiyi başka bir işte çalıştırmak, meslek içi eğitime tabi tutmak olanağı bulunduğu durumlarda, feshe başvurulmaması gerektiği yönündeki kararlarının kaynak Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda yer almadığını, yine belirli ve uyulması gereken sosyal olarak nitelendirilebilecek ölçütlerin İş Kanunu'nun 18. Maddesinde yer almadığı 18. Maddede ki ölçülerin ise sosyal seçimle bir ilgisi olmadığını belirtmektedir. Yüksek mahkemenin bu yöndeki kararları gerçekten zarar eden, ekonomik nedenlerle bir kısım işçisini işten çıkarmak zorunda kalan işverenin, işletmesi için yararlı gördüğü işçilerle çalışmaya devam etmesini zorlaştırmaktadır. ULUCAN, işverenin işyeri gerekleri nedeniyle zorunlu olarak bazı işçilerin sözleşmelerinin feshi cihetine gidildiğinde, benzer konumda olan işçiler arasında işverenin zorunlu olarak bir seçim yapmak durumunda kaldığını, ancak bu durumda işverenin gözetim borcu gereği hakkaniyete uygun davranması gerektiğini belirtmektedir. Aynı yazara göre burada eşitlik ilkesi söz konusu olmayıp, nitekim eşitlik ilkesine aykırı hususların meydana

[752] KESER, s.267; Doktrinde Yargıtay'ın bu yöndeki görüşüne eleştirel yaklaşmış olup, ULUCAN, bu önlemlerin sosyal seçim kriterleri ile herhangi bir ilgisi olduğunun söylenemeyeceği, bunlar sadece geçeri nedenlerin varlığını kanıtlamada kolaylaştırıcı ilkeler veya ölçüler olabileceğini belirtmiştir.
[753] KAR, s.126.
[754] KESER, s.266.
[755] ENGİN, İşletme Gerekleri, s.112.; SÜZEK, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, 12, Aralık 2008, s.24.

gelmesi halinde sosyal seçim değil, eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle geçersiz fesihten söz edileceğini belirtmektedir[756]. Doktrindeki eleştirel görüşe katılmakla birlikte, zarar eden bir işletmenin işvereni bu zararını engellemek için bazı işçileri çıkarmak zorunda kaldığı durumlarda, hangi işçilerin sözleşmelerini feshedeceği konusunda geniş bir takdir hakkına sahip olmalıdır. Aksi halde hem zarar edip, hem de işletmesi için en yararlı ve verimli işçilerle ekonomik koşullara dayanmaya çalışırken, işletmesi için yararlı ve verimli olmayan işçileri işletmede tutmaya zorunlu tutulmamalıdır. Şüphesiz işveren bu hakkını kullanırken gözetim borcu gereği adil olmalı, ölçülü ve işten çıkarılacak işçilerin seçiminde en az zarar görecekleri seçmelidir. İşveren açıkça sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde ölçüsüz ve hakkaniyete aykırı davranmış ise, işverence gerçekleştirilecek fesih geçersiz fesih olacaktır.

C. Yargısal Denetimin Eleştirisi

Alman Federal İş Mahkemesi kökleşmiş içtihadında, "feshe yol açan girişimci kararın amaca uygunluğu ve gerekliliği yönünden denetlenemeyeceğini, ancak açıkça tutarsız ve keyfi olup olmadığı yönünden denetleneceğini, kaçınılmayan işyeri gerekleri çerçevesinde işverenin aldığı tedbirlerin feshi zorunlu kılıp kılmadığının araştırılmasını, işyerinin durumuna göre daha hafif tedbirlerle amaca ulaşılıyorsa feshin gerekli sayılamayacağını" hükme bağlamıştır[757].

Alman Federal İş Mahkemesinin de belirttiği üzere girişimci karar özgürlüğü yargı tarafından yerindelik ve amaca uygunluk denetime tabi tutulamaz. Nitekim yargıcın, karar veren işverenin yerine geçerek, verilen kararın amaca uygun ve yerinde olup olmadığının takdirini yapamayacak olması yerinde bir tespittir. İşveren anlamsız ve mantıksız görünse dahi kendi işletmesi için uygun gördüğü tedbiri almakta serbest olmalıdır. Ancak işverence serbestçe alınan girişimci karar sonrası işveren, girişimci kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu ispatlamak zorunda kalmaktadır. Bu durumda işveren girişimci kararın amacını açıklayarak feshin neden gerekli olduğunu ispatlamak zorunda olacağı için, işçi tarafından kötü niyet olarak ileri sürülen olgular çoğu kez tutarlılık denetiminin konusu olacaktır[758].

[756] ULUCAN, Ekonomik Ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 75-76.
[757] BAG 24-10-1979 Nr. 8; 30-4-1987 Nr. 42; 29-3-1990 Nr. 50; 9-5-1996, Nr. 79; 25-4-2002 Nr. 121; 1 KschG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, Naklen, ENGİN, s.62.
[758] ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s. 57-81.

Yargıtay fesih işleminin, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile yapıldığının ileri sürüldüğünde, öncelikle işverenin girişimci kararını aramakta, ifayı ve istihdamı engelleyen durumun varlığının araştırılması gerektiğini, girişimci karar ile istihdam fazlalığını meydana gelip gelmediğini, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı(keyfilik), girşimci karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı(ölçülülük-feshin son çare olması)nın açıklığa kavuşturulması gerektiğini istikrarlı olarak tüm kararlarında belirtmiştir[759]. Doktrinde ise Yargıtay'ın bu uygulaması eleştirilmiştir. ULUCAN, Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz oluşturduğu modeli, önüne gelen uyuşmazlıklara göre değerlendirdiğini, bu modelin oluşmasında Alman Federal İş Mahkemesi kararının başlıca etken olduğunu belirtmiştir. Ancak Alman Federal İş Mahkemesinin, Yargıtay tarafından oluşturulan bu modelde belirtilen kavram ve ilkeleri bir bütün halinde ele almadığını, bazı kavramları ise ele aldığı olayın özelliklerine göre farklı bir biçimde ve farklı yerlerde dikkate alarak, kararlarını oluşturduğu gerekçesiyle Yargıtay'ın uygulamasını eleştirmiştir[760]. ULUCAN, belirlenmiş model çerçevesinde alınan bir fesih kararının tek tek ve eksiksiz denetimden geçirilmesi yerine, fesih gerekçesinden hareketle, yerine göre hukuka aykırılık oluşturacak durumlar açısından bir yargı denetimi yapılmasını daha doğru olacağını belirtmiş, olaya göre ortada bir keyfilik ve hakkın kötüye kullanılmasının bulunduğu durumlarda tutarlılık denetimine gerek olmadığını, hakeza fesih kararının tutarlı bir biçimde uygulanmadığı durumlarda da son çare ilkesine uyulup uyulmadığının araştırılmaması gerektiğini isabetli olarak vurgulamıştır[761].

[759] Y22HD. 04.03.2015T. 2015/4602E. 2015/8950K.; Y22HD. 30.09.2013T. 2013/25409E. 2013/25409K.; Y7HD. 28.01.2015T. 2015/17005E. 2015/771K.; Y9HD. 22.06.2009E. 2009/34144E. 2009/17161K., sinerjimevzuat.com; ULUCAN, Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, s.52.
[760] ULUCAN, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, s.10.
[761] ULUCAN, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, s.18.

IV. SONUÇ

İş güvencesi, İş Hukukunun çok önemli bir kurumu olarak gerek uluslararası hukuk gerekse ulusal hukuk alanında etkinliğini hissettirmektedir. Yeni dünya düzeninde liberal yaklaşımların varlığı her alanda etkin olsa da, iş güvencesinin günümüzde önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Dünya ekonomisindeki yapısal değişimler, işgücündeki teknolojik değişiklikler, üretim ve organizasyonlarda farklı anlayışların önem kazanması ve istihdamın sektörel dağılımındaki farklılıklar iş hayatını önemli ölçüde etkilemiş, etkilemeye de devam etmektedir. Günümüzde artık İş Hukuku, sadece iş sözleşmesi temelinde yükselen dar anlamdaki iş ilişkilerinin hukuku olmayıp, bunun yanı sıra aynı zamanda ekonomik konjonktürün gereklerine ve teknolojik dönüşümlere uyum sağlamak zorunda olan bir hukuk dalı haline gelmiştir. Küreselleşme ve rekabetçi piyasanın koşulları, iş hukuku kurallarına da yansımış olup, bilhassa ekonomik kriz koşullarına uyum sağlayan yeni düzenlemelerin oluşturulması ve istihdamın korunması da güçleşmiştir.

Ekonomik bunalım dönemlerinde talep azalmasına bağlı olarak üretim düşmesi sonucunda işletmelerin başvurduğu ilk yöntemlerden biri işçi çıkarma yoluna gitmektir. Bu sebeplerle işçi çıkarmanın genellikle topluca yapılması, ülkenin toplumsal ve siyasal düzenini de yakından ilgilendirmektedir. İş güvencesinin ekonomik ilişkilerin gündemine oturması, bu güvencenin ekonomik, sosyal ve hukuki etkileridir. İş güvencesinin etkin kılındığı bir işgücü piyasasında istihdam, sendikal örgütlenme, işsizliğin azalmasına bağlı olarak çalışan sınıfının çoğalması ve iş ilişkilerinin birbirine olan bağlılığı ekonomik istikrarın sağlanmasına da hizmet edilecektir.

Ekonomik ve siyasi iktidarın sağlanmasının temel koşulu, yeni istihdam olanaklarının yaratılması ve arttırılmasıyla gerçekleştirilebilir. Ekonomik kalkınmanın gerçekleştirilebilmesi için; değişen dünya şartlarına uygun teknoloji ile üretim yeniden yapılandırılması çalışmalarında hem işvereni hem de işçiyi etkileyecek ekonomik ve sosyal politikaların geliştirilmesi gerekmektedir. Türkiye'nin 21. Yüzyılda dünya düzeninde yerini güçlü bir şekilde alabilmesi için ekonomik ve sosyal gelişmesini de istikrarlı bir şekilde sürdürmesiyle gerçekleşebilir. İşgücünün düzenli ve etkin bir şekilde yapılandırılması işgücü piyasasına işlerlik kazandıracağı gibi, sosyal huzur ortamını da tesis etmiş olacaktır.

Günümüzde ekonomik kriz koşullarına uyum gösterecek, rekabet edebilen ve ettirebilen iş hukukunun oluşturulabilmesi; İşgücü piyasasının etkinliğini koruyan ve geliştiren hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararıyla mümkün olabilir. Ekonomik kriz,

sektörel kriz, öngörülemeyen haller, işletmelerin yeniden yapılanması, çalışma bölümlerinin kapatılması, küçülmeye gidilmesi gibi vb. durumlarda yargıç, Medeni Kanun m. 2de öngörülen esasları göz önüne alarak, bu durumların kanuna karşı dolanma arayışı mı yoksa işletmenin yaşadığı sorunlara karşı işletmenin ayakta kalabilmesi için çözüm arayışı mı olup olmadığının tespiti yapılmalıdır. İşçinin, yeterliliği ve davranışları bakımından herhangi bir kusuru yahut sorumluluğu olmamasına rağmen, işyerine gereklerine dayanarak yapılan fesihlerde, işçinin işini kaybetme riski ile karşı karşıya kalması durumu uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu durumun iki sonucu bulunmaktadır. Birincisi İş Kanunun işverene girişimci olarak ve işyerini gereklerine dayanarak iş sözleşmelerini feshetme olanağını tanıması, diğeri ise işçinin bu tür durumlar baş gösterdiğinde korunmasıdır. Bu hususta önemli olan ise işçilerin sosyal çıkarıyla, ekonomik tüm riskleri üstlenen işverenin yönetim özgürlüğü çerçevesinde aldığı karar verme hakkının dengelenmesidir.

İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, girişimci karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetimin ilk şartı öncelikle girişimci karar alınmasıdır. İşverenin girişim özgürlüğü ve karar verme serbestisine dayanarak girişimci karar alması, yerindelik ya da haklılık denetimine de konu olamamaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. İşyerinden veya işyeri içinden kaynaklanan sebeplerle gerçekleştirilen fesihler, işverenin işletme politikası-işletme yönetimi ile ilgili kararlarıdır. İşyeri içi sebepler işyerindeki her türlü yapısal ve teknolojik değişimlerdir. İşveren, işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün girişimci tedbirler bu kapsamdadır. Bu tedbirler vasıtasıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını kullanmaktadır. Bu sebepler; yeni üretim yöntemleri, işyerinin küçülmesi, yeni teknolojiler, masrafların kısılması, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya konulması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara veya alt işverene aktarılması, işletmede bazı bölümlerin kapatılması, grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler işletme içi sebep olarak nitelendirilebilecek girişimci kararlara örnek olarak verilebilecektir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde,

işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak durumundadır. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, girişimci kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve bu sebeplerle işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelip gelmediğinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir.

İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebepleri oluşturmaktadır. İşyeri dışından kaynaklanan geçerli sebepler ise; talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, hammadde veya enerji sıkıntısı, dış pazar kaybı, satış ve sürümde azalma, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler olarak özetlenebilir. İşletmeyi etkileyen işyeri içinden veya işyeri dışından kaynaklanan sebepler ekonomik veya yapısal temelli bir işletme kararına dayanan sebeplerdir. İşyeri dışı sebeplerin geçerli bir sebep olabilmesi için dış etkenlerin işletmeyi önemli ölçüde etkilemesi ve bu sebeplerin işyerinde işgücü fazlasına neden olması halinde önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan etkisinin olduğu durumlarda, ileri sürülen işletme dışı sebeplerin mevcut olması ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırması durumunda İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli sebebe dayanılacaktır.

Yüksek mahkeme önünde gelen her uyuşmazlıkta feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde öncelikle bu konuda işverenin girişimci kararı aranmasını, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı ve istihdamı engelleyen durumların araştırılmasını, girişimci karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve girişimci karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi), işletmeden kaynaklanan sıkıntılara karşı bir çözüm arayışının bulunup bulunmadığının tespitinin yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak Yargıtay'ın oluşturduğu bu modeli, önüne gelen tüm uyuşmazlıklara göre değerlendirmesi doğru değildir. Nitekim bu modelin oluşmasında Alman Federal İş Mahkemesi kararının başlıca etken olmuşsa da, yüksek mahkeme tarafından oluşturulan bu modelde belirtilen kavram ve ilkeler bir bütün halinde ele almamıştır. Oysaki yüksek mahkeme tarafından belirlenmiş bu model çerçevesinde alınan fesih kararının tek tek ve eksiksiz denetimden geçirilmesi yerine, fesih gerekçesinden hareketle yerine göre hukuka aykırılık oluşturacak durumlar bakımından yargı denetiminin yapılması gerekirdi.

12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle, Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan iş uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmiştir. 7035 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesine istinaden belirtilen konularda açılan davalarda arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu kabul edilmiştir. 4857 Sayılı Kanunun işe iadeyi öngören hükümlerinin (m. 20-21) değişikliğinden önceki düzenlemede feshin geçersizliği davasında işe iadeye karar verilmekle birlikte, işe başlatmama tazminatının miktar olarak belirlenmemesi ve boşta geçen en çok dört aya kadar isteklerle ilgili olarak tahsil hükmü kurulmaması, uyuşmazlığı bir başka yargılamaya taşımaktaydı. Nitekim tahsil hükmü kurulamaması sebebiyle mahkeme ilamının infaz yönü de eksik kalmaktaydı. Bu durumda hem işsiz kalan işçinin yeni bir dava ile karşılaması gereken mahkeme masrafları olacağı gibi, aynı zamanda bu durum yargıya duyulan güveni de azaltmaktaydı. 4857 Sayılı Kanunun 21. maddesinde yapılan değişiklik ile artık mahkeme veya özel hakemin, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleyeceği hüküm altına alınması önemli bir adım olmuştur. Yeni düzenleme ile ikinci fıkrada belirtilen tazminat ile üçüncü fıkrada belirtilen ücret ve diğer hakların "dava tarihindeki" ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilerek, böylece uygulamada yaşanabilecek sorunların önüne geçilmeye çalışılmak istenmektedir. Mevcut beşinci fıkradan sonra ilave edilen fıkrada da belirtilen alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmektedir. Bunun yanı sıra kanunda arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hali detaylı olarak düzenlenmesi şüphesiz bir diğer önemli adım olmuştur. Bu durumda taraflar, işe başlatma tarihini, üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını da belirlemek zorundadır.

Yüksek mahkeme istikrarlı kararlarında işverenin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorunda olduğunu belirtmektedir. Bu hususta yaşanan uyuşmazlıklarda yüksek mahkeme işçinin çalışma olanağının olup olmadığı somut olarak ortaya konulmasını, bu hususta gerek duyulduğunda keşif yapılarak ve bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonuca gidilmesi gerektiğini belirtmektedir. Mahkemece yapılacak denetimde işçi çıkarmaya götüren sebebin feshi niçin zorunlu kıldığının ispatlanması, işletmeyi etkileyen sebeplerin işçi fazlası doğurup doğurmadığının denetlenmesi feshi zorunlu kılan nedenlerin

gerçek ve ciddi olup olmadığına bakılması, işten çıkartılacak işçinin istihdam edebileceği bir iş olup olmadığının araştırılması, işçiden beklenebilir başka bir eğitim ve eğitime devam etme olanağı araştırılması, fazla çalışma uygulamasının kaldırılması, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılması, işin zamana yayılması, mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi gibi ek önlemlere başvurulması kısaca fesih son çare olarak düşünülüp düşünülmediğinin tespitinin yapılması gerekmektedir. Feshe son çare olarak bakılması, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri alması anlamına gelmektedir. Mahkemece yapılacak denetimde işverenin sürekli olarak fesihten kaçınma imkanının olup olmadığı araştırılmaktadır. İşveren, tüm olanakları dahilindeki önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işini yitirmesine yine engel olamıyorsa, geçerli bir sebebe dayalı olması koşuluyla, fesih işlemine başvurabilecektir.

KAYNAKÇA

AKTUĞ, Semih Serkant: İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik ve Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi, 1. Baskı, Ankara, 2010

AKYİĞİT, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi(İşe İade), Ankara 2007.

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2016.

BOZKURT, Tamer, Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, 7. Basım, İstanbul 2012.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki Sendikal Güvenceler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar (Ed. Tankut CENTEL), İstanbul, 2014.

CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, 1. Baskı, İstanbul, 2013.

ÇANKAYA, Osman Güven, GÜNAY, Cevdet İlhan, GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2006.

ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

ÇELİK, Yasin, RUHİ, Ahmet Cemal, ŞAHİN, Tuğçem, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi, Ankara 2018.

ÇİÇEK, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Basım, Ankara, 2018.

ÇİL, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 6. Baskı, Ankara, 2014.

ENGİN, E. Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, 1. Baskı, İstanbul 2003.
EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2017.

ESENER, Turhan/ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: Sendika Hukuku, İstanbul, 2014.

EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim: İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.

GEMALMAZ: Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. Baskı, İstanbul 2007.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 8. Baskı İstanbul, 2011.

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017.

KARA, Ethem: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, 3. Baskı, Ankara 2011.

KESER, Hakan: 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 1. Basım, Ankara, 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 3. Basım, Ankara, 2008.

ULUCAN, Devrim, İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 2. Baskı.

OCAK, Uğur: Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, Ankara 2016.

OĞUZMAN, M.Kemal, ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul 2018.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2017.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2006.

TANÖR, Bülent: Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 14. Basım, İstanbul 2006.

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hakları, 4. Basım, İstanbul 2015.

TEPEDELEN, Mustafa Kemal: Yargıtay Uygulamalarıyla İş Hukukunun Temel İlkeleri, 1.Baskı, Ankara 2014.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 11.Basım, İstanbul 2006.

TUNCAY, A.Can, KUTSAL SAVAŞ, Toplu İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2016.

TOPÇU, Umut: İşçi Alacak Davaları ve Belirsiz Alacak Davaları, Ankara 2012.

MAKALELER

AKYİĞİT, Ercan: Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi, Çalışma ve Toplum, 2013/2.

ALPAGUT, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?" Karar İncelemesi, Sicil, 4, Aralık 2006.

ALPAGUT, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Sicil, S.1. Mart 2006.

AVCI, Mustafa: Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında "Makul Süre", Karar İncelemesi, SİCİL Mart 2007.

CENGİZ(URHANOĞLU), İştar: "İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.11, S.1, 2009,

CİNOĞLU, Şükran: İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Yasanın 9. Maddesinin 1. Fıkrası ile 25. Maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması, SİCİL, Aralık 2006, S:4.

ÇELİK, Nuri: "İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", Sicil I, 4, Aralık 2006.

ÇINAR, Özgür Heval, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yeni Anayasa'da Sendikal Haklar Nasıl Düzenlenmeli? , Legal İSGHD, S.36, İstanbul, 2012.
ÇİL, Şahin: "4857 Sayılı İş Kanunundaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri", Sicil, İş Hukuku Dergisi, Mart 2008.

ÇİL, Şahin: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, 1. Baskı, Ankara 2010.

DEMİR, Deniz: "Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, S:14.
DEMİR, Fevzi: Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 10 2006.

DERELİ, Toker: "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme", *Çalışma ve Toplum,* 2013/1, S.49.

EKONOMİ, Münir : " Yeni İş Arama İzni ve Uygulaması", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, 1. Baskı, Ankara 2010.

GEREK, Nüvit, ORAL, A: İlhan, "Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar", Sicil I, Mart 2006.

GÜNAY, Cevdet İlhan: "İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, 1. Baskı, Ankara 2010.

GÖKTAŞ, Seracettin, "İşveren Vekilinin İş Güvencesi", Çalışma ve Toplum, S.20, 2009/1.

GÖKER, Zeliha: " Küresel Kriz Sonrası Maliye Politikalarında Değişim ve Mali Tuzak Riski", Çalışma ve Toplum 2014/I.
GÜZEL, Ali: İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınevi, İstanbul 2005.
GÜZEL, Ali: İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul, 2005.

İNCİRLOĞLU, Lütfi: "Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1.

KAPAR, Recep: "Ekonomik Krizlerin Çalışanların Sağlığı ve Güvenliği Üzerindeki Etkileri", Çalışma ve Toplum 2012/3.

KAPLAN, E. Tuncay Senyen:" Bildirim Sürelerinin Arttırılmasının Üst Sınır", Sicil İHD, Mart 2008.

KAR, Bektaş: "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.17, 2008/2.
KAR, Bektaş: " Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim", SİCİL 2008, Y:3 S:11.

KAPLAN, E. Tuncay Senyen: Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 1. Basım, Ankara 2010.

KAR, Bektaş: "İş Güvencesi Kavramı", Legal İSGHD II, 6,(2005).

KARAÇÖP, Eda, "Kıdem Tazminatının Ödeneceği Konusunda İşverence Kendisinde Haklı bir Güven Oluşturularak İstifa Eden İşçinin Talebinin Güven Prensibi Çerçevesinde İrdelenmesi", Sicil VI, 21, Mart 2011.

KESER, Hakan: "İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi", SİCİL, S:10 Haziran 2008.

KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal: "İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, 1. Baskı, Ankara 2010.

KOYUNCU, Murat, ŞENSES, Fikret: "Kısa Dönem Krizlerin Sosyo Ekonomik Etkileri: Türkiye, Endonezya ve Arjantin Deneyimleri", Çalışma ve Toplum 2004/3.

NARMANLIOĞLU, Ünal: "19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri", Sicil, 5, 2012.

N.BİNNUR TULUKÇU, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil, Y. 5, S. 18, 2010.

ODAMAN, Serkan: Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi, SİCİL Haziran 2007 Y:2 S:6.

ÖZKARACA, Ercüment, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum, 2013/3.

SAĞLAM, Fevzi, SOYER, M. Polat: İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, Legal İşHSGHD, 2013/39.

SEVİMLİ, Ahmet: "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", Sicil IV, 14 , Haziran 2009.

SEVER, Hatice: "Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi", Sicil VI, 23(Eylül 2011).

SOYER, Polat: "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", Sicil, S.1, Yıl: Mart 2006.

SÜZEK, Sarper: "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil, 12, Aralık 2008.

ŞAHLANAN, Fevzi: "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Akdinin Feshi", Sicil I, S.4, Aralık, 2006.

ŞAHLANAN, Fevzi: Fevzi, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4.

ŞAHLANAN, Fevzi: Sendika Özgürlüğü Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması), Legal İSGHD, S.37, İstanbul, 2013.

ŞAHLANAN, Fevzi: "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", Sicil, Mart 2013/3.

ŞAHLANAN, Fevzi: "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013.

ŞAHLANAN, Fevzi: Karar İncelemesi, TEKSTİL İŞVEREN, Ocak 2005, S.301.

TAŞKENT, Savaş: Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler, Sicil Dergisi, S. 21, Mart 2011.

TERZİOĞLU: Ahmet, İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar, Kamu-İş Dergisi, C.10, S.1, Ankara, 2008.

TONAK, E. Ahmet: "Krizi Anarken", Çalışma ve Toplum, 2009.

TUNCAY, A.Can: "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", SİCİL, Haziran 2007 Y: 2.

TUNCAY, A.Can: İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor? Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2003.

ULUCAN, Devrim: 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, B.2, İstanbul 2003.

ULUCAN, Devrim: Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, Prof.Dr.Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 2 den Ayrıbasım, İstanbul 1982.

ULUCAN, Devrim: Y9HD. 08.07.2004E. 2004/17098E. 2004/17431K. Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, S. 3, Y. 2004.

ULUCAN, Devrim: "İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı", İHSGHD, 14.2007.

ULUCAN, Devrim: Toplu İş İlişkileri Yasa Taslağı İle Kolektif İş Hukuku Alanında Önerilen Bazı Değişiklikler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010.

ULUCAN, Devrim: "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul 2015.

ULUCAN, Devrim /NAZLI, Seçkin, Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan II, İstanbul, 2011.

UŞAN, Fatih: ,"İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunun'da Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi?(Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)" Sicil, S.9, Yıl: 3, Mart 2008.

YELDAN, Erinç: "Kapitalizmin Yeniden Finansallaşması ve 2007/2008 Krizi: Türkiye Krizin Neresinde?", Çalışma ve Toplum, 2009/I.

YORGUN, Sayım: "Anayasa Mahkemesinin 6356 Sayılı Yasaya İlişkin Kararının Sendikal Özgürlükler Boyutuyla Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2016/3.

Yararlanılan İnternet Siteleri

CENTEL, Tankut: Sendikal Nedenle Fesih (Karar İncelemesi), **http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2002/mayis/35.html.**

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz135.htm.