

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM
OLAN SON ÇARE (ULTİMA RATIO) İLKESİ**

Onur Anıl DENİZ

Yüksek Lisans Tezi

Danışman
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKCU

Konya-2019



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sesyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin

Adı Soyadı : Onur Anıl DENİZ

Numarası : 144233001020

Ana Bilim / Bilim Dalı : Özel Hukuk A.B.D. / Özel Hukuk B.D.

Programı Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐

Tezin Adı : TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN SON
ÇARE (ULTİMA RATIO) İLKESİ

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.


Onur Anıl DENİZ
(İmza)



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

Öğrencinin

Adı Soyadı : Onur Anıl DENİZ

Numarası : 144233001020

Ana Bilim / Bilim Dalı : Özel Hukuk A.B.D. / Özel Hukuk B.D.

Programı Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKCU

Tezin Adı : TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN SON ÇARE (ULTİMA RATIO) İLKESİ

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan “**TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN SON ÇARE (ULTİMA RATIO) İLKESİ**” başlıklı bu çalışma **03.05.2019** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı

Danışman ve Üyeler

İmza

Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKCU

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ARAT

Üye

Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI

Üye

(Handwritten signatures)

ÖNSÖZ

Bu tez çalışmasının başlangıcından bitimine kadar her aşamasında çok değerli bilgi ve tecrübelerini esirgemeyen ve bu çalışmanın neticelenmesinde en az benim kadar emeği bulunan kıymetli tez danışmanım, hocam Sayın Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKCU'ya;

Tez çalışmasının her aşamasında yine engin bilgi ve tecrübelerinden yararlandığım Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden çok değerli hocam Sayın Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER'e;

Kaynak temini noktasında bana büyük faydaları dokunan, eski tarihli ve az bulunan birçok kaynağı temin ederek bu çalışmanın gerçekleştirilmesine büyük katkı sağlayan; İstanbul Barosu avukatlarından arkadaşım Sayın Av. Çiğdem ADAK ve Sayın Av. Bilge HAN'a, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyelerinden Sayın Av. Mehmet Emre ELÇİ'ye, İzmir Barosu avukatlarından arkadaşım Sayın Av. Ahmet Turan FERHAT'a, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi arkadaşım Sayın Halil Erkan TUFAN'a; Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası çalışanlarından Sayın Ekrem GÖGEN'e;

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra, İflas Hukuku Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi olan arkadaşım Sayın Merve ÇAĞLAK'a;

Çalışmam boyunca bana sabırla katlanan, manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen arkadaşlarım Seda ERDAL'a ve Gizem Melis ALBAYRAK'a;

Tez süreci boyunca iş konusundaki tüm yükü sırtına alarak vaktimi daha verimli değerlendirmemi sağlayan çalışma arkadaşım Sayın Av. Furkan YANARDAĞ'a;

Manevi desteklerini her zaman üzerimde hissettiğim *canım aileme*;

Teşekkürlerimi sunarım.

ÖZET

Çalışmamızın konusunu iş sözleşmelerinin feshinde uygulanan son çare (ultima ratio) ilkesi oluşturmaktadır. Bu ilke kanunlarımızda açıkça düzenlenmiş değildir. Son çare ilkesine yalnızca İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin gerekçesinde yer verilmiştir. Ancak doktrinde son çare ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde uygulanması gerektiği konusunda görüş birliği vardır. Yargıtay da iş sözleşmelerinin feshinde isabetli olarak son çare denetimi yapmaktadır.

“*Ultima ratio*”, Latince bir kavram olup, düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son tedbir anlamını taşır. Ultima ratio kavramı, ilk defa Fransız topları üzerinde “*ultima ratio regum*” şeklinde yer almıştır. Bu kavram, “*kralın son çaresi*” anlamına gelmektedir. Bu kavramla anlatılmak istenen, siyasi uyuşmazlıkların silah kullanılmadan çözülmesi imkânının ortadan kalkması halinde, savaşa son çare olarak başvurulmasıdır.

Son çare ilkesi, Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde öncelikle dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi dayanak yapılarak yargı kararlarıyla benimsenmiş, akabinde bu hususta yasal düzenlemeler yapılmıştır. Türk İş Hukuku’nda ise açıkça düzenlenmemekle birlikte iş sözleşmelerinin feshine ilişkin yargı denetiminde, son çare ilkesinin uygulandığını görmekteyiz. Bu ilke kaynağını, Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralından almaktadır. İş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması, işçinin işyerinde çalışma olanağının kalmaması, iş sözleşmesinin feshinden önce sözleşmenin devamlılığını sağlayama yönelik her türlü önlemin alınmış olmasını ifade eder. İşveren, kendi imkânları dahilinde bütün tedbirlere başvurmasına rağmen yine de iş sözleşmesinin feshine engel olamıyorsa ve fesih geçerli bir sebebe dayanıyorsa, son çare ilkesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir.

SUMMARY

The subject of our study is the ultima ratio principle that is applied in the termination of employment contracts. This principle is not explicitly regulated in our laws. The principle of last resort is only included in the justification of Article 18 of the Labor Law. However, there is a consensus in the doctrine that the principle of last resort should be applied in the termination of employment contracts. The Supreme Court also make the last resort audit accurately in the termination of employment contracts.

“*Ultima ratio*” is a Latin concept, meaning the last resort or last remedy that should be considered or consulted. Ultima ratio concept has taken the form “*ultima ratio regum*” for the first time on the French artillery. This concept means “*the king's last resort*”. What is meant by this concept is, in case of the possibility of resolving political disputes without the use of a weapon is eliminated, to fall back on war as a last resort.

In the French and German legal systems, the principle of last resort was firstly adopted with the principle of good fate and the principle of commitment to the contract (*pacta sunt servanda*), and then the legal regulations were made in this regard. Although it is not explicitly regulated in Turkish Labor Law, we see that the principle of last resort is applied in the judicial review regarding the termination of employment contracts. This principle is derived from the rule of integrity regulated by Article 2 of the Turkish Civil Code. Referring to the termination of the employment contract as a last resort states that there is no longer an opportunity for the worker to work in the workplace, and before the termination of the employment contract to ensure that all measures are for the continuation of the contract. If the employer is not able to prevent the termination of the employment contract even though the employer has applied all the measures in his own capacity and the termination is based on a valid cause, the violation of the principle of last resort shall not be mentioned.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
ÖZET	ii
SUMMARY	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ, İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA ESASLARI

§ I. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI VE ÖNEMİ . 4	
1. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	4
1.1. İş Güvencesi Kavramı	4
1.2. İş Güvencesinin Hukuki Niteliği	14
2. İŞ GÜVENCESİNİN AMACI VE ÖNEMİ	15
§ II. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	23
1. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN ULUSLARARASI ALANDAKİ GELİŞİMİ	23
1.1. Genel Olarak	23
1.2. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 Sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi.....	28
2. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TÜRKİYE'DEKİ GELİŞİMİ.....	34

2.1. Genel Olarak	34
2.2. 4773 Sayılı Kanun.....	40
2.3. 4857 Sayılı İş Kanunu.....	51
§ III. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA ESASLARI	54
1. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMINA İLİŞKİN KOŞULLAR.....	54
1.1. İş Kanunu veya Basın İş Kanunu Kapsamında Olmak	54
1.2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması ve Feshin İşveren Tarafından Yapılması	56
1.3. İşyerinde Otuz veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılıyor Olması.....	63
1.4. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olması	67
1.5. İşçinin Belirli Konumdaki İşveren Vekili Niteliğinde Olmaması.....	71
2. GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ.....	73
2.1. Kavram Olarak Geçerli Fesih.....	73
2.2. Geçerli Fesih, Haklı Fesih ve Kötüniyetli Fesih Ayrımı.....	73
2.3. İşçinin Yetersizliği veya Davranışlarından Kaynaklanan Sebepler	75
2.3.1. İşçinin Yetersizliği.....	75
2.3.1.1. İşçinin Fiziki Yetersizliği.....	76
2.3.1.2. İşçinin Mesleki Yetersizliği (Performansı).....	80
2.3.2. İşçinin Davranışları	82
2.3.2.1. İşçinin Davranışlarının İşyerinde Olumsuzluklara Yol Açması	83
2.3.2.2. İşçinin Davranışlarından Dolayı Uyarılması	85
2.3.2.3. Geçerli Sebep Sayılabilecek Davranışlar.....	85
2.4. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler	88
2.4.1. İşletme, İşyeri ve İşin Gerekleri Kavramı	88
2.4.2. Ekonomik, Yapısal, Teknolojik Sebeplerin Feshi Zorunlu Kılması	88

2.4.2.1. Ekonomik Güçlükler	90
2.4.2.2. Yeniden Yapılanma (Reorganizasyon)	91
2.4.2.3. Teknolojik Gelişmeler	93
2.4.3. İşin Ortadan Kalkması veya İstihdam Fazlasının Ortaya Çıkması.....	93
3. GEÇERLİ SEBEP OLARAK KABUL EDİLMEYEN HALLER	94
4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL	95
4.1. Fesihten Önce İşçinin Uyarılması	95
4.2. Feshin Makul Bir Süre İçerisinde Yapılması	96
4.3. Fesih Bildiriminin Yazılı Şekilde Yapılması	96
4.4. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Bir Şekilde Belirtilmesi	97
4.5. Fesihten Önce İşçinin Savunmasının Alınması.....	97
5. FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ VE USULÜ	99
5.1. Genel Olarak	99
5.2. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk.....	100
5.3. Uyuşmazlığın Özel Hakem Tarafından Çözülmesi.....	113
5.4. Feshe İtiraz (İşe İade) Davası.....	114
5.4.1. Dava Açma Süresi	114
5.4.2. Davanın Konusu	114
5.4.3. Dava Açma Hakkından Feragat.....	115
5.4.4. Yargılama Usulü ve Süresi	116
5.4.5. İspat Yüğü	117
5.4.6. Yargı Kararı ve Niteliği.....	117
5.4.7. Dava Devam Ederken Ortaya Çıkan Bazı Durumların Davaya Etkisi...	122
5.4.7.1. İşçinin İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi.....	122
5.4.7.2. İşçinin Ölümü	123

5.4.7.3. İşyerinin Kapanması veya Devri.....	124
5.4.7.4. İşçinin Emekliliği.....	125
5.4.7.5. Bildirim Süresi İçerisinde İşveren Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi	125
6. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN EMREDİCİ NİTELİĞİ	126

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN İLKELER VE BU KAPSAMDA FESHİN SON ÇARE OLMASI (ULTIMA RATIO) İLKESİ

§ I. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN İLKELER	128
1. DÜRÜSTLÜK KURALI (İLKESİ).....	128
1.1. Genel Olarak	128
1.2. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramları	129
1.3. İlkenin Uygulama Alanı.....	132
1.4. Dürüstlük Kuralı ve Son Çare İlkesi Arasındaki İlişki	135
2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	136
2.1. Genel Olarak	136
2.2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri	141
2.2.1. Elverişlilik (Uygunluk) İlkesi.....	141
2.2.2. Gereklilik İlkesi	142
2.2.3. Orantılılık İlkesi (Dar Anlamda Ölçülülük İlkesi)	144
2.3. İş Sözleşmesinin Feshinde Ölçülülük İlkesi	145
2.4. İş Güvencesi Bakımından Ölçülülük İlkesi.....	149
2.4.1. Elverişlilik İlkesi Bakımından	149
2.4.1.1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesihlerde	150

2.4.1.2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde	150
2.4.1.3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde	151
2.4.2. Gereklilik İlkesi Bakımından	151
2.4.3. Orantılılık İlkesi Bakımından	156
2.5. Ölçülülük İlkesi ve Son Çare İlkesi Arasındaki İlişki.....	157
3. SOSYAL SEÇİM İLKESİ VE OBJEKTİF SEÇİM KRİTERLERİ.....	159
4. EŞİT İŞLEM İLKESİ	164
4.1. Genel Olarak	164
4.2. İş Sözleşmesinin Kurulması ve İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit İşlem İlkesi.....	167
4.3. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem İlkesi	171
4.3.1. Genel Olarak.....	171
4.3.2. Ayrımcılık Yasaklarında	171
4.3.3. Genel Anlamda Eşit Davranma Borcunda	172
4.3.3.1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesihlerde	172
4.3.3.2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde	172
4.3.3.3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde	174
4.4. Eşit İşlem İlkesine Aykırılığın Yaptırımı.....	175
4.4.1. Ayrımcılık Yasaklarında (Ayrımcılık Tazminatı)	175
4.4.2. Genel Anlamda Eşit Davranma Borcunda	178
4.5. İşpat Yüğü	178
4.6. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Düzenleme	178
5. MENFAATLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİ	179

6. BEKLENMEZLİK İLKESİ.....	183
7. ÖNGÖRÜ (TAHMİN) İLKESİ.....	183
§ II. İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN İLKELER KAPSAMINDA FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ.....	185
1. SON ÇARE KAVRAMI.....	185
2. SON ÇARE İLKESİNİN AMACI VE ÖNEMİ	190
§ III. SON ÇARE İLKESİNİN KURAMSAL TEMELİ.....	192
1. GENEL OLARAK.....	192
2. SÖZLEŞME KURAMI.....	193
3. İŞLETME ORGANİZASYONU KURAMI.....	196
§ IV. SON ÇARE İLKESİNİN HUKUKİ TEMELİ.....	198
1. DOĞUŞU VE GELİŞİMİ.....	198
2. TÜRK HUKUKU'NDAKİ GÖRÜŞLER.....	203
3. YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ.....	206
4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNİ SINIRLANDIRAN KANUN HÜKÜMLERİ VE SON ÇARE İLKESİ	207
4.1. 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Düzenlemeler	207
4.2. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Düzenlemeler	210
§ V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE SON ÇARE İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ VE SINIRLARI	211
1. ARAÇ VE AMAÇ İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA SON ÇARE İLKESİ	211
2. SON ÇARE İLKESİ KAPSAMINDA FESHE SEÇENEK OLUŞTURAN ÖNLEMLER.....	212
2.1. Genel Olarak	212
2.2. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesihlerde Feshe Seçenek Oluşturan Önlemler.....	214

2.2.1. Genel Olarak.....	214
2.2.2. Uyarı (İhtar) Verme.....	215
2.2.3. Mesleki Eğitime Tabi Tutma.....	217
2.2.4. Başka Bir İşte Çalıştırma.....	218
2.2.5. İşyeri Organizasyonunda Değişiklikler Yapma.....	220
2.3. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde Feshe Seçenek Oluşturan Önlemler.....	222
2.3.1. Genel Olarak.....	222
2.3.2. Uyarı (İhtar) Verme.....	224
2.3.3. Başka Bir İşte Çalıştırma.....	228
2.3.4. Disiplin Cezası Verme.....	229
2.4. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde Feshe Seçenek Oluşturan Önlemler.....	230
2.4.1. Genel Olarak.....	230
2.4.2. Mesleki Eğitime Tabi Tutma.....	231
2.4.3. Başka Bir İşte Çalıştırma.....	233
2.4.4. İşin Zamana Yayılması.....	236
2.4.5. Çalışma Saatlerini Düşürme.....	237
2.4.6. Fazla Çalışmaların Kaldırılması.....	239
2.4.7. Geçici İş İlişkilerinin Sonlandırılması.....	241
2.4.8. İşçilerin Ücretsiz İzne Çıkarılması.....	241
2.4.9. Kısa Çalışma.....	244
2.5. Değişiklik Feshi.....	248
2.5.1. Kavram.....	248
2.5.2. Kapsam.....	249

2.5.3. Değişiklik Feshinin Koşulları.....	250
2.5.3.1. İşverenin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapması	250
2.5.3.2. İşverence Değişiklik Yapma Hakkının Saklı Tutulmamış Olması ve Genel İşlem Koşullarının Öngördüğü Düzenleme.....	254
2.5.3.3. İşçinin Esaslı Değişiklik Önerisini Reddetmesi.....	254
2.5.4. Sözleşmenin Değişiklik Feshi ile Sona Erdirilmesi	257
2.5.5. Son Çare İlkesi Kapsamında Değişiklik Feshi	258
2.6. Haklı Nedenle Yapılan Fesihlerde Son Çare İlkesi.....	261
2.6.1. Genel Olarak.....	261
2.6.2. Sağlık Sebebiyle Yapılan Bildirimsiz Fesihlerin Son Çare İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi	263
2.6.3. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller Sebebiyle Yapılan Bildirimsiz Fesihlerin Son Çare İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi	264
3. FESHE SEÇENEK OLUŞTURAN ÖNLEMLERİN SINIRLARI	268
3.1. İşverenin Yönetim Hakkı ve Tasarruf Yetkisi	268
3.2. Kanundan Kaynaklanan Sınırlar	268
3.3. Üçüncü Kişilerin Hukuki Alanına Müdahale.....	269
4. SON ÇARE İLKESİNE AYKIRILIK SEBEBİYLE FESHİN GEÇERSİZLİĞİ VE YARGILAMA SÜRECİNDE İLKENİN UYGULANMASI.....	270
SONUÇ	272
KAYNAKÇA.....	275

KISALTMALAR

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AYD.	: Anayasa Yargısı Dergisi.
AYM.	: Anayasa Mahkemesi.
B.	: Baskı.
BAG.	: Bundesarbeitsgericht (Alman Federal İş Mahkemesi).
BAM.	: Bölge Adliye Mahkemesi.
Basın İş Kanunu	: Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun.
Bkz.	: Bakınız.
C.	: Cilt.
ÇEİS.	: Çimento İşveren Dergisi.
ÇOMÜYBD.	: Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yönetim Bilimleri Dergisi.
ÇT.	: Çalışma ve Toplum Dergisi.
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
DEÜSBED.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi.
DİSK.	: Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu.
dn.	: Dipnot.
E.	: Esas Numarası.
EBGMD.	: Eskişehir Barosu Gençlik Meclisi Dergisi.
ET.	: Erişim Tarihi.
EÜHFD.	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
f.	: Fıkra.
HAK-İŞ.	: Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu.

HD.	: Hukuk Dairesi.
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu.
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu.
HUAK.	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu.
ILO	: International Labour Organization.
İBBGK.	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu.
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi.
İBHKG.	: İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu.
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu.
İMK.	: İş Mahkemeleri Kanunu.
İSGÜÇ.	: İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi.
İşK.	: İş Kanunu.
İTÜSBD.	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi.
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
İÜİFM.	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası.
K.	: Karar Numarası.
Kamu-İş	: Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi.
KSchG.	: Kündigungsschutzgesetz (Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu).
Legal İSGHD.	: Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi.
Legal YKİ.	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi.
m.	: Madde.
Mercek	: Mercek Dergisi.
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası.

MÜHFD.	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
RG.	: Resmi Gazete.
S.	: Sayı.
s.	: Sayfa.
Sicil	: Sicil İş Hukuku Dergisi.
SSKD.	: Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi.
STİSK.	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu.
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi.
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu.
TDK.	: Türk Dil Kurumu.
TİD.	: Tekstil İşveren Dergisi.
TİSK.	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu.
TMK.	: Türk Medeni Kanunu.
TOBB.	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği.
TÜHİS.	: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi.
TÜRK-İŞ.	: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu.
UÇÖ.	: Uluslararası Çalışma Örgütü.
vb.	: ve benzeri.
vd.	: ve devamı, ve diğer.
vs.	: ve saire.
Y.	: Yargıtay.
Yön.	: Yönetmelik.

GİRİŞ

İşverenin fesih hakkını sınırlandıran ve işçinin feshe karşı korunmasını amaç edinen iş güvencesi sistemi, iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebebe dayanma ve bu sebebin yargı organı tarafından denetlenmesi düşüncesine dayanır. Çağdaş İş Hukuku'nun gelişim sürecinde tarafların mutlak eşitliğine dayanan ve işverene sınırsız fesih imkânı tanıyan anlayış terk edilmiş ve fesih hakkının birtakım sınırlamalara tabi tutulacağı kabul edilmiştir. Bu gelişim Türk Hukuku'na da yansımış ve 1475 sayılı İş Kanunu'nu değiştiren 4773 sayılı Kanun ile iş güvencesi hükümleri mevzuatımıza girmiştir. İş güvencesine ilişkin hükümler 4857 sayılı İş Kanunu'nda da korunmuş ve işverenin fesih hakkı belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde geçerli sebeplere ilişkin ayrıntılı bir açıklamaya yer verilmemiş, bu sebeplerin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletme, işyeri yahut işin gereklerinden kaynaklanacağı belirtilmiştir. İşveren tarafından bildirilen sebebin geçerli sebep teşkil edip etmediği ise yargı organının denetimine bırakılmıştır.

İş sözleşmesinin feshi gündeme geldiğinde işçi ve işverenin çatışan menfaatlerinin değerlendirilmesi de önem kazanmaktadır. İşçi, sözleşmenin ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf tarafını temsil eden ve genellikle emek karşılığı elde ettiği ücreti dışında herhangi bir geliri olmayan bağımlı bir çalışandır. Bu sebeple iş sözleşmelerinde işçi ve işverenin eşit şartlarda olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Taraflar arasındaki ekonomik orantısızlığın giderilmesi ise kanun koyucunun ve yargı organının görevidir. Kanun koyucunun işçinin menfaatine ilişkin her hususu en ince ayrıntısına kadar düzenleme imkânı yoktur. Böyle bir durumda tarafların menfaatleri arasındaki dengeyi sağlama görevi hâkime verilmiştir. Hâkim, menfaat dengesi kurarken hukukun genel prensiplerinden de faydalanmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı da hukukun genel ilkelerindendir. Feshin son çare olması ilkesi kaynağını, dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkelerinden alır. Bu ilkeye göre işveren, iş ilişkisinin devamı için her türlü tedbiri almalı, gerekirse işçinin daha elverişsiz koşullarda

çalıştırılması da dahil olmak üzere her ihtimali değerlendirmeli ve fesih kaçınılmaz olduğu takdirde ancak son çare olarak feshe başvurmalıdır.

İki bölümden oluşan tez çalışmamızda öncelikle iş güvencesi kavramı, iş güvencesine ilişkin hukuki düzenlemelerin tarihsel süreç içerisindeki gelişimi ve iş güvencesi hükümlerinin uygulanma esasları anlatılacak, daha sonra ise iş güvencesi sistemine hâkim olan ilkelere ve özellikle feshin son çare olması ilkesine değinilecektir. Yine son çare ilkesi kapsamında, Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı ve feshe seçenek oluşturan önlemler ele alınacaktır.

Tez çalışmamızın ilk bölümünde iş güvencesi kavramına genel olarak değinilecek, bu kapsamda iş güvencesinin tanımı (özellikle dar ve geniş anlamda iş güvencesi kavramları), hukuki niteliği, amacı ve önemi ile iş güvencesine ilişkin hükümlerin tarihsel gelişimine yer verilecektir. Tarihsel gelişim incelenirken iş güvencesine ilişkin hükümlerin ilk kez düzenlendiği 4773 sayılı Kanun'un gelişim süreci de ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Akabinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanma esasları üzerinde durulacaktır. Uygulanma esasları incelenirken iş güvencesinin kapsamına ilişkin koşullar, geçerli fesih sebepleri, geçerli sebep olarak kabul edilmeyen haller, sözleşmenin feshinde usul, feshe itiraz süreci ve usulü ile iş güvencesi hükümlerinin emredici niteliği ayrıntılı bir şekilde anlatılacaktır. Fesih bildirimine itiraz ve usulü incelenirken, hukukumuzda yeni bir kurum olan “*zorunlu arabuluculuk*” kurumu ile doktrinde bu düzenlemelere yöneltilen eleştiri ve yorumlara ayrıca değinilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise öncelikle iş güvencesi sistemine hâkim olan dürüstlük, ölçülülük, sosyal seçim ve objektif seçim, eşit işlem, menfaatlerin değerlendirilmesi, beklenmezlik ve öngörü ilkeleri ayrı ayrı incelenecektir. Son çare ilkesi ile birçok açıdan benzerlik gösteren ve genellikle aynı anlamda kullanılan ölçülülük ilkesine ise geniş şekilde yer verilecek ve bu ilkenin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik, orantılılık ilkeleri tek tek irdelenecektir. Akabinde son çare ilkesinin tanımı, amacı ve öneminden bahsedilerek, ilkenin kuramsal ve hukuki temeli ele alınacaktır. Kuramsal temel bağlamında sözleşme kuramı ve işletme organizasyonu kuramına değinilecektir. Son çare ilkesinin hukuki temeline ilişkin açıklamalar yapılırken öncelikle bu ilkenin Alman ve Fransız İş Hukuku'ndaki, daha

sonra ise Türk İş Hukuku'ndaki gelişimi ele alınacaktır. Yine bu başlık altında son çare ilkesinin hukuki temeline ilişkin Türk doktrinindeki görüşler incelenecek ve son çare ilkesinin yön verdiği İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerle ilgili değerlendirmeler yapılacaktır. Daha sonra son çare ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde uygulanışı, işverenin fesihle güttüğü amacın belirlenmesi ve feshe seçenек oluşturаn önlemlere yer verilecektir. Feshe seçenек oluşturаn önlemlerin birçoğunun kanunda düzenlenmemiş olması ve her somut olayda farklı bir önleme başvurulması sebebiyle çalışmamızda, uygulamada sık sık gündeme gelen önlemler ele alınacaktır. Bu önlemler; işçinin uyarılması, başka bir işte çalıştırılması, mesleki eğitime tabi tutulması, işin zamana yayılması, çalışma saatlerinin genel olarak düşürülmesi, fazla çalışmaların kaldırılması, geçici iş ilişkilerinin sonlandırılması, işçilerin ücretsiz izne çıkarılması, kısa çalışma ve değişiklik feshi gibi önlemlerdir.

Son olarak, feshe seçenек oluşturаn önlemlerin sınırları ile son çare ilkesine aykırılık sebebiyle feshin geçersizliği ve yargılama sürecinde son çare ilkesinin uygulanmasına ilişkin bilgiler verilerek tez çalışmamız sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ, İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA ESASLARI

§ 1. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI VE ÖNEMİ

1. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. İş Güvencesi Kavramı

Borçlar Hukuku'na hâkim olan “*irade özerkliği*” ilkesi; taraf iradelerine devlet yahut üçüncü kişilerce müdahale edilemeyeceğini ifade eden genel bir ilkedir. İrade özerkliği ilkesi fertlere, hukuki işlemlerini özgür iradelerine uygun olarak düzenleme hususunda genel bir yetki tanımaktadır. İrade özerkliği doktrinde temel olarak üç ayrı başlık altında incelenmektedir. Bunlar sırasıyla; “*sözleşme özgürlüğü ilkesi*”, “*eşitlik ilkesi*” ve “*şekil serbestisi*” ilkelere¹.

Konumuz bakımından önem arz eden “*sözleşme serbestisi*” ilkesi de irade özerkliğinin doğal bir sonucudur. Anayasa'nın² 48'inci maddesinin 1'inci fıkrasında da garanti altına alınmış³ bu ilke gereğince taraflar, herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını belirleme ve nihayetinde sözleşmeyi sona erdirmeye hususunda bir serbestiye sahiptirler⁴. Dolayısıyla hiçbir ferde, sözleşmeyi devam ettirme hususunda bir zorunluluk getirilemez.

İrade özerkliği ve sözleşme serbestisinin temelini oluşturan ilkelere bir diğeri de “*eşitlik ilkesi*”dir. Bu ilke gereğince, borç ilişkisinin taraflarının ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın kanun önünde eşit olmaları ve eşit korumaya

¹ **EREN**, Fikret (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (B.13), İstanbul, Beta, s. 19; **NOMER**, Haluk N. (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (B.13), İstanbul, Beta, s. 57.

² RG., 09.11.1982, 17863 (Mükerrer).

³ Anayasa m.48/1-1'inci cümle: “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir*”.

⁴ **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan (2013), Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) (B.3), Ankara, Yetkin, s. 29, 30; **EREN**, s. 19; **NOMER**, s. 57.

tabi tutulmaları benimsenmiştir⁵. Dolayısıyla kural olarak, alacaklı ve borçlunun ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın her ikisinin de eşit derecede korunması ve aynı muameleye tabi tutulması gerekmektedir.

Borçlar Hukuku'ndaki irade özerkliğine hâkim olan ilkelerin, iş sözleşmeleri bakımından mutlak surette uygulanması mümkün değildir. Nitekim iş sözleşmelerinin bir tarafını işveren oluşturmakta, sözleşmenin karşı tarafında ise işverene nazaran ekonomik yönden zayıf ve korunmaya muhtaç işçi bulunmaktadır⁶. Sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek amacıyla emeğini ortaya koyan işçi, sermayeyi elinde tutan işverene ekonomik yönden bağımlı durumdadır. Dolayısıyla emek ve sermaye arasındaki bu eşitsizliği gidermek için işçiyi korumaya yönelik birtakım tedbirlerin alınması zorunludur⁷. Bu tedbirler iş sözleşmesinin kurulmasından ziyade devamı veya sona ermesi durumunda önem arz etmektedir. İş sözleşmesinin sona ermesi, işverenden ziyade işçi bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Sözleşmenin sona ermesi neticesinde işveren, aynı iş ve pozisyon için yeni bir işçi bulmakta zorlanmayacaktır. Üstelik işverenin ekonomik yönden büyük bir kayba uğradığından da söz edilemez. Ücreti dışında herhangi bir geliri bulunmayan ve çoğu zaman yalnızca kendisinin değil, ailesinin de geçimini sağlama noktasında bir yükümlülük altına giren işçinin uğramış olduğu zarar, işvereninkiyle kıyaslanamayacak kadar yüksektir. Bu zararın doğumunu engellemek veya ortaya çıkardığı olumsuzlukları gidermek yahut hafifletmek amacıyla işçi lehine birtakım yasal güvencelerin sağlanması gerekir⁸. Anayasa'nın 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında da bu husus açık bir biçimde ifade edilmiştir: *“Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam*

⁵ EREN, s. 19, 20.

⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş (2018), İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku (B.2), Ankara, Lykeion Yayınları, s. 3, 4.

⁷ SÜZEK, Sarper (2018), İş Hukuku (B.16), İstanbul, Beta, s. 14 vd.; SÜMER, Halûk Hâdi (2018), İş Hukuku (B.23), Ankara, Seçkin, s. 7, 8; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 5, 6.

⁸ DEMİR, Cuma Arif (2016), İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşe İade Davaları (B.3), Ankara, Adalet, s. 3; KURT, Resul/ KOÇ, Muzaffer (2017), İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (B.3), Ankara, Seçkin, s. 237.

yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır”⁹. Yine Anayasa’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2’nci maddesinde bahsedilen “sosyal devlet” ve “hukuk devleti” ilkeleri gereğince de devlet, taraflar arasında mutlak bir eşitlik anlayışından ziyade, adil bir denge kurmak ve bu doğrultuda birtakım tedbirler almak mecburiyetindedir¹⁰. İşçinin korunmasına yönelik bu tedbirlerin başında da iş güvencesi hükümleri gelir.

19’uncu yüzyılda sözleşmeler hukukuna hâkim olan temel eğilim, her iki tarafın da eşit olduğu ve bu sebeple sözleşmenin tarafları arasında ayırım yapılamayacağı yönündeydi. Dolayısıyla ekonomik yönden zayıf durumda bulunan kişilerin korunması veya bu kişiler lehine yorum yapılması şeklinde bir ilke söz konusu değildi¹¹. Aynı durum iş ilişkilerinde de geçerliydi. İş ilişkisinin kurulması veya sona ermesi bakımından herhangi bir sınırlama mevcut değildi. İşveren, iş sözleşmesini istediği zaman ve herhangi bir sebebe dayanmaksızın feshedebiliyordu. İş güvencesine ilişkin düzenlemelerin bu dönemde mevcut olduğunu söylemek güçtür¹².

Sosyal ve ekonomik bakımdan daha zayıf konumda bulunan kişileri koruyan anlayış özellikle 20’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişmeye başlamıştır¹³. Bu anlayışın en büyük etkileri de İş Hukuku alanında kendisini göstermiştir. Gerçekten de ekonomik liberalizm anlayışının egemen olduğu bir dönemde ortaya

⁹ Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “Anayasanın 2’nci maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Toplumsal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir.”, Bkz., AYM., 23.05.1972, 2/28, RG., 21.11.1972, 14368, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.09.2017.

¹⁰ **GÖZLER**, Kemal (2011), Türk Anayasa Hukuku Dersleri (B.11), Bursa, Ekin, s. 99, 100; **ÇELİK**, Nuri/ **CANIKLIOĞLU**, Nurşen/ **CANBOLAT**, Talat (2018), İş Hukuku Dersleri (B.31), İstanbul, Beta, s. 22 vd.; **SÜZEK**, s. 14 vd.

¹¹ **EREN**, s. 20.

¹² **GÜZEL**, Ali (2004), İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi Yayını, s. 16 (2004 Yılı Toplantısı); **AKTUĞ**, Semih Serkant (2003), Türk Hukukunda İş Güvencesi, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, ET.: 10.09.2017; **SÜMER**, s. 4, 5.

¹³ **KAR**, Bektaş (2017), İş Güvencesi ve Uygulaması (B.3), Ankara, Yetkin, s. 23; **AKTUĞ**, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, ET.: 10.09.2017; **SÜMER**, s. 4, 5.

çıkan Sanayi Devrimi, işçi ve işveren ilişkilerinde tam bir serbestiyi benimsemiş ve sözleşmelere müdahale etmemeyi ilke edinmiştir. İşçilerin korunmasına yönelik herhangi bir yasanın ve sendikalaşmanın bulunmadığı bu dönemde işçiler, ağır çalışma koşullarında ve düşük ücretler ile çalışmak mecburiyetinde kalmış; işçinin onuru, kişiliği, fiziki bütünlüğü ve aile bütünlüğü adeta işverenin vicdanına terk edilmiştir¹⁴. Toplumun büyük çoğunluğunu işçi sınıfının oluşturması, bu gelişmelerin kamuoyu tarafından tepkiyle karşılanmasına yol açmış ve böylelikle çağdaş İş Hukuku anlayışına geçiş süreci başlamıştır¹⁵. Bu anlamda devletler, birtakım yasal düzenlemelerle işçi işveren ilişkilerine müdahalelerde bulunmuş ve sözleşme serbestisi ilkesini işveren aleyhine sınırlamalara tabi tutmuştur¹⁶. İşçinin korunmasını temel alan bu anlayışın büyük bir kısmını da iş güvencesine ilişkin hükümler oluşturmaktadır.

Gerek 1475 sayılı İş Kanunu¹⁷ döneminde gerekse 4857 sayılı İş Kanunu¹⁸ ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da¹⁹ ve diğer kanunlarda iş güvencesinin tanımına yer verilmemiştir. Doktrinde ve yargı kararlarında ise iş güvencesine ilişkin çeşitli tanımlamalara yer verilmiştir²⁰:

¹⁴ SÜZEK, s. 6, 7; SÜMER, s. 4.

¹⁵ EKİN, Ali (2013), İşçinin Onurunun Korunması (B.1), Ankara, Adalet, s. 14, 15; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 4 vd.; SÜMER, s. 5.

¹⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 4 vd.; SÜMER, s. 5.

¹⁷ RG., 01.09.1971, 13943.

¹⁸ RG., 10.06.2003, 25134.

¹⁹ RG., 20.06.1952, 814.

²⁰ İş güvencesine ilişkin tanımlar için bkz.; SUBAŞI, İbrahim (2007), İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi, Sicil, S.7, s. 46, Yazara göre iş güvencesi, işçinin iş sözleşmesinin, haksız ve keyfi feshi karşı korunmasıdır; GÜNAY, Cevdet İlhan (2009), İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih, Sicil, S.14, s. 61; ALPAGUT, Gülsevil (2008), Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Bankacılar Dergisi, S.65, s. 89; ŞAKAR, Müjdat (2012), İş Güvencesi ile İlgili Olarak Yargıtay'ın Vermiş Olduğu Bazı Önemli İlke Kararları, Yaklaşım Dergisi, S.229, <https://uye.yaklasim.com/Login.aspx?ReturnUrl=/MagazineContent.aspx?ID=13483>, ET.: 10.09.2017; MANAV, Eda (2009), İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 5, 6; ÜNSAL, Engin (2003), İş Güvencesi, MÜHFD., S.1, s. 189, 190, Yazar iş güvencesini, geçimini emeği ile sağlayan işçilerin haklı bir neden olmaksızın işlerine son vermeye karşı onları koruyan ve işçilerin sözleşmelerini her biri birer önlem niteliğindeki kanun, kararname, toplu iş sözleşmesi yoluyla

EKONOMİ'ye göre iş güvencesi, işçinin işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı korunması ve iş ilişkisine süreklilik kazandırılmasıdır²¹. *ÇELİK* ise iş güvencesini, işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin varlığının korunması, başka bir deyişle işçinin işinin güvence altına alınması şeklinde tanımlamıştır²². *UÇUM*'a göre iş güvencesi kavramı, hem belirli sebeplerle fesih yasakları ile belirli sürelerde geçici fesih yasaklarını ve işe iadeyi, hem eski hizmet akdi ilişkisinin ihya edilmesini hem de hizmet akdi yapma ve tekrar işe alma zorunluluklarını içeren çok yönlü bir kavram olmakla birlikte; bunlardan yalnızca fesih yasakları ve işe iade önlemleri işçinin feshe karşı korunması kavramı içinde, diğerleri ise iş güvencesinin kendi özel alanındadır²³. *MOLLAMAHMUTOĞLU* ise iş güvencesini şöyle tanımlamıştır: “İş güvencesi, işçinin çalışma hakkının korunması bağlamında bir dizi yöntemi içeren geniş bir içeriğe sahip bir kavramsa da genellikle işverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçinin feshe karşı korunmasını ve bu suretle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanmasını ifade eder”²⁴.

BİLGİLİ ise yargısal denetimi esas almış ve iş güvencesini; “işçinin işinin korunması amacına yönelik olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından kanunda gösterilenler dışında bir nedenle feshedilmesi halinde yargı yoluyla işe iadesinin sağlanması veya işçiyi yeniden işe başlatmayan işverenin, işçiye bir kısım parasal hakları ödemekle yükümlü kılınması” şeklinde tanımlamıştır²⁵.

kabul edilmiş bağlayıcı kurallar ile belli bir güvenlik altına almayı kapsayan kurallar bütünü olarak tanımlamıştır.

²¹ **EKONOMİ**, Münir (2003), Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler, ÇEİS., C.17, S.2, Özel Ek 2, s. 1 (İş Güvencesi); **KURT/KOÇ**, s. 238, Yazarlara göre iş güvencesi, işçinin işinde devamlılığın sağlanması, işinin teminat altına alınması ve objektif haklı bir neden olmaksızın işten çıkarılamamasıdır.

²² **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 469; **ŞAHLANAN**, Fevzi (2002), Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, s. 143, 144.

²³ **UÇUM**, Mehmet (2002), Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, s. 165, 166.

²⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 278.

²⁵ **BİLGİLİ**, Abbas (2005), İş Güvencesi Hukuku: İşe İade Davaları (B.2), Adana, Karahan Kitabevi, s. 1 (İş Güvencesi).

Yargıtay’a göre ise iş güvencesi; işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçi tarafından kullanılabilen, tek yanlı haklardan oluşan bir iş hukuku kurumudur²⁶.

İş güvencesi mutlak surette işçinin iş sözleşmesini devam ettirmek anlamına gelmemektedir²⁷. İş sözleşmesinin sonsuza kadar devam etmesini öngören bir sistem ne işçi ne de işveren açısından makul ve adil bir koruma sağlamaz. Üstelik böyle bir sistem, özellikle işverenler açısından kaldırılması güç bir külfet doğurur ve bunun neticesinde ekonomiye de büyük zararlar verebilir. Bu yüzden işçinin geleceğe güven duyması, işini kaybetme ve haliyle kendisinin ve ailesinin geçimini sağlama konusunda güçlük yaşayacağı endişesinden arındırılması amacıyla iş sözleşmesinin feshine birtakım sınırlamalar getirilirken; işverenlerin de Anayasa’nın 48’inci maddesinde düzenlenen sözleşme ve girişim özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırlandıracak, hatta ortadan kaldıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır²⁸. Nitekim gerek uluslararası hukuktaki gerekse Türk İş Hukuku’ndaki pozitif düzenlemeler, işçiye mutlak anlamda iş güvencesi sağlayan bir sistemi benimsememiştir.

İş güvencesi kavramı; işverenin, iş sözleşmesini dilediği anda ve keyfi olarak sona erdirmesini engelleyen, geçerli bir sebebin gerçekleşmesi neticesinde işverene belirli bir usule uymak suretiyle işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı tanıyan; şayet geçerli bir sebep olmaksızın ve usulüne aykırı olarak yapılan fesihlerde ise işveren aleyhine işçinin işe iadesi ve/veya tazminata hak kazanması gibi birtakım yaptırımlar

²⁶ Y. 9. HD., 16.03.2009, 2008/36337, 2009/6945, **KAR**, s. 24; Y. 9. HD., 06.04.2009, 2008/24162, 2009/9524; Y. 9. HD., 30.03.2009, 2008/23670, 2009/8912; Y. 9. HD., 30.03.2009, 2008/23651, 2009/8894; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 12.09.2017.

²⁷ **KOÇ**, Muzaffer (2005), Tüm Yönleriyle İş Güvencesi (B.1), Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, s. 17, Yazara göre, iş güvencesiyle anlatılmak istenen işçinin, hiçbir şekilde değil, objektif ve haklı bir neden olmaksızın, keyfi nedenlerden dolayı işten çıkarılamamasıdır; ancak işçiye mutlak bir güvence sağlamak mümkün olmadığı gibi iş güvencesinin anlatmak ve varmak istediği sonucun, katı bir güvence olmadığı da bilinmelidir.

²⁸ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 470, Yazarlara göre, işçinin ve toplumun çıkarları göz önüne alınarak iş güvencesinin sağlanması düşünülürken, işverenin durumu ve bunun toplum çıkarı ile olan ilişkisi gözden uzak tutulmamalı, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde işverenin işçi çıkarmadaki serbestliğinin sınırlandırılması gerektiği kuşkusuz olmakla birlikte, sınırların konulmasında durumun işveren açısından da değerlendirilmesi zorunlu olmalıdır.

içeren ve koruyucu yönü ağır basan kurallar bütünü ifade etmektedir²⁹. Tanımda geçen “*keyfilik*”, iş sözleşmesinin feshinin makul ve geçerli sayılamayacak sebeplere dayandırılması yahut hiçbir sebep gösterilmeden feshedilmesi anlamını taşır³⁰.

Gerçekten de, işçinin geleceğine güven duyması, sürekli olarak işini kaybetme, kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, çağdaş İş Hukuku’nun en temel amaçları arasında yer alır³¹. Özellikle belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın feshedilmesi düşüncesi, işçileri işlerinin sürekliliği konusunda büyük bir güvensizlikle karşı karşıya bırakabilmektedir. Bu sebeplerle, işçinin her şeyden önce sosyal nedenlerle feshe karşı korunması gerekmektedir³².

Çalışmamızda iş güvencesi kavramı özellikle İşK. m.18, 19, 20 ve 21’de düzenlenen hükümler bakımından ele alınmakla birlikte “*iş güvencesi*” ile “*işçinin feshe karşı korunması*”, “*işverenin fesih hakkının sınırlandırılması*” kavramlarının özdeş olup olmadığına da kısaca değinmekte yarar vardır. Doktrinde çoğu zaman “*iş güvencesi*” ve “*işçinin feshe karşı korunması*”, “*işverenin fesih hakkının sınırlandırılması*” gibi kavramlar birbirinin yerine kullanılmaktadır³³. Türk İş Hukuku öğretisinde genellikle bu kavramlar arasında anlam bakımından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Ancak doktrinde, iş güvencesi kavramı ile işçinin feshe karşı korunması kavramlarının eşdeğer olmadığını, iş güvencesinin, feshe karşı korumayı da içine alan daha geniş bir kavram olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur³⁴. Gerçekten de iş güvencesi denilince akla kıdem tazminatı, daha önce işten çıkarılan

²⁹ **AKYİĞİT**, Ercan (2007), Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade) (B.1), Ankara, Seçkin, s. 152; **NARTER**, Sami (2018), İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar (B.3), Ankara, Adalet, s. 5, 6.

³⁰ **DEMİR**, s. 5.

³¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 278.

³² **SÜZEK**, s. 551.

³³ **EKONOMİ**, Münir (2002), Genel Değerlendirme, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, s. 347, 348, Yazara göre feshe karşı koruma, hukuki bakımdan iş güvencesi ile özdeş bir kavramdır ve mevcut hizmet akdinin devamlılığı ve dolayısıyla işçinin ücret gelirinde sürekliliği sağlamayı amaçlayan bir kurumdur.

³⁴ **TUNCAY**, A. Can (2003), İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, ÇEİS., C.17, S.1, s. 3; **KURT/KOÇ**, s. 239, 240.

işçileri yeniden işe alma zorunluluğu, belirli işçileri çalıştırma zorunluluğu gibi geniş anlamda iş güvencesi içerisinde telakki edilebilecek kavramlar da gelmektedir³⁵. Bu bakımdan “*dar anlamda iş güvencesi*” ve “*geniş anlamda iş güvencesi*” kavramlarına değinmekte yarar vardır.

Dar anlamda iş güvencesi, işverenin herhangi (makul, uygun, haklı, geçerli) bir sebep olmaksızın iş sözleşmesini keyfi olarak sona erdirmesinin engellenmesi, iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanması anlamına gelmektedir³⁶. Dar anlamda iş güvencesi, iş sözleşmesinin devamını işverenin keyfi davranışlarına ve vicdanına terk etmeyi engelleyen, fesih hakkını birtakım şartlara ve denetime tabi tutan bir sistem olduğundan, doktrinde “*feshe karşı koruma*” olarak da adlandırılmaktadır³⁷. İşverenin keyfi fesihlerine karşı öngörülen her türlü önlem, dar anlamda iş güvencesinin konusunu oluşturur. Böylelikle işverenin fesih hakkı tamamen ortadan kalkmamakta, birtakım sınırlamalara tabi tutulmakta, iş sözleşmesi ancak kanunda öngörülen geçerli (veya haklı) bir sebebin gerçekleşmesi neticesinde sona ermekte ve tüm bu hususlar işçinin talebi halinde yargı organı (veya özel hakem) tarafından denetlenmektedir³⁸.

Bildirimli fesih neticesinde iş sözleşmesinin sona erdirildiği hallerde, İşK. m.18 gereğince geçerli bir sebebin varlığının aranması, bu sebebin bulunup bulunmadığının yargı organı (veya özel hakem) tarafından değerlendirilerek, işe

³⁵ **TUNCAY**, s. 3; **KURT/KOÇ**, s. 240.

³⁶ **KAR**, s. 24; **TULUKCU**, N. Binnur (2017), İş Güvencesi İşe İade (B.1), Ankara, Seçkin, s. 26; **SARIBAY**, Gizem (2006), Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 10.

³⁷ **CENTEL**, Tankut (2012), İş Güvencesi (B.1), İstanbul, Legal, s. 13; **KUTAL**, Metin (2002), İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, s. 16 (İşçinin Feshe Karşı Korunması); **BAŞTERZİ**, Süleyman (2005), Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD., C.54, S.3, s. 53; **AKYİĞİT**, s. 152.

³⁸ **KAR**, s. 24.

iadeye veya işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde tazminata hükmedilmesi hükümleri dar anlamda iş güvencesine örnektir³⁹.

Çalışmamız bakımından önem arz eden kavram, “*dar anlamda iş güvencesi*” kavramıdır. Nitekim Türk İş Hukuku’nda da “*iş güvencesi*” denilince akla öncelikle “*dar anlamda iş güvencesi*” ile ilgili hükümler gelmektedir. Yine 158 sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Hakkında UÇÖ. (International Labour Organization - Uluslararası Çalışma Örgütü) Sözleşmesi’nde de iş güvencesi, dar anlamıyla ele alınmaktadır⁴⁰.

Geniş anlamda iş güvencesi ise, iş sözleşmesinin feshini kanun veya sözleşme ile sınırlandıran ve iş ilişkisinin sürekliliğini sağlayan önlemlerin yanında; işe girişte ve iş sözleşmesinin devamı sırasında işçi lehine birtakım güvenceler öngören, ayrıca iş sözleşmesinin feshinin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıran ya da hafifleten tüm önlemleri kapsayan adeta bir güvenceler yumağıdır⁴¹. Dolayısıyla geniş anlamda iş güvencesinin, dar anlamda iş güvencesini de içine alan kapsayıcı bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁴².

Bu anlamda özellikle işçinin işini koruması amacıyla; fesih yapılmadan önce savunmasının alınması (İşK. m.19/2), bazı sebeplerin fesih için geçerli sebep oluşturmayacağı (İşK. m.18/3), bildirim süreleri ve iş arama izni (İşK. m.17), kıdem tazminatı (1475 sayılı İşK. m.14) ve işsizlik sigortasına ilişkin düzenlemeler geniş anlamda iş güvencesine örnek verilebilir. Nitekim bu önlemlerin birçoğu feshin olumsuz sonuçlarını işçi açısından hafifletmekte ve işçiye fesih sonrası da belirli bir güvence sağlamaktadır.

Bildirim süreleri, iş sözleşmesinin sona ermesini engellemediğinden, feshi belirli bir süre erteleyerek işçiyi fesih düşüncesine adapte etme ve bu süre içerisinde

³⁹ ALP, Mustafa (2003), İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD., C.5, S.1, s. 1 (İş Güvencesi Yasası); AKYİĞİT, s. 152; KAR, s. 24; KUTAL, İşçinin Feshe Karşı Korunması, s. 16.

⁴⁰ KUTAL, Metin (2003), İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı, Mercek, S.30, s. 5, 6 (İş Güvencesi Kavramı); BAŞTERZİ, s. 53.

⁴¹ KUTAL, İşçinin Feshe Karşı Korunması, s. 15, 16; CENTEL, s. 13; ALP, İş Güvencesi Yasası, s. 1; AKYİĞİT, s. 152; KAR, s. 24; TULUKCU, s. 27; SARIBAY, s. 10, 11; MANAV, s. 8, 9; BAŞTERZİ, s. 53.

⁴² NARTER, s. 6, 7.

yeni bir iş arama olanağı sunduğundan, dar anlamda değil; geniş anlamda iş güvencesi kapsamında değerlendirilir⁴³. Yine iş sözleşmesinin askıya alınması da geniş anlamda iş güvencesi içinde telakki edilebilir⁴⁴.

Geniş anlamda iş güvencesi, işe girişte öngörülen güvenceleri de kapsar. Türk Hukuku'nda hiç kimseye işe girişte kayda değer bir güvence tanınmamıştır. Ancak İş Kanunu'nda işe girişle ilgili birtakım zorunlu düzenlemeler mevcuttur. Bunların bir kısmı yeniden işe alma yükümlülüğü, bir kısmı ise kanuni zorunluluk nedeni ile çalıştırma yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵. Özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu (İşK. m.30), işçinin maluliyetinin sonradan ortadan kalkması halinde yeniden işe alınma zorunluluğu (İşK. m.30/5), toplu işçi çıkarmalarda işten çıkarılanların yeniden işe alınma zorunluluğu (İşK. m.29/6), işyerinin tamamının veya bir bölümünün devrinde devralan işverenin sözleşme yapma zorunluluğu (İşK. m.6, ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁴⁶ m.428), askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilerin yeniden işe alınma zorunluluğu (İşK. m.31) buna örnek gösterilebilir. Ayrıca sendika yöneticiliği görevinin belirli nedenlerle sona ermesi halinde yeniden işe alınma zorunluluğu (6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁴⁷ m.23/2) ve işyeri hekimi ile iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü (6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu)⁴⁸ de işe girişte güvence sağlayan hükümlere örnek verilebilir.

İş sözleşmesinin devamı sırasında iş güvencesi ise, içerik güvencesi olarak da adlandırılan İşK. m.22'de kendini göstermektedir. Bu hükümle birlikte iş sözleşmesinin devamı sırasında işverenin tek yanlı olarak çalışma şartlarını ağırlaştırması birtakım şartlara bağlanarak engellenmek istenmiştir. Dolayısıyla bu şartları taşımayan değişiklikler İşK. m.22 karşısında geçersiz sayılacak ve sözleşme eski şartlarla devam edecektir.

⁴³ **SARIBAY**, s. 11.

⁴⁴ **SÜZEK**, Sarper (2007), İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD., C.9, Özel Sayı, s. 115 vd. (Askı); **SARIBAY**, s. 11.

⁴⁵ **NARTER**, s. 7.

⁴⁶ RG., 04.02.2011, 27836.

⁴⁷ RG., 07.11.2012, 28460.

⁴⁸ RG., 30.06.2012, 28339.

Sonuç olarak, geniş anlamda iş güvencesine ilişkin birçok hükmün öteden beri hukukumuzda var olduğunu söylemek mümkündür⁴⁹; ancak dar anlamda iş güvencesi, 2003 yılında 4773 sayılı Kanun'un⁵⁰ yürürlüğe girmesiyle birlikte hukukumuzda yer bulmuştur. Çalışmamızda ele aldığımız hükümler de, İş Kanunu'nda düzenlenen dar anlamda iş güvencesine ilişkin hükümlerdir.

1.2. İş Güvencesinin Hukuki Niteliği

Anayasamızda temel hak ve hürriyetler üç bölüme ayrılarak düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve hürriyetler; kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile siyasi haklar ve ödevlerdir⁵¹. İş güvencesi kavramının da hukuki niteliği itibarıyla bir hak olarak ele alınması halinde, Anayasamızın üçüncü bölümünde “sosyal ve ekonomik haklar” başlığı altında düzenlenen, “çalışma hakkı” kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Çalışma hakkı, esas olarak sosyal haklar içerisinde ele alınmalıdır. Şayet bir devlet kendisini “sosyal bir devlet” olarak tanımlamışsa, vatandaşlarına birtakım sosyal hakları da sağlamakla mükelleftir. Anayasamızın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir devlet olduğu açıkça vurgulanmıştır. Sosyal devlet, “devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayış” olarak tanımlanmaktadır⁵². Her devlet, sosyal devleti gerçekleştirmeye yönelik birtakım tedbirleri almak mecburiyetindedir. Bu tedbirlerin başında da “sosyal haklar” gelmektedir. Ülkemizde sosyal haklar sistematik olarak ilk defa 1961 Anayasası⁵³ ile tanınmıştır.

Sosyal hakların en temel özelliği, devlete olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü yüklemesidir. Bu haliyle sosyal haklar, “pozitif statü hakları” içerisinde yer alır. George Jellinek'in klasikleşen ayrımına göre pozitif statü hakları;

⁴⁹ KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 5; BAŞTERZİ, s. 54.

⁵⁰ RG., 15.08.2002, 24847.

⁵¹ GÖZLER, s. 113 vd.

⁵² ÖZBUDUN, Ergun (2008), Türk Anayasa Hukuku (B.9), Ankara, Yetkin, s. 123; GÖZLER, s. 73.

⁵³ RG., 20.07.1961, 10859.

bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânı tanıyan haklardır. Bu tür haklar, devlete sosyal alanda birtakım ödevler yükler⁵⁴. Sosyal devletin amacı, herkese insan onuruna yakışan asgari bir yaşam standardı sağlamaktır. Bunun için de sosyal haklar içerisinde; çalışma hakkı, adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi bazı hakların sağlanması gerekir⁵⁵.

Sosyal haklar içerisinde yer alan çalışma hakkı, Anayasamızın 49'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 2'nci fıkrasında devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere iş güvencesi hakkı, temelini Anayasa'nın 49'uncu maddesinden almaktadır. Nitekim ekonomik ve sosyal açıdan işverene kıyasla daha dezavantajlı konumda bulunan işçinin, birtakım anayasal güvencelerle korunması ve taraflar arasındaki adaletsizliğin giderilmesi sosyal devlet olmanın da bir gereğidir. İş güvencesine ilişkin haklar sağlanmadığında çalışma hakkının tam anlamıyla varlığından söz etmek mümkün değildir⁵⁶.

2. İŞ GÜVENCESİNİN AMACI VE ÖNEMİ

Gerek dar anlamda gerekse geniş anlamda iş güvencesine ilişkin hükümlerin öncelikli amacı; iş sözleşmesinin zayıf tarafını temsil eden işçileri, işverenin tek yanlı ve keyfi davranışlarından korumak, işçinin işini güvenle yerine getirmesini sağlayacak bir ortam yaratmaktır⁵⁷. Burada önem arz eden husus, özellikle iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaktır. Bu da yalnızca işverenin keyfi fesihlerine karşı

⁵⁴ JELLİNEK, George (1913), L'Etat modern et son droit (Traduction française par Georges Fardis), Paris, M. Giard & E. Brière, C.2, s. 51 vd., Aktaran: GÖZLER, s. 111 vd.

⁵⁵ GÖZLER, s. 75 vd.

⁵⁶ TULUKCU, s. 34.

⁵⁷ SÜZEK, Sarper (1976), İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme (B.1), Ankara, Kazancı, s. 29 vd., Aktaran: SÜZEK, s. 550, dn. 2; TAŞKENT, Savaş (2002), İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme (B.1), Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayınları, s. 11 (İş Güvencesi), Aktaran: SÜZEK, s. 551, dn. 3; KURT/KOÇ, s. 237; AKYİĞİT, s. 152 vd.; CENTEL, s. 1, 2.

işçinin korunmasıyla mümkündür⁵⁸. Bütün emek ve mesaisini işine hasreden ve o işten elde ettiği ücret dışında herhangi bir geliri olmayan işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi; çoğu zaman yalnızca kendisini değil, ailesi ve çevresini de etkilemekte, işçileri birçok olumsuzlukla karşı karşıya bırakmaktadır. İş sözleşmesinin sebepsiz veya makul, uygun, haklı, geçerli bir sebep olmaksızın, keyfi olarak sona ermesi neticesinde işçinin karşılaşacağı olumsuzluklar, işvereninkiyle kıyaslanamayacak derecede büyüktür. İşte bu yüzden kanun koyucu, iş sözleşmesinin zamansız bir şekilde sona ermesi neticesinde işveren lehine yalnızca ihbar tazminatı ya da (çift taraflı olmak şartıyla) cezai şart gibi birtakım sınırlı düzenlemeler öngörmüşken, işçiler açısından geniş bir güvence sağlamıştır.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin öncelikli ve asıl amacı, işini kaybeden işçiye ekonomik açıdan ortaya çıkan maddi ve manevi zararlardan korumak ve iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaktır⁵⁹. Nitekim iş sözleşmesinin temel unsurunu işçinin ücreti oluşturmaktadır. Ayrıca çoğu zaman bireylerin tek geçim kaynağı da emek karşılığı elde ettikleri ücretleridir. İş güvencesi, işsizliğin doğurduğu maddi güçlüğü işçi açısından hafifletmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlar. Böylelikle işini kaybeden işçinin, sosyal ve psikolojik açıdan mahva uğraması da belli ölçüde engellenmiş olur⁶⁰.

İş güvencesi hükümlerinin bir başka amacı ise işçiye diğer hakları bakımından da ek bir güvence sağlamaktır⁶¹. Bu sebeple işçi, kanunların kendisine tanıdığı hakları kullanmaktan imtina etmeyecek ve işverenin bu hakları kullandırmamakta ısrar etmesi halinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin korumasından faydalanarak, işini güvenle yerine getirecektir. Örneğin, İşK. m.22’de işverenin, iş sözleşmesiyle

⁵⁸ **AKTAY**, Nizamettin/ **ARICI**, Kadir/ **SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay (2012), İş Hukuku (B.5), Ankara, Gazi Kitabevi, s. 171.

⁵⁹ **SÜZEK**, s. 550 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 470.

⁶⁰ **KOÇ**, s. 29, 30; **KURT/KOÇ**, s. 237 vd.

⁶¹ **KOÇ**, s. 29, 30; **YAVUZ**, Aslı (2010), Türk İş Hukuku’nda Genel İş Güvencesinin Kapsam ve Koşulları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 14; **KAYA**, Pir Ali (2001), İŞ GÜVENCESİ: Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme - 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Temmuz 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi, **İŞGÜÇ.**, C.3, S.1, <http://www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil=2001>, ET.: 05.11.2017; **EYRENCİ**, Öner/ **TASKENT**, Savaş/ **ULUCAN**, Devrim (2010), Bireysel İş Hukuku (B.4), İstanbul, Legal, s. 164, 165.

veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapabilmesi belli şartlara bağlı tutulmuştur. Yine işçinin bu değişikliği altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul etmemesi halinde, değişikliğin işçi açısından sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla işveren, tek taraflı olarak çalışma şartlarını işçi aleyhine ağırlaştıramaz⁶². Aksi takdirde işçi, İşK. m.17 ilâ 21 arasında düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere iş güvencesi hükümleri işçiye, çalışma şartlarının sürekliliği bakımından da ek bir güvence sağlamaktadır.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin sağladığı korumadan faydalanan işçi, ödenmeyen fazla çalışma, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili ücretleri gibi bireysel haklarını da tereddüt yaşamaksızın işverenden talep edebilecektir⁶³. Nitekim iş güvencesinin olmadığı bir ortamda işçi, işini kaybetme korkusuyla bu tür haklarını istemekten imtina edebilir. Uygulamada da yaygın bir şekilde rastlanıldığı gibi iş ilişkisinin devamı sırasında ödenmeyen işçi alacaklarının, iş kazası tazminatlarının ve yine sigortalılığın tespitine ilişkin davaların iş ilişkisi sona erdikten sonra açılması bu hususu doğrulamaktadır⁶⁴. Ancak sağlam bir iş güvencesi sisteminde işçiler, haklarını talep etme konusunda çekingen davranmayacaklardır⁶⁵.

Toplu iş hukukuna ilişkin hakların kullanılmasında da iş güvencesinin önemi büyüktür. Toplu iş hukukuna ilişkin hükümler işçiler açısından kolektif bir koruma ve ilave haklar sağladığından işverenler, çoğu zaman işçilerin bu haklardan yararlanmasını istemezler. Bu sebeple de toplu iş hukukunun sağladığı korumadan yararlanmak isteyen işçinin iş sözleşmesini feshetme gibi yöntemlere

⁶² Y. 9. HD., 11.04.2017, 2016/9695, 2017/6343; Y. 9. HD., 30.03.2017, 8204/5375; Y. 9. HD., 23.03.2017, 6109/4723; Aksi yönde kararlar için bkz.; Y. 22. HD., 26.01.2017, 472/1077; Y. 22. HD., 23.01.2017, 717/727; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 05.11.2017.

⁶³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164, 165; SÜZEK, s. 551; TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 11, Aktaran: SÜZEK, s. 551, dn. 3; AKYİĞİT, s. 152.

⁶⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164, 165; SÜZEK, s. 551; TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 11, Aktaran: SÜZEK, s. 551, dn. 3; AKYİĞİT, s. 152.

⁶⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164, 165.

başvurabilirler⁶⁶. İş güvencesinin olmadığı bir ortamda işçiler, işini kaybetme korkusuyla Anayasa ile güvence altına alınmış olan sendika üyeliği, toplu iş sözleşmesi ve grev gibi haklarını kullanmaktan kaçınabilirler. Ancak iş güvencesinin varlığı halinde işçiler, fesih endişesi duymaksızın sendikalara üye olabilir, kanuni greve katılabilir böylelikle toplu iş hukukunun sağladığı imkânlardan faydalanabilirler⁶⁷. Üstelik kanun koyucu, sendikal nedenlerle yapılan fesihleri engellemek amacıyla STİSK. m.25'te, İşK. m.21'de öngörülen tazminattan daha yüksek miktarda bir tazminat öngörmüştür⁶⁸.

İşçi ve işveren arasındaki ekonomik uyumsuzluğun toplumsal çatışmalara ve büyük ekonomik sorunlara dönüşmesini engellemek ve çalışma barışını sağlamak da iş güvencesinin temel amaçlarından⁶⁹. İşyerleri, gerek fiziki yapı gerekse sermaye itibarıyla küçük veya büyük olmalarına bakılmaksızın ülke ekonomisinin temelini oluşturmaktadır. İşçiler de bir işyerinde örgütlenmek suretiyle mal ve hizmet üretimine katkı sağladıklarından iş güvencesi kavramı, bir ülkenin ekonomik ve toplumsal yapısından bağımsız olarak düşünülemez. Dolayısıyla işçinin edimini yerine getirirken birtakım güvencelerden mahrum bırakılması yahut yetersiz bir güvence sağlanması, çalışma barışını engelleyecek ve bu hususun ülke çapındaki etkisi de ekonomiye büyük zararlar verecektir⁷⁰. İşte bu sebeplerle her devlet, iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemeleri hayata geçirerek işçi ve işveren arasındaki

⁶⁶ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164, 165, Yazarlara göre, uluslararası belgeler doğrultusunda Anayasamızda ve iş yasalarımızda sendika özgürlüğü güvence altına alınmasına rağmen, ülkemizde genellikle sendikaya üye olmanın bedeli işsiz kalmaktır ve sendikal faaliyetler bakımından sivrilmiş işçinin işini koruyabilmesi genellikle söz konusu değildir. Ayrıca toplu iş sözleşmesi özerkliği bakımından da aynı sorun mevcuttur ve bir toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra, çoğu kez büyük sayıda işçi çıkarmalar dikkat çekmektedir. İşverenler, bununla hem toplu pazarlık sırasında sendikal bilinçle hareket eden işçilerden kurtulmuş olmakta hem de toplu iş sözleşmesi ile üstlendiği parasal yükümlülüğü hafifletmiş olmaktadır. Yine grev hakkı bakımından da aynı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Nitekim grevde öncülük edenler, grev sırasında veya sonrasında işini kaybetmişlerdir.

⁶⁷ SÜZEK, s. 551.

⁶⁸ İşK. m.25/4: “İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir”.

⁶⁹ KOÇ, s. 29, 30; YAVUZ, Aslı, s. 14; SÜZEK, s. 551; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 470; KAYA, <http://www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil=2001>, ET.: 05.11.2017.

⁷⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 470.

mikro ekonomik uyuşmazlığın, ekonomik ve toplumsal çatışmalara dönüşmesini engellemeyi amaçlamıştır.

İş güvencesine ilişkin hükümler aynı zamanda işverenin fesih hakkının kötüye kullanılmasını denetlemeyi de amaçlar⁷¹. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁷² 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla işverenin fesih hakkı, birtakım sınırlamalara tabi tutulmakla birlikte, bu sınırlamaların kapsam ve koşullarının da belirlenmesi gerekmektedir. İşte iş güvencesine ilişkin hükümler, işverenin fesih hakkının kullanımını belli koşullara bağlamış ve bu koşullara uyulmadan yapılan fesihleri de İşK. m.20 çerçevesinde denetime tabi tutmuştur⁷³.

İş güvencesi, işçilerin verimli çalışması açısından da önem arz eder⁷⁴. Daha önce de belirttiğimiz gibi işçinin, ekonomik ve sosyal açıdan karşılaşılabileceği en büyük tehlike işini kaybetmektir⁷⁵. Sürekli, işini kaybetme kaygısı yaşayan bir işçiden tam bir verimle çalışması beklenemez. İş güvencesi hükümleri ise sözleşmenin sürekliliği bakımından işçilere önemli bir güvence sağlar ve işverenin keyfi fesihlerine karşı işçiyi korumayı hedefler⁷⁶. Dolayısıyla işini ve tek geçim kaynağı olan ücretini kaybetme kaygısı yaşamayan bir işçinin, daha verimli bir şekilde çalışacağını söylemek mümkündür⁷⁷.

İş güvencesinin temel hedefi olmamakla birlikte, iş güvencesiyle kayıt dışı işçi çalıştırmanın da büyük ölçüde önüne geçilmiş olacaktır. İşverenler, çoğu zaman işçilerin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanmasını veya sendikalaşmasını

⁷¹ KOÇ, s. 29, 30; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164, 165.

⁷² RG., 08.11.2001, 24607.

⁷³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 470; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164.

⁷⁴ KAR, s. 27 vd.; SÜZEK, s. 551; TAŞKENT, İş Güvencesi, s. 11 vd., Aktaran: SÜZEK, s. 551, dn. 5; KURT/KOÇ, s. 237.

⁷⁵ KURT/KOÇ, s. 237.

⁷⁶ ŞEN, Murat (2003), 4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.07.2003 Tarihli ve E. 2003/12442, K. 2003/13123 Sayılı Kararı Çerçevesinde, EÜHFD., C.7, S.3-4, s. 757, http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_25.pdf, ET.: 17.11.2017.

⁷⁷ AKTUĞ, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, ET.: 17.11.2017; AKI, Erol/ ALTINTAŞ, Olcay/ BAĞÇIVANCILAR, İbrahim (2005), Uygulamada İş Güvencesi (B.1), İstanbul, Legal, s. 16; KOÇ, s. 28; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 165.

engellemek amacıyla ya da sigorta primlerinin yüksek olması vb. sebeplerle işçilerin çalışmalarını Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmemektedirler. Ancak Yargıtay, işyerindeki işçi sayısının veya işçinin o işyerinde çalışıp çalışmadığının tespitinde yalnızca Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının değil; tanık dahil her türlü delilin esas alınacağını belirttiğinden, uygulamada “*muhasabe hilesi*” olarak adlandırılan bu husus çoğu zaman işverenler aleyhine sonuç doğurmaktadır⁷⁸. Nitekim işçinin o işyerinde çalıştığının tespiti halinde işverenler, aynı zamanda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun⁷⁹ 86'ncı maddesinde düzenlenen, uygulama ve doktrinde “*hizmet tespiti davası*”⁸⁰ olarak adlandırılan dava ile de karşı karşıya kalmaktadır. Ayrıca bu davanın davacı lehine sonuçlanması halinde, yine aynı Kanun'un 102'nci maddesi gereğince işverenlere idari para cezası da uygulanmaktadır.

İş güvencesine ilişkin hükümler ise, işçiler açısından birçok olumlu düzenleme içerdiğinden ve işverenin fesih hakkını sınırlandırdığından; kayıt dışı çalışan işçiler, çalışmalarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmesini işverenden talep etme konusunda daha ısrarlı davranacaklardır. Hizmet tespiti davalarının ağır sonuçlarıyla karşılaşmak istemeyen işverenlerin de kayıt dışı işçi çalıştırmaya son vermeleri

⁷⁸ Y. 22. HD., 19.01.2012, 2016/30632, 2017/364, “Somut olayda, her ne kadar mahkemece, davalı sendikada çalışan işçi sayısının on yedi olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de mahkemece yapılan araştırma ve ...'nın gönderdiği kayıtlar fesih tarihindeki çalışan sayısını açıklığa kavuşturacak nitelikte değildir. Davalı ... illerinde şubelerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple davalı sendikaya ait fesih tarihi itibarıyla aynı iş kolunda kaç işyerinin bulunduğu ve çalışan sayısı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; Y. 9. HD., 21.02.2017, 2016/5422, 2017/2300, “... Yargıtay ilke kararı gereğince dava dışı ... A.Ş. ve davalı şirketin ticaret sicil kayıtları, dosyaya sunulan davacı delilleri değerlendirilip gerekirse tanık dinlenerek ... A.Ş. ile davalı arasındaki iş ilişkisinin muvazaaya dayalı olup olmadığının tespiti ile buna göre işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesi gerekirken yazılı gerekçe ile işçi sayısının 30'dan az olduğundan davanın reddi hatalı olup kararın bozulmasını gerektirmiştir.”; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 17.11.2017.

⁷⁹ RG., 16.06.2006, 26200.

⁸⁰ ŞEN, Murat (2012), Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı, Sicil, S.27, s. 213; BİLGİLİ, Abbas (2011), Hizmet Tespiti Davaları (B.1), Adana, Karahan Kitabevi; BİLGİLİ, Abbas (2010), Hizmet Tespiti Davaları, İBD., S.5, s. 3085.

kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle iş güvencesi hükümlerinin ülke ekonomisi açısından da olumlu sonuçlar doğurduğunu söyleyebiliriz⁸¹.

Kayıt dışı işçi çalıştırmaya bağlı olarak, işverenler arasındaki haksız rekabetin önlenmesine katkı sağlamak da iş güvencesinin bir başka boyutunu ortaya koymaktadır. Gerçekten de aynı mal veya hizmeti aynı piyasada sunan iki işverenden biri sendikasız, sigortasız işçi çalıştırıyor ve işçilerine asgari ücretin altında ücret ödüyorsa, bu işveren ile kayıt içi faaliyet gösteren işveren arasında üretim maliyetleri açısından büyük bir fark doğacak demektir. Bu şekilde oluşan haksız rekabetin engellenebilmesi için kayıt dışı çalışan işverenin işçilerinin de sendikaya üye olabilmeyi, sigorta kaydının yapılmasını ya da asgari ücret ödenmesini işverenden talep edebilmeleri gerekir. İşte işçiler, işten atılma endişesi taşımaksızın, iş güvencesi sisteminin sağladığı korumadan faydalanarak bu taleplerde bulunabilecektir. Bu husus da kayıt dışı işçi çalıştırmayı engelleyerek işverenler arasındaki haksız rekabeti önlediği gibi ülkedeki vergi gelirlerinde de artış sağlayacaktır⁸².

İş güvencesine ilişkin hükümlerin bir diğer önemi ise iş ilişkisinin kurulmasında karşımıza çıkmaktadır. İş güvencesine ilişkin düzenlemelerin olmadığı bir hukuk sisteminde işverenler, işçi alımı konusunda serbest davranabilirler. İş sözleşmesini feshederken herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan işveren, işçiyi keyfi ve gerekçesiz olarak işten çıkarabilecektir. Oysa iş güvencesinin olduğu bir ortamda işveren, işe alımlarda daha titiz davranacak ve özellikle işçinin o işi yapmaya yeterli olup olmadığını da değerlendirecektir⁸³. Bu husus da tecrübeli ve yetenekli kişilerin çalışma hayatına katılımına katkı sağlayacaktır⁸⁴. Böylelikle iş ilişkisi baştan sağlam temeller üzerine oturtulduğundan, gereksiz yere işçi çıkarma gibi sorunların önüne geçilecek ve çalışma barışı sağlanmış olacaktır.

⁸¹ AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 18.11.2017; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164, 165.

⁸² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 164, 165.

⁸³ OPTUR, Gülden Erdem (2005), 4857 Sayılı İş Yasasının İş Güvencesi Hükümleri ve İnsan Kaynakları Yönetimi Üzerindeki Uygulamaları Üzerindeki Etkilerini Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 88.

⁸⁴ KOÇ, s. 27.

Doktrinde iş güvencesinin olumlu sonuçları karşısında birtakım olumsuzluklara da sebep olacağı ileri sürülmüştür⁸⁵. Bu olumsuzlukların başında istihdam daralması gelmektedir⁸⁶. Gerçekten de işverenler, fesih haklarının sınırlandırıldığı bir ortamda yeni işçi alımı yoluna gitmeyecekler, işe mevcut işçileriyle devam etme yönünde bir eğilim göstereceklerdir.

İstihdam daralmasına yönelik bu endişeler kısa vadede haklı olmakla birlikte; uzun vadede iş güvencesi, istihdam üzerinde faydalar da sağlamaktadır⁸⁷. Anayasa'nın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu açıkça vurgulanmıştır. Sosyal devletin temel ödevleri arasında; 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 almak da yer alır⁸⁸. Bu sebeple işçinin iş güvencesinden mahrum bırakıldığı, feshe karşı korumanın ve işverenin fesih hakkını sınırlandıran yasal düzenlemelerin olmadığı bir ortamda, çağdaş İş Hukuku anlayışından söz etmek mümkün değildir. Nitekim bugün birçok ülke, 158 sayılı UÇÖ. Sözleşmesi'ni kabul etmiş ve buna ilişkin yasal düzenlemeleri de yaparak, mevzuatlarını sözleşmeye uygun hale getirmişlerdir. İş güvencesinin hâkim olduğu ve işçilerin feshe karşı korunduğu bir ortamda kişiler, çalışma hayatına katılma ve iş arama konusunda daha istekli olacak, işverenler de işçi bulma konusunda sorun yaşamayacaklardır.

İş güvencesi ile yabancı sermaye girişi arasındaki ilişki ise tartışmalıdır. Kimi yazarlar, maliyetleri artırması nedeniyle iş güvencesinin yabancı sermaye girişini engellediğini savunmaktadır. Ancak yabancı sermayeyi etkileyen tek unsur düşük

⁸⁵ **ZENGİNGÖNÜL**, Oğul (2004), İş Güvencesine İstihdam Açısından Bir Yaklaşım, DEÜSBED., C.6, S.1, s. 332 vd., Yazara göre, HECKMAN ve PAGES araştırması ile SAINT-PAUL araştırması neticesinde katı bir iş güvencesi sisteminin varlığı, istihdamı olumsuz etkilemekte ve bu olumsuzluğun yükünü de özellikle genç, kadın ve vasıfsız işgücü göğüslemektedir; **YÜKSEK**, Ayşe (2012), İş Güvencesinin İstihdam Yaratılmasındaki İşlevi, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, s. 73, 74; **TAŞKENT**, İş Güvencesi, s. 13 vd., Aktaran: **AKTUĞ**, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 18.11.2017; **AKTUĞ**, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 18.11.2017.

⁸⁶ **ZENGİNGÖNÜL**, s. 328 vd.

⁸⁷ **TINAR**, Mustafa Yaşar/ **ZENGİNGÖNÜL**, Oğul (2001), İş Güvencesi ve İstihdam, Mercek, S.22, s. 59, 60; **ZENGİNGÖNÜL**, s. 340 vd.; **KOÇ**, s. 25, 26; **BAŞTERZİ**, s. 56, 57.

⁸⁸ Anayasa m.49.

maliyet değildir. Ülkedeki siyasal istikrar, geniş pazar imkânları, nitelikli işgücü gibi birçok faktör yabancı sermaye girişini etkilemektedir. Bu sebeple iş güvencesi ve yabancı sermaye girişi arasında doğrudan olumsuz bir ilişki olduğu söylenemez⁸⁹.

§ II. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

1. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN ULUSLARARASI ALANDAKİ GELİŞİMİ

1.1. Genel Olarak

Ekonomik liberalizmin hâkim olduğu 19'uncu yüzyılda sözleşmenin tarafları arasında mutlak bir eşitlik söz konusuydu. Bu eşitlik iş sözleşmeleri bakımından da geçerliydi. Bu döneme hâkim olan anlayış, iş ilişkilerine herhangi bir müdahaleyi kabul etmemekte, taraf iradelerine üstünlük tanımaktaydı⁹⁰. İşverenler iş sözleşmelerini herhangi bir sınırlamaya bağlı kalmaksızın, dilediği zaman ve sebep göstermeden feshedebilmekteydi. Sanayi devriminin de etkisiyle bu dönemde emeği koruyan çağdaş anlayıştan ziyade sermayenin korunması ön planda tutulmuş ve iş ilişkisinin sürekliliği konusunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir.

20'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren taraf iradelerine mutlak üstünlük tanıyan anlayış, yerini iş ilişkisini ve işçiyi korumayı hedefleyen çağdaş anlayışa bırakmıştır⁹¹. Bu anlayış, birtakım hukuki düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir.

İş güvencesine ilişkin hukuki düzenlemelerin uluslararası gelişimindeki en önemli ve anayasal nitelikteki ilk düzenleme 1917 yılında çıkarılan Meksika Anayasası'dır⁹². Meksika Anayasası'nda iş sözleşmesinin feshinde “*geçerli bir sebebe dayanma*” zorunluluğu açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla dar anlamda iş güvencesi dediğimiz iş sözleşmesinin feshinde sebep bildirme zorunluluğuna ilişkin ilk anayasal ve aynı zamanda yasal düzenleme kabul edilen Meksika Anayasası, bu

⁸⁹ AKTUĞ, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, ET.: 18.11.2017; KOÇ, s. 26, 27.

⁹⁰ DEMİR, s. 5.

⁹¹ GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 16.

⁹² BAŞBUĞ, Aydın (1998), İşverenin İşten Çıkarma Hakkının Toplu İş Sözleşmeleri ile Sınırlandırılması, SÜHFD., C.6, S.1-2, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a Armağan, s. 886; DEMİR, s. 6.

bakımdan önemli bir belgedir⁹³. Meksika’da iş güvencesine ilişkin yasalar ise 1931 yılında çıkarılmıştır⁹⁴.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, 1951 yılında işçi ve işveren sendikalarının uzlaşması neticesinde Almanya’da çıkarılan “*Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz - KSchG.)*”⁹⁵ ile iş güvencesi alanında ilk kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır. Bu Kanun ile birlikte, işçilerin feshe karşı korunmasına ilişkin genel birtakım tedbirler alınmış ve toplu işçi çıkarmalara ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür⁹⁶.

İş güvencesine ilişkin yasalar 1945 yılında Hollanda’da, 1966 yılında İtalya’da, 1971 yılında İngiltere’de, 1973 ve 1975 yılında ise Fransa’da çıkarılmıştır. Sovyetler Birliği ise Avrupa ülkelerinden daha erken bir dönemde ve 1922 yılında iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemelere yer vermiştir. Yine 1931 yılında da Küba’da iş güvencesi yasası çıkarılmıştır⁹⁷.

İş güvencesine ilişkin uluslararası düzeydeki bir diğer düzenleme ise 1948’de çıkarılan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23’üncü maddesidir. Bahsi geçen maddeye göre:

“1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.

2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.

⁹³ AĞER, İlker (2006), Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi (B.1), Ankara, Adalet, s. 11.

⁹⁴ GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 17.

⁹⁵ İlgili Kanun’un Almanca metni için bkz., <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html>, ET.: 20.01.2019.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., ULUCAN, Devrim (1997), Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler, Kamu-İş, C.4, S.2, s. 231 vd.; GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 17 vd.

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., SERDAN, Muhsin Ertuğrul (2011), 4857 Sayılı İş Kanunu’nda İş Güvencesi, Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 12 vd.; DEMİR, s. 6; GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 17.

3. *Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.*

4. *Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır”.*

Bahsi geçen maddenin özellikle 1’inci ve 3’üncü fıkralarına baktığımızda; çalışmanın, işini seçme özgürlüğünün, adaletli ve elverişli koşullarda çalışmanın, işsizliğe karşı korunmanın ve çalışma karşılığında elde edilen ücretin temel bir insan hakkı olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür⁹⁸. Dolayısıyla iş güvencesinin gelişimi açısından Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin önemli bir yeri vardır⁹⁹. 1949 yılında bu bildiri Türkiye tarafından da kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler tarafından 1966’da kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe konulan “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*” de iş güvencesi bakımından önemli düzenlemeler içermektedir. Bahsi geçen sözleşmede ekonomik ve sosyal haklar, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne kıyasla daha geniş ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁰⁰.

05 Mayıs 1949 tarihinde kurulan Avrupa Konseyi, 1961 yılında Avrupa Sosyal Şartını kabul etmiştir. Konsey, üye ülkelerin insan haklarına ve temel hürriyetlere saygılı davranmalarını amaç edinmiştir¹⁰¹. Avrupa Sosyal Şartı çalışma yaşamına ilişkin, yine Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde bütün temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel düzenlemelere yer verilmiş ve çalışma yaşamına ilişkin yalnızca 4’üncü maddede düzenlenen “*kölelik ve zorla çalıştırma yasağından*” bahsedilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı’nda ise

⁹⁸ AĞER, s. 18; TULUKCU, s. 53, 54.

⁹⁹ BİLGİLİ, İş Güvencesi, s. 3; TULUKCU, s. 53, 54.

¹⁰⁰ AKTUĞ, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, ET.: 22.12.2017; NARTER, s. 15, 16.

¹⁰¹ TAŞKENT, Savaş (1991), İş Güvencesi ve İşçinin Feshe Karşı Korunması (B.1), İstanbul, Belediye-İş Sendikası Yayınları, s. 49 (Feshe Karşı Korunması), Aktaran: SERDAN, s. 18, dn. 50.

daha çok sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler üzerinde durulmuş ve çalışma yaşamıyla ilgili önemli düzenlemelere yer verilmiştir¹⁰².

Avrupa Sosyal Şartı, 18 Ekim 1961 tarihinde İtalya'nın Torino şehrinde imzalanmış ve 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Sosyal Şartı'nın 1'inci maddesinde çalışma hakkından bahsedilmektedir. Yine Avrupa Sosyal Şartı'nda çalışma hakkı dışında, çalışma yaşamına ilişkin kapsamlı diğer düzenlemelere de yer verilmiştir¹⁰³. Özellikle dar anlamda iş güvencesi olarak kabul edebileceğimiz fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeye 8'inci maddede, yalnızca “*Çalışan Kadınlarına Analığının Korunması Hakkı*” başlığı altında yer verilmiştir. Bahsi geçen maddenin 2'nci fıkrasına göre akit taraflar; işverenlerin, kadın bir işçinin işverene hamile olduğunu bildirmesi ile doğum iznine ayrılması arasındaki dönem içerisinde veya süresi bu döneme rastlayacak şekilde fesih bildiriminde bulunamayacağını taahhüt ederler. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nın “*Örgütlenme Hakkı*” başlığını taşıyan 5'inci maddesi ile “*Toplu Pazarlık Hakkı*” başlığını taşıyan 6'ncı maddesini hariç tutarak, bahsi geçen sözleşmeyi 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 1989 tarihinde 3581 sayılı Kanun ile onaylamıştır¹⁰⁴.

Avrupa Sosyal Şartı'ndaki hükümlerin işçilerin korunması bakımından yetersiz olması ve değişen şartlara uyum sağlayamaması gerekçesiyle yeniden çalışmalar yapılmış, 03 Mayıs 1996 tarihinde Fransa'nın Strazburg şehrinde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı kabul edilmiş ve 01 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın “*İş Akdinin Sona Erdiği Durumlarda Korunma Hakkı*” başlıklı 24'üncü maddesinde; feshin geçerli bir nedene dayandırılması, geçerli bir neden olmaksızın iş sözleşmesi sona erdirilen çalışanlara tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkı tanınması ve iş sözleşmesini sona erdiren nedenin geçerli bir neden olup olmadığının tespiti hususunda bağımsız bir organa başvurma hakkının güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Türkiye,

¹⁰² DEMİR, s. 7.

¹⁰³ AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 171, 172; KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 5.

¹⁰⁴ RG., 04.07.1989, 20215.

27 Eylül 2006 tarihinde ve 5547 sayılı Kanun ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylamıştır¹⁰⁵.

Avrupa Birliği ise gerek UÇÖ. normlarını gerekse Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve çalışma yaşamına ilişkin düzenlemeler içeren belgeleri referans belgeler olarak kabul etmektedir¹⁰⁶. Özellikle Avrupa Konseyi tarafından çalışma alanına ilişkin yapılan düzenlemeler Avrupa Birliği İş Hukuku'nun şekillenmesinde önemli bir yere sahiptir¹⁰⁷. Ancak bunlar dışında, Avrupa Birliği'nin temelini oluşturan Roma Antlaşmasının 117'nci maddesi, iş güvencesi açısından da önemli bir yere sahiptir. Bahsi geçen maddeyle, üye devletlere işçilerin hayat ve çalışma şartlarının düzeltilmesi hususunda yükümlülükler öngörülmüştür¹⁰⁸.

Avrupa Birliği tarafından yapılan ve çalışma alanına ilişkin önemli hükümler içeren bir diğer düzenleme ise 19 Şubat 1975 tarihli Toplu İşçi Çıkarma Konusunda Üye Devletlerin Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına İlişkin Yönerge'dir. Bahsi geçen Yönerge'de hangi durumların toplu işçi çıkarma sayılacağına ve toplu işçi çıkarma durumunda feshin ne zaman hüküm doğuracağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca Yönerge'ye göre, işverenin toplu işçi çıkarmadan önce idari makamları ve çalışanları bu hususta bilgilendirmesi gerekmektedir¹⁰⁹.

İş güvencesiyle ilgili Avrupa Birliği normlarına ilişkin son düzenleme ise 2000 yılı Aralık ayında Nice zirvesinde onaylanan Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'dir. Bildirge'nin 30'uncu maddesinde "*Haksız İşten Çıkarmaya Karşı Koruma*" başlığı altında şu düzenlemeye yer verilmiştir: "*Her işçi, Topluluk hukuku ve ulusal yasalar ile uygulamalara göre haksız işten çıkarmaya karşı korunma*

¹⁰⁵ RG., 09.04.2007, 26488.

¹⁰⁶ DEMİR, s. 7.

¹⁰⁷ NARTER, s. 22 vd.

¹⁰⁸ AKTUĞ, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, ET.: 22.12.2017.

¹⁰⁹ SERDAN, s.19, 20; NARTER, s. 23.

hakına sahiptir”¹¹⁰. Ayrıca yine Bildirge’de geniş anlamda iş güvencesine ilişkin birçok hüküm de yer almaktadır¹¹¹.

1.2. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 Sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi

İş güvencesine ilişkin uluslararası alandaki en ayrıntılı düzenlemeler UÇÖ.’nün 158 sayılı Sözleşmesi’nde yer almaktadır. Bu sebeple bahsi geçen Sözleşme’yi ayrı bir başlık altında incelemekte yarar vardır. Ancak Sözleşme’yi incelemeden önce UÇÖ.’nün tarihçesine, görevi ve hedeflerine kısaca değinmek gerekir.

Uluslararası Çalışma Örgütü, 1919 yılında Birinci Dünya Savaşı’na son veren Versay Barış Antlaşması ile kurulmuş, uluslararası alanda faaliyet gösteren bir Birleşmiş Milletler uzmanlık kuruluşudur. Kuruluşun temel amacı, sözleşmeler ve tavsiye kararları ile çalışma yaşamında üye ülkelerce uygulanacak asgari bir standart belirlemektir¹¹². Nitekim UÇÖ. Anayasası’nın 19’uncu maddesinin 8’inci fıkrasına göre; üye ülkelerin kendi mevzuatlarında UÇÖ. sözleşme ve tavsiye kararlarında öngörülen asgari düzenlemelerden daha uygun koşullar sağlayan bir düzenleme mevcutsa, bu düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. UÇÖ.’ye üye 186 devlet bulunmaktadır ve UÇÖ.’nün merkezi İsviçre’nin Cenevre kentindedir. Türkiye ise 1932 yılında UÇÖ.’ye üye olmuştur¹¹³.

Uluslararası Çalışma Örgütü, çalışma barışının refah açısından vazgeçilmez bir yere sahip olduğu misyonunu benimsemektedir. Bu nedenle sosyal adaleti sağlamayı, uluslararası alanda insan emek ve haklarını korumayı temel amaç edinmiştir. Günümüzde UÇÖ., işçi ve işverenler arasında kalıcı bir barış sağlamak, insan

¹¹⁰ GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 17; KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 6; BİLGİLİ, İş Güvencesi, s. 4; NARTER, s. 24.

¹¹¹ NARTER, s. 24.

¹¹² NARTER, s. 16, 17.

¹¹³ Türkiye’deki ilk UÇÖ. Ofisi 1952 yılında İstanbul’da “Yakın ve Orta Doğu İnsan Gücü Saha Ofisi” adı altında açılmıştır. “UÇÖ. Ankara Ofisi” ise 1976 yılında açılmıştır. Ankara Oran’da bulunan Ofis “UÇÖ. Türkiye Ofisi” olarak faaliyet sürdürmektedir, Bkz., <http://www.ilo.org/ankara/about-us/lang--tr/index.htm>, ET.: 24.12.2017.

onuruna yaraşır çalışma koşullarını etkin kılmak amacıyla çalışmalar yapmaktadır¹¹⁴. UÇÖ.’nün dört stratejik hedefi bulunmaktadır:

“1. Çalışma yaşamında standartların, temel ilkelerin ve hakların yaygınlaştırılması ve yaşama geçirilmesi,

2. Kadınların ve erkeklerin insana yakışır işlerde çalışıp insana yakışır kazanç sağlayabilmeleri için gerekli fırsatların artırılması,

3. Herkes için sosyal korumanın kapsamının genişletilmesi ve etkililiğinin artırılması,

4. Üç taraflılığın ve sosyal diyalogun güçlendirilmesi”¹¹⁵.

Uluslararası Çalışma Örgütü, üçlü yapı ve sosyal diyalog ekseninde çalışmalarını yürütür. Bu sebeple UÇÖ.’nün çalışma biçimini belirleyen en önemli etken; hükümet, işçi ve işveren kuruluşları arasındaki işbirliğidir. Taraflar eşit söz hakkına sahiptir.

Uluslararası Çalışma Örgütü, kurulduğu tarihten beri çalışma yaşamına ilişkin standartlar sağlamak amacıyla 150’den fazla sözleşme çıkarmıştır. Bu sözleşmeler üye devletler açısından bağlayıcılık içermektedir. Yine bu sözleşmeler doğrultusunda üye devletlerin iç mevzuatlarında düzenleme yapıp yapmadıklarını denetleme yetkisi de UÇÖ.’ye aittir. Tavsiye kararlarının ise herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Nitekim tavsiye kararları yol gösterici niteliktedir. Türkiye, sözleşmelerden 59’unu onaylamıştır. Onaylanan sözleşmelerden 55’i ise halen yürürlüktedir. Türkiye, UÇÖ. sözleşmelerinden 4’üne karşı çıkmıştır. Geçtiğimiz 12 ay içerisinde onaylanan sözleşme ise bulunmamaktadır¹¹⁶.

Konumuz bakımından önem arz eden husus 158 sayılı “Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi”dir. 158 sayılı Sözleşme, UÇÖ. tarafından 02 Haziran 1982 tarihinde kabul edilmiştir. Ayrıca 158 sayılı Sözleşme ile birlikte 166 sayılı “İşten

¹¹⁴ Bkz., http://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_372872/lang--tr/index.htm, ET.: 24.12.2017.

¹¹⁵ Bkz., http://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_372872/lang--tr/index.htm, ET.: 24.12.2017.

¹¹⁶ Bkz., <http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>, ET.: 24.12.2017.

Çıkarma Hakkında Tavsiye Kararı” da kabul edilmiştir. Türkiye ise 158 sayılı Sözleşme’yi 09 Haziran 1994 tarihinde 3999 sayılı Kanun¹¹⁷ ile onaylamıştır.

158 sayılı Sözleşme’nin en önemli özelliği esnek düzenlemeler içermesidir. Bu düzenlemelerle birlikte yükümlülük altına giren üye devletlere birden fazla seçenek sunulmakta, üye devletler ise dilediği seçeneğe uygun bir düzenlemeyi iç mevzuatlarında uygulama imkânına sahip olmaktadır.

Sözleşme’nin 1’inci maddesinde uygulama metodu düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşme hükümleri, toplu iş sözleşmeleri, hakem veya mahkeme kararları ya da ulusal düzenlemelere uygun başka bir yöntemle geçerlilik kazanamadığı takdirde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuat ile sağlanacaktır. Maddeye göre; sözleşme hükümlerinin geçerlilik kazanması öncelikle toplu iş sözleşmeleri, hakem veya mahkeme kararlarına ya da ulusal düzenlemelere uygun başka bir yöntemle bırakılmıştır. Şayet bu yöntemlerle geçerlilik sağlanamazsa, yasama yoluna başvurulacaktır¹¹⁸. 166 sayılı Tavsiye Kararı ise önceliği yasal düzenlemelere vermiştir.

Sözleşme’nin 2’nci maddesinde ise uygulama alanına değinilmiştir. Buna göre; ekonomik faaliyet alanı ne olursa olsun hizmet sözleşmesi ile istihdam olunan herkes bakımından Sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla faaliyet alanı bakımından herhangi bir kısıtlamaya gidilmemiştir. Ancak maddenin devamındaki fıkralarda uygulama alanı bakımından bazı istisnalara gidilebileceği düzenlemiştir. Buna göre; belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler, süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş deneme süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar veya süresiz hizmet ilişkisi içinde çalışan işçiler, Sözleşme hükümlerinin tamamı ya da bir kısmının uygulama alanı dışında bırakılabilir. Bu konuda üye devletlere bir esneklik tanınmıştır. Ancak Sözleşme hükümlerinden yararlanılmasını engellemek maksadıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılması halinde, buna ilişkin

¹¹⁷ RG., 18.06.1994, 21964.

¹¹⁸ NARTER, s. 18, 19.

koruyucu tedbirlerin alınması gerektiği de yine 2'nci maddede hüküm altına alınmıştır¹¹⁹.

2'nci maddede; en az bu Sözleşme'dekilere eş değer güvenceler sağlanan çalışanlar ile işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, hizmet sözleşmesiyle istihdam olunan çalışanlardan sınırlı bir kategorinin, gerektiğinde yetkili makam, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bir kısmının kapsamı dışında bırakılabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşme'deki en önemli düzenlemelerden biri 4'üncü maddede yer almaktadır. Nitekim 4'üncü madde, doğrudan iş sözleşmesinin feshini sınırlandıran bir düzenleme ihtiva etmektedir. Maddeye göre; hizmet ilişkisine son verilebilmesi için işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne ya da işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeninin varlığı şarttır.

Maddede “geçerli neden” kavramının tanımına yer verilmemiştir. Yine hangi nedenlerin geçerli neden teşkil edeceğine de değinilmemiştir. Ancak 5'inci ve 6'ncı maddelerde hangi nedenlerin geçerli neden sayılamayacağı örnekseme suretiyle sayılmıştır. Bu düzenlemelere göre; sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma, işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak, işvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, doğum izni esnasında işe gelmeme ile hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık, fesih için geçerli neden sayılmayacaktır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu nedenler sınırlı sayıda değildir¹²⁰. Yukarıda sayılan nedenler dışında bir nedenin de geçerli neden teşkil

¹¹⁹ KUTAL, Metin (2011), İş Güvencesi ile İlgili ILO Normları ve Türk Mevzuatının Durumu, İÜİFM., C.46, S.0, s. 25, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/8430>, ET.: 26.12.2017; KAYA, <https://www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil=2001>, ET.: 26.12.2017.

¹²⁰ KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 6 vd.; TULUKCU, s. 62; NARTER, s. 18.

etmeyebileceğini, her somut olay bakımından “geçerli neden” kavramının ayrıca ele alınması gerektiğini söylemek mümkündür. Nitekim 166 sayılı Tavsiye Kararı’nda da; yaş, geçici süreli askerlik hizmeti ve kamu hizmeti nedeniyle geçici olarak işe gelmeme gibi durumların fesih için geçerli neden sayılmayacağı belirtilmiştir¹²¹.

Sözleşme’nin 7’nci maddesinde, iş ilişkisinin sona erdirilmesinde uygulanacak usul düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde işverenin, işçiye önceden kendini savunma imkânı vermesi gerekir. Dolayısıyla bir işçinin iş sözleşmesi savunma imkânı tanınmaksızın, işçinin verimi ve tutumu nedeniyle sona erdirilemeyecektir. Ancak makul ölçülere göre işverenden savunma imkânı tanınması beklenemeyecek hallerde bu hüküm uygulama alanı bulmaz. Örneğin, iş sözleşmesinin feshine yol açan ve işçiden kaynaklanan davranış önemli ölçüde ağırsa (hırsızlık veya işverene fiziksel şiddet uygulama gibi) ve iş ilişkisini sürdürmesi artık işverenden beklenemeyecek boyuttaysa, işverenin işçiye savunma hakkı tanınmasına gerek yoktur¹²². Yine savunma alma zorunluluğu yalnızca işçiden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde söz konusudur. Bunun dışında işin yürütümü ya da işyeri gerekleri sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hali söz konusu ise işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur¹²³.

Sözleşme’nin 8’inci maddesinde ise iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilmesine karşı itiraz usulü düzenlenmiştir. Buna göre; geçerli bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin sona erdirildiğini düşünen işçi, “*makul bir süre içerisinde*” mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde son vermeye karşı itirazda bulunma hakkına sahiptir. Maddede, “*makul süre*” kavramından ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. Buna göre “*makul süre*” kavramı, her ülkenin iç mevzuatında belirli bir süre olarak düzenlenebileceği gibi, bu kavramın içinin doldurulması yargı organına da bırakılabilir¹²⁴.

¹²¹ AĞER, s. 20.

¹²² KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 7, 8.

¹²³ KUTAL, s. 26, 27, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/8430>, ET.: 26.12.2017.

¹²⁴ TULUKCU, s. 63.

Yine 8'inci maddeye göre; iş sözleşmesini sona erdiren nedenin geçerli bir neden teşkil edip etmediğini incelemeye yetkili merci, her şeyden önce tarafsız olmalıdır. Bu merci, mahkeme olabileceği gibi, hakem kurulu veya hakem de olabilir. 8'inci maddede düzenlenen merciler sınırlı sayıda değildir. Dolayısıyla her ülke, ulusal mevzuatında bu konuda tarafsız bir mercii yetkili kılabilir.

Sözleşme'nin 9'uncu maddesinde; ulusal mevzuatla yetkili kılınan mercilerin, son verme nedenlerini ve davayla ilgili diğer vakaları inceleme ve son vermenin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığına dair bir karar verme konusunda yetkili oldukları belirtilmiştir¹²⁵.

Yine 9'uncu maddede, ispat yükü bakımından da ikili bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre; üye devletler ulusal mevzuatlarında aşağıdaki seçeneklerden birini veya her ikisini sağlamalıdır:

“1. İş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuran geçerli bir nedenin bulunduğunu ispat yükü işverene ait olmalıdır,

2. Üye ülkelerin ulusal mevzuatlarında yetkili kıldıkları merciler, taraflarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usuller çerçevesinde son verme nedeni üzerinde bir sonuca varmaya yetkili kılınmalıdırlar”¹²⁶.

Sözleşme'nin ispat konusunda temelde işçi lehine bir düzenlemeyi esas alarak üye ülkelere ikili bir seçenek sağladığını söylemek mümkündür.

Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde, ulusal mevzuatla yetkili kılınan merciiin son verme işleminin geçerli bir nedene dayanmadığına karar vermesi halinde, çözüm yöntemleri ve üye ülkelere tanınan seçenekler düzenlenmiştir. Bu konuda iç hukuk; dilerse yetkili kılınan mercie seçenekler tanıyabilir, dilerse de belirli bir çözüm yönteminin uygulanmasını benimseyebilir. Dolayısıyla yetkili merciler son vermenin geçersizliğine kanaat getirirlerse, son verme işleminin iptaline ve işçinin işe iadesine karar verebilecekleri gibi yeterli bir tazminat veya uygun görülen bir diğer telafi biçimini de kararlaştırabilirler. Bu konuda üye devletlere, iç mevzuatlarında

¹²⁵ TULUKCU, s. 64.

¹²⁶ KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 8.

diledikleri çözüm yöntemini belirleme yetkisi tanınmıştır. Sözleşme’ye göre mutlaka işçinin işe iadesini öngören bir düzenlemenin yapılması gerekmemektedir¹²⁷.

Sözleşme’nin 11’inci ve 12’nci maddelerinde “*geniş anlamda iş güvencesi*” olarak tanımladığımız ihbar süreleri, ihbar tazminatı, kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler ve gelirin korunmasına yönelik tedbirler yer almaktadır.

Sözleşme’nin 13 ve 14’üncü maddelerinde ise işverenin; ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzeri nedenlerle hizmet ilişkisine son vermeden önce durumu ilgili işçi temsilcilerine danışma ve yetkili makama bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Yine bu işlemin işçiler üzerindeki olumsuz etkilerini hafifletmek amacıyla işverenin, ilgili işçi temsilcilerine danışma fırsatı tanınması gerektiği de düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan prosedür ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerle toplu işçi çıkarmalarla ilgilidir¹²⁸.

Sonuç olarak, UÇÖ.’nün 158 sayılı Sözleşmesi’nde iş güvencesiyle ilgili; hizmet ilişkisine son verirken işverenlerin geçerli bir nedene dayanması, hangi nedenlerin geçerli neden sayılamayacağı, geçerli nedenin varlığının işverence ispat edileceği, işçiden kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesi sona erdirilmeden önce işçinin savunmasının alınması gerektiği, iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayanmadığını düşünen işçiye feshe itiraz hakkı tanınması gerektiği, geçerli bir neden olmaksızın yapılan feshin sonuçları ile işçinin işe iadesi veya tazminat ödenmesi gibi hususların düzenlendiğini söylemek mümkündür.

2. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERİN TÜRKİYE’DEKİ GELİŞİMİ

2.1. Genel Olarak

İş güvencesine ilişkin Türkiye’deki yasallaşma süreci oldukça geç başlamıştır. 4773 Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, yasalarımızda iş güvencesine yönelik temel düzenlemelerin var olduğunu söylemek mümkün değildir. Üstelik Türkiye, UÇÖ.’nün 158 sayılı Sözleşmesi’ni 09 Haziran 1994 tarihinde 3999 sayılı Kanun ile kabul etmesine rağmen, uzunca bir süre ulusal mevzuatımızda bu

¹²⁷ TULUKCU, s. 64.

¹²⁸ KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 8, 9.

konuya ilişkin bir düzenleme yapılmamıştı¹²⁹. Dolayısıyla işverenler herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın iş sözleşmesini serbestçe feshedebiliyordu.

Türkiye’de iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin gelişimi 1950’li yıllardan sonra ve özellikle 1961 Anayasası’nın sağladığı özgürlükçü ortam neticesinde mümkün olabilmiştir¹³⁰. Yine 1990’lı yıllarda ülkemiz, iş güvencesinin yoğun olarak tartışıldığı bir dönem geçirmiştir¹³¹.

Hukukumuzda “*geniş anlamda iş güvencesi*” olarak tabir ettiğimiz, işverenin fesih hakkına yasa ve sözleşmelerle yapılan tüm sınırlamaları kapsayan ve feshin sonuçlarını hafifleten önlemlere ilişkin düzenlemeler, 3008 sayılı İlk İş Kanunu¹³² döneminden beri mevcuttu. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesinden önce işveren tarafından işçiye ihbarda bulunulması, kıdem tazminatı, fesih hakkının kötüye kullanılmasının tazminat yaptırımına bağlanması gibi hususlar buna örnektir (3008 sayılı İşK. m.13). Ancak işverenin fesih hakkını sınırlandıran düzenlemeler, hukukumuzda ilk defa 4773 sayılı Kanun ile girmiştir.

4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki düzenlemelere geçmeden önce iş güvencesi ve çalışma yaşamına ilişkin hükümlerin Türkiye’deki gelişimine, Anayasal hükümler ve diğer İş Kanunlarımız bağlamında ayrı ayrı değinmek gerekir.

Anayasalarımızda iş güvencesine ilişkin doğrudan hükümler bulunmamakla birlikte, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarında çalışma yaşamını düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. İlk Anayasa olarak kabul edilen 23 Aralık 1876 tarihli Kanun-u Esasî’nin 24’üncü maddesinde yer alan “*savaş hali dışında angarya yasağı*” hükmü ise çalışma yaşamına ilişkin düzenleme ihtiva eden tek hükümdür¹³³.

¹²⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 166

¹³⁰ KURT/KOÇ, s. 240.

¹³¹ ÇELİK, Aziz (2003), Yeni İş Yasasının Anlamı, TBBD., S.48, s. 42 vd.

¹³² RG., 15.06.1936, 3330.

¹³³ 23.12.1876 Tarihli Kanun-u Esasî m.24: “*Müsadere ve angarya ve cerime memnudur. Fakat muharebe esnasında usulen tâyin olunacak tekâlif ve ahval bundan müstesnadır*”, Bkz., <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>, ET.: 05.01.2018.

1921 Anayasası'nda¹³⁴ çalışma yaşamına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 1924 Anayasası'nın¹³⁵ 73'üncü maddesinde ise yine “*angarya yasağı*” vurgulanmış, ayrıca 74'üncü maddesinin son fıkrasında “*olağanüstü hallerde kanun ile öngörülecek çalışmaya ilişkin yükümlülükler dışında hiç kimsenin çalışmaya zorlanamayacağı*” hüküm altına alınmıştır. Ancak “*sosyal hukuk devleti*” ilkesine 1924 Anayasası'nda da değinilmemiştir¹³⁶.

En özgürlükçü Anayasa olarak bilinen 1961 Anayasası'nda ise çalışma yaşamına ilişkin birçok düzenleme yer almıştır. Dar anlamda iş güvencesi kapsamında doğrudan bir hükme yer verilmeyen 1961 Anayasası'nda, geniş anlamda iş güvencesi olarak tabir ettiğimiz koruyucu hükümlerin ise çerçevesi çizilmiştir. 1961 Anayasası'nın “*Cumhuriyetin Nitelikleri*” başlıklı 2'nci maddesinde ilk kez, Türkiye Cumhuriyeti'nin “*sosyal bir hukuk devleti*” olduğu vurgulanmıştır. Yine 40'ıncı maddede herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, bu hürriyetlerin ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu ve devletin özel teşebbüslere ilişkin birtakım tedbirleri alması gerektiği düzenlenmiştir. “*İktisadi ve Sosyal Hayatın Düzeni*” başlıklı 41'inci maddede ise iktisadi ve sosyal hayatın, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insan haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlaması esasına göre düzenlenmesi gerektiği, bu konuda devlete birtakım ödevler düştüğü hüküm altına alınmıştır.

1961 Anayasası'nın çalışma yaşamına ilişkin düzenlemeleri bunlarla sınırlı değildir. Nitekim “*Çalışma İle İlgili Hükümler*” başlığı altında çalışmanın herkes için bir hak ve aynı zamanda ödev olduğu (m.42); devletin, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için, sosyal, iktisadi ve mali tedbirlerle birlikte çalışanları korumaya, desteklemeye ve işsizliği önlemeye ilişkin tedbirleri alması gerektiği (m.42); angaryanın yasaklandığı (m.42); hiç kimsenin, yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir işte çalıştırılmayacağı, çocuklar, gençler ve kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunması gerektiği

¹³⁴ RG., 07.02.1921, 1.

¹³⁵ RG., 24.05.1924, 71.

¹³⁶ SÜZEK, s. 52 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CABOLAT, s. 32.

(m.43); dinlenme hakkı (m.44); adaletli bir ücret elde etmek için gereken tedbirlerin alınması gerektiği (m.45); sendika kurma (m.46); toplu sözleşme ve grev hakkı (m.47) düzenlenmiştir.

Son olarak 1982 Anayasası'nın¹³⁷ çalışma yaşamına ilişkin düzenlemelerine değinmek gerekir. 1982 Anayasası'nın da 2'nci maddesinde “*sosyal devlet ilkesi*” vurgulanmıştır¹³⁸. Yine 5'inci maddede ise sosyal devlet ilkesi daha ayrıntılı açıklanmış ve devletin temel amaç ve görevlerinin, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de sosyal devletin amacı, herkesin insan onuruna yakışır bir yaşam standardında yaşamasını sağlamaktır¹³⁹.

Anayasa'nın “*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*” başlıklı 48'inci maddesinde herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan “*sözleşme hürriyeti*” kavramı, aynı zamanda bir sözleşmeyi sona erdirmeye hürriyetini de kapsar. Dolayısıyla işverenin fesih hakkının, Anayasa'nın 48'inci maddesinin 1'inci fıkrasına dayandığını söylemek mümkündür. Ancak aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise devlet tarafından, özel girişimlerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içerisinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır. Yine Anayasa'nın 49'uncu maddesinde; çalışmanın herkesin hakkı ve aynı zamanda ödevi olduğu, devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmeye, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumaya, çalışmayı desteklemeye, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmaya ve çalışma

¹³⁷ RG., 09.11.1982, 17863 (Mükerrer).

¹³⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 8.

¹³⁹ SÜZEK, s. 52, 53; Anayasa Mahkemesi sosyal hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır: “... insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirerek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gerekli önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir.”, Bkz., AYM., 19.06.2008, 2006/101, 2008/126, RG., 19.11.2008, 27059, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 06.01.2018.

barışını sağlamaya yönelik gerekli tedbirleri alması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler aynı zamanda iş güvencesine ilişkin hükümlerin de anayasal dayanağını oluşturmaktadır¹⁴⁰.

Ayrıca 1982 Anayasası'nda çalışma şartları (m.50), dinlenme (m.50), sendika kurma (m.51), sendikal faaliyette bulunma (m.52), toplu iş sözleşmesi yapma (m.53), grev ve lokavt (m.54) hakları ile ücrette adaletin sağlanmasına (m.55) yönelik hükümler de yer almaktadır¹⁴¹.

Özetle, “*dar anlamda iş güvencesi*” olarak da adlandırdığımız, işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin Anayasalarımızda doğrudan yer almadığını; fakat çalışma yaşamını düzenlemeye yönelik maddelerle iş güvencesi konusunda elverişli bir ortam yaratıldığını söyleyebiliriz.

Türkiye’de işçi ve işverenler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilk kanun ise 3008 sayılı İş Kanunu’dur¹⁴². Cumhuriyetin ilânından sonra Türkiye’nin hızlı bir şekilde sanayileşme ve normalleşme sürecine girmesi, çalışma yaşamındaki genel ilişkileri düzenleyecek ve devletçilik ilkesine uygun çalışma düzeni kuracak bir kanunun hazırlanmasını zorunlu kılmıştır¹⁴³. Nitekim daha önce çıkarılan Borçlar Kanunu, çalışma hayatına ilişkin hükümleri kapsasa bile temelde sözleşme serbestisine dayandığından, işçi ve işveren ilişkileri açısından yetersiz görülüyordu¹⁴⁴. Bu sebeple de 3008 sayılı İş Kanunu 15 Haziran 1937 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Otuz yılı aşkın bir süre yürürlükte kalan 3008 sayılı İş Kanunu’nun en önemli özelliği; işçileri, “*beden işçisi*” ve “*fikir işçisi*” şeklinde bir ayrıma tabi tutmasıdır¹⁴⁵.

¹⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 8, 9; NARTER, s. 25, 26.

¹⁴¹ NARTER, s. 25, 26.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz., GÜZEL, Ali (1986), 3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri, SSKD., S.35-36, s.165 vd., <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/9756>, ET.: 06.01.2018.

¹⁴³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 10, 11.

¹⁴⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 10, 11.

¹⁴⁵ Bu ayrım neticesinde “*fikir işçileri*” 3008 sayılı İş Kanunu’nun uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Yine Kanun’un yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde onun altında işçi çalıştıran işyerleri de kapsam dışında bırakılmıştır. Ayrıca 3008 sayılı İş Kanunu ile grev ve lokavt yasaklanmış, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde de zorunlu tahkim sistemi öngörülmüştür; Ayrıntılı bilgi için bkz.; SÜZEK, s. 10; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 10, 11.

3008 sayılı İş Kanunu’nda “*dar anlamda iş güvencesi*” bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak “*geniş anlamda iş güvencesi*” olarak tabir ettiğimiz düzenlemelerin birçoğu 3008 sayılı İş Kanunu döneminden beri mevcuttur. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesinden önce işveren tarafından işçiye ihbarda bulunulması, kıdem tazminatı, fesih hakkının kötüye kullanılmasının tazminat yaptırımına bağlanması gibi hususlar buna örnektir (3008 sayılı İşK. m.13).

1951 yılında 3008 sayılı İş Kanunu, 5518 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve bu değişiklikle birlikte fesih bildirim süreleri iki katına çıkarılmıştır. Ayrıca yine bu değişiklikle birlikte toplu işçi çıkarmalarda, durumun bir ay öncesinden Çalışma Bakanlığı’na yazı ile bildirilmesi zorunluluğu, yeniden işe alma durumunda daha önce işten çıkarılan işçilere öncelik tanınması zorunluluğu ve “*müimessil işçi*” kurumu getirilmiştir¹⁴⁶. Tüm bu düzenlemeler, işverenin fesih hakkını sınırlandırmaya da feshin olumsuz sonuçlarını önemli ölçüde hafiflettiği için “*geniş anlamda iş güvencesi*” kapsamında değerlendirilebilir¹⁴⁷.

27 Mayıs 1960 askeri darbesinden sonra kurucu meclis tarafından hazırlanan 1960 Anayasası diğer Anayasalarımıza göre daha özgürlükçü düzenlemeler içerdiğinden, Anayasa’da öngörülen bu düzenlemeler birçok hak ve özgürlüğün gelişimine de uygun bir zemin hazırlamıştır. Otuz yıla yakın bir süredir yürürlükte bulunan 3008 sayılı İş Kanunu da gelişen bu ortamda ihtiyaçlara cevap verememiştir. Bu sebeple meclis tarafından yeni bir İş Kanunu hazırlama çalışmaları başlatılmış ve 28 Temmuz 1967 tarihinde 931 sayılı İş Kanunu¹⁴⁸ kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Ancak bahsi geçen Kanun, şeklen Anayasa’ya aykırı bulunduğundan Kanun’un tümü, Anayasa Mahkemesi tarafından 14 Mayıs 1970 tarihinde iptal edilmiştir¹⁴⁹. Akabinde meclis tarafından bazı değişikliklerle 25 Ağustos 1971 tarihinde 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiş ve yürürlüğe konulmuştur.

¹⁴⁶ KOÇ, s. 35, 36.

¹⁴⁷ KOÇ, s. 33 vd.

¹⁴⁸ RG., 12.08.1967, 12672.

¹⁴⁹ AYM., 14.05.1970, 1967/40, 1970/26, RG., 11.05.1971, 13833; İptal kararının 12 Kasım 1970 tarihinde yürürlüğe gireceği kararlaştırılmış ve bu tarihe kadar işçi ile işveren ilişkilerini düzenleyen herhangi bir kanun çıkarılamamıştır. Dolayısıyla öğreti ve uygulamada Kanun’un iptalinden doğan boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin tartışmalar başlamıştır.

1475 sayılı İş Kanunu ile geniş anlamda iş güvencesine ilişkin birçok düzenleme yapılmış ve sözleşmenin zayıf tarafı olan işçileri koruyucu önlemler alınmıştır. Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte; iş sözleşmelerinin feshinden belli bir süre önce işçiye bildirimde bulunma zorunluluğu (m.13), işletmelerin devri halinde iş sözleşmesinin devam edeceği (m.14), bazı hallerde iş sözleşmesinin askıda kalacağı (m.16/3, 17/1-3, 70), iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmesi halinde tazminat yaptırımı (m.13/son), kıdem tazminatı (m.14), iş sözleşmesi feshedilen işçinin yerine altı ay içerisinde yeni işçi alma yasağı (m.24), sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü (m.25) gibi düzenlemeler öngörülmüştür.

Bu düzenlemelerin birçoğu işçiyi korumaya yönelik düzenlemeler olsa da işverenin fesih hakkını sınırlandıran, fesih için geçerli bir sebep öngören düzenlemeler değildir. Dolayısıyla 1475 sayılı İş Kanunu'na göre işveren, iş sözleşmesini hiçbir neden göstermeksizin feshedebilecek ve herhangi bir sınırlamaya da bağlı kalmayacaktır¹⁵⁰. Kanun'da yer alan fesih bildirimine ilişkin düzenlemeler ise feshi engelleyici değil, yalnızca geciktirici niteliktedir¹⁵¹. Bu sebeple 1475 sayılı İş Kanunu'nun, 4773 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki halinde, işverenin fesih hakkının mutlak ve sınırsız olduğunu söylemek mümkündür¹⁵².

2.2. 4773 Sayılı Kanun

4773 sayılı Kanun'dan önce mevzuatımızda, işçiyi korumaya yönelik düzenlemeler mevcut olsa da işverenin fesih hakkını sınırlandıran, fesih için (makul, uygun, haklı, geçerli) bir neden öngören ve iş sözleşmesinin sürekliliğini sağlayan bir düzenleme mevcut değildir. Her ne kadar fesih için ihbar süreleri öngörülse de işveren, iş sözleşmesini feshederken herhangi bir neden bildirmek zorunda değildir. Bu tarz bir yaklaşımın ise işçiye etkin bir güvence sağladığı söylenemez. Nitekim böyle bir düzende işveren iş sözleşmesini, herhangi bir sınırlamaya bağlı kalmadan, bildirim sürelerine uymak koşuluyla rahatlıkla sona erdirebilir.

¹⁵⁰ KUTAL, İş Güvencesi Kavramı, s. 4, 5.

¹⁵¹ OPTUR, s. 51.

¹⁵² TAŞKENT, Feshe Karşı Korunması, s. 32, Aktaran: SERDAN, s. 35, dn. 87.

Mevcut mevzuatımızın iş güvencesini sağlama noktasında yetersiz kalması ve ülkemizin UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'ni onaylayarak iş güvencesine ilişkin ulusal düzenlemeleri yapma noktasında yükümlülük altına girmiş olması, 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinde etkili olmuştur.

Hukukumuzda 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce, dar anlamda iş güvencesi olarak tabir ettiğimiz tek düzenleme, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun¹⁵³ 30'uncu maddesidir. Ancak bahsi geçen maddede de yalnızca “*işyeri sendika temsilcileri*” bakımından bir iş güvencesi öngörülmüştür. Maddede işverenin, haklı bir sebep olmadıkça ve sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtmedikçe işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini feshedemeyeceği düzenlenmiştir. 4773 sayılı Kanun'dan önce bu düzenleme dışında, mevzuatımızda dar anlamda iş güvencesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Aynı durum 818 sayılı Borçlar Kanunu¹⁵⁴, Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu¹⁵⁵ bakımından da söz konusuydu. Dolayısıyla 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce bütün İş Kanunları bakımından işverenin fesih serbestisinden söz etmek mümkündür¹⁵⁶.

4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce hukukumuzda iş güvencesi ile ilgili 1979, 1982 ve 1992 yıllarında üç adet kanun taslağı hazırlanmıştır. Bu taslakların hazırlanmasındaki temel fikir, mevzuatımızda işçileri feshe karşı korumaya yönelik yeterli önlemlerin bulunmamasıdır. Özellikle akademik çevreler bu soruna vurgu yapmış ve iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemelerin yapılmasını öteden beri savunmuşlardır¹⁵⁷.

¹⁵³ RG., 07.05.1983, 18040.

¹⁵⁴ RG., 29.04.1926, 359.

¹⁵⁵ RG., 29.04.1967, 12586.

¹⁵⁶ KURT/KOÇ, s. 240.

¹⁵⁷ AKTUĞ, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, ET.: 19.01.2018; NARTER, s. 31 vd.; TULUKCU, s. 92 vd.

Bu konudaki ilk çalışma, 1979 yılında Bahir ERSOY'un Çalışma Bakanlığı yaptığı dönemde hazırlanan Kanun Taslağı'dır. Ancak bu Taslak kanunlaşamamıştır¹⁵⁸.

1982 yılında Prof. Dr. Turhan ESENER'in Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yaptığı dönemde iş güvencesine ilişkin bir Taslak daha hazırlanmıştır. Taslak, 158 sayılı Sözleşme'nin UÇÖ. tarafından kabul edilmesinden hemen sonra hazırlanmış ve işverenin “*yeterli fesih sebebini*” göstermediği hallerde, feshin geçersiz sayılacağını öngörmüştür. Ancak bu Taslak da kanunlaşamamıştır¹⁵⁹.

1992 yılında Mehmet MOĞULTAY'ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yaptığı dönemde, iş güvencesine ilişkin bir kanun taslağı daha hazırlanmıştır. Taslak, Bakanlar Kurulu tarafından TBMM.'ye sunulmuş ve tasarı halini almıştır¹⁶⁰. Bu Tasarı, işçiye geniş haklar tanıdığı ve işveren çevresinin büyük tepkisiyle karşılaştığı için kanunlaşamamıştır¹⁶¹.

Tüm bu kanun taslaklarından sonra, yine Mehmet MOĞULTAY'ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı döneminde Türkiye UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'ni onaylamıştır. TBMM. tarafından 09 Haziran 1994 tarihinde 3999 sayılı Kanun ile kabul edilen yetki kanununa istinaden Bakanlar Kurulu 10 Ağustos 1994 tarihinde

¹⁵⁸ KOÇ, Yıldırım (2001), İş Güvencesi Yasa Tasarıları (1979-2001), Mülkiye Dergisi, C.25, S.228, s. 151 vd.; AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 19.01.2018; KURT/KOÇ, s. 242; TULUKCU, s. 92, 93; YAVUZ, Aslı, s. 31.

¹⁵⁹ AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 19.01.2018; KURT/KOÇ, s. 243; YAVUZ, Aslı, s. 31.

¹⁶⁰ AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 20.01.2018, Tasarının gerekçesinde İş Kanunu'na ilişkin mevcut hükümlerin iş güvencesi açısından yetersizliğine dikkat çekilerek; Uluslararası birçok metinde ve Batı Ülkeleri'nde işçiyi feshe karşı koruyan etkin düzenlemelerin bulunduğu, ayrıca sınırsız bir fesih hakkının Anayasa'nın 49'uncu maddesi ile Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan “*sosyal devlet*” ilkesiyle de bağdaşmayacağı belirtilmiştir; KOÇ, Yıldırım, s. 151 vd., Tasarı'da 1475 sayılı İşK. m.13, 17, 24 ve 98 ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda yer alan 29, 30, 31 ve 59'uncu maddelerin yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür. Böylelikle UÇÖ. tarafından kabul edilen 158 sayılı Sözleşme'deki esaslara uygun bir iş güvencesi sisteminin ilk kez ulusal mevzuatımıza getirilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca bu Tasarı'da toplu işçi çıkarmalarda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'nden izin alma zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu Tasarı, işçi lehine UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nde öngörülen düzenlemelerden daha ileri bir düzenleme içerdiğinden, özellikle işveren çevreleri tarafından büyük tepki toplamıştır.

¹⁶¹ KOÇ, Yıldırım, s. 151 vd., Yazara göre, Taslak'ta yer alan “*haklı sebep*” kavramı büyük bir yanlışlıktı; çünkü UÇÖ. dahi 158 sayılı Sözleşmesi'nde “*haklı sebep*” değil, “*geçerli sebep*” arıyordu.

Sözleşme'yi onaylamıştır¹⁶². Ancak onaylamanın üzerinden uzun bir süre geçmesine rağmen Türkiye ulusal mevzuatında iş güvencesine ilişkin herhangi bir düzenleme yapmadığından; TÜRK-İŞ. tarafından iki kez UÇÖ.'ye şikayet edilmiş ve ikinci şikayet neticesinde, gerekli tedbirleri en kısa sürede alması ve iç mevzuatta iş güvencesine ilişkin düzenlemeleri yapması, yine UÇÖ. tarafından ülkemizden talep edilmiştir¹⁶³.

2000 yılında Yaşar OKUYAN'ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yaptığı dönemde, iş güvencesine ilişkin yeni bir kanun taslağı hazırlanmıştır. 19 Eylül 2000 tarihli bu Taslak, Bakanlar Kurulu'na gönderilmiştir. Bu Taslak doktrinde, iş güvencesi noktasında UÇÖ. normlarına uygun düzenlemeler içermediği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶⁴. Yine işveren çevrelerinden gelen tepkiler ve özellikle Taslak'ın yasalaşması halinde Türk ekonomisine darbe vuracağı yönündeki haksız eleştiriler de dikkate alınarak Taslak TBMM.'ye sevk edilmemiştir¹⁶⁵.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin kabulüyle birlikte Türkiye'nin iş güvencesine ilişkin ulusal düzenlemeleri yapma noktasında yükümlülük altına girmesi ve bu yükümlülüğü uzun süre ertelediğinden UÇÖ.'ye şikayet edilmesi kamuoyunun da gündeminden düşmemiştir. Bu sebeple 2001 yılında da iş güvencesine ilişkin tartışmalar devam etmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından konuyu ele almaları için 07 Şubat 2001 tarihinde dokuz kişilik bir Bilim Komisyonu oluşturulmuştur¹⁶⁶.

¹⁶² RG., 12.10.1994, 22079; ÇELİK, Aziz, s. 43, 44.

¹⁶³ KOÇ, Yıldırım, s. 151 vd.

¹⁶⁴ AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 20.01.2018; KOÇ, Yıldırım, s. 151 vd.; Yazarlara göre Taslak, iş ilişkisinin sona erdirilmesinde sebep gösterme ve bu sebebi ispat etme yükümlülüğü veya tek başına haklı nedene dayalı bir fesih sistemi öngörmemektedir. Ayrıca 158 sayılı Sözleşme'de bütün işçileri kapsayan bir iş güvencesi kurumu söz konusu iken, Taslak yalnızca, İş Kanunu kapsamında çalışan işçilere yönelik düzenlemeleri içermektedir. Yine Taslak, feshe karşı korunmaya yönelik olarak Türk iş yargısında yeniden bir yapılanma getirmemiştir.

¹⁶⁵ AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 20.01.2018; KAYA, <http://www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil=2001>, ET.: 21.01.2018; KOÇ, Yıldırım, s. 151 vd.; TULUKCU, s. 94; OPTUR, s. 52; KURT/KOÇ, s. 243; TUNCAY, s. 3 vd.

¹⁶⁶ Bilim Komisyonu'nun üyeleri akademisyenlerden oluşturulmuş ve her kanadı temsil etmek adına üç akademisyen görevlendirilmiştir. Bilim Komisyonu'nda; hükümeti temsilen Prof. Dr. Metin KUTAL (Komisyon Başkanı), Prof. Dr. Toker DERELİ ve Prof. Dr. Savaş TAŞKENT; işveren kanadını temsilen TİSK. ve TİSK.'i de temsilen Prof. Dr. Münir EKONOMİ, Prof. Dr. Teoman

Bilim Komisyonu’nca hazırlanan “1475 Sayılı İş Kanunu ile 2821 Sayılı Sendikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin (İş Güvencesi) Kanun Tasarısı” isimli Taslak, genel hatlarıyla UÇÖ.’nün 158 sayılı Sözleşmesi’ne uygundur¹⁶⁷.

Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan bu Taslak yalnızca işçi, işveren ve hükümet kanadının anlaşması sonucunu doğurmamış; aynı zamanda UÇÖ. tarafından da onay almış ve yine UÇÖ. tarafından Taslak’ın en kısa sürede kanunlaşması temenni edilmiştir¹⁶⁸. Doktrinde, Taslak’ın kanunlaşması halinde keyfi işten çıkarmaların önemli ölçüde azalacağına dair yorumlar yapılmıştır¹⁶⁹.

Son olarak 2001 yılında Yaşar OKUYAN’ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yaptığı dönemde Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan metinde birkaç değişiklik yapılarak ve özellikle kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler çıkarılarak Taslak son halini almıştır. Taslak, 28 Mayıs 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu’na sunulmuş ve uzun süre Başbakanlık’ta bekletildikten sonra 14 Şubat 2002 tarihinde “İş Kanunu ile Sendikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı (İş Güvencesi - Tarım ve Orman İşçilerinin Kapsama Alınması)” adıyla TBMM.’ye gönderilerek tasarı halini almıştır. Tasarı, 09 Ağustos 2002 tarihinde TBMM.’de kabul edilerek kanunlaşmış ve 15 Ağustos 2002 tarihinde de Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Böylelikle dar anlamda iş güvencesine ilişkin ilk yasal düzenleme olarak kabul edilen 4773 sayılı “İş

AKÜNAL ve Prof. Dr. Algun ÇİFTER; işçi kanadını temsilen TÜRK-İŞ., DİSK. ve HAK-İŞ., TÜRK-İŞ.’i de temsilen Prof. Dr. Sarper SÜZEK, DİSK.’i temsilen Prof. Dr. Devrim ULUCAN ve HAK-İŞ.’i temsilen Prof. Dr. Öner EYRENCİ yer almıştır; Bkz.; **KURT/KOÇ**, s. 243, dn. 29; **ÇELİK**, Aziz, s. 45.

¹⁶⁷ **KURT/KOÇ**, s. 243; **YAVUZ**, Ashı, s. 37; **AKTUĞ**, http://www.turkhukusitesi.com/makale_103.htm, ET.: 21.01.2018.

¹⁶⁸ **KUTAL**, Metin (2001), İş Güvencesinde Çağdaş ve Dengeli Çözüm Arayışları Semineri (B.1), İstanbul, MESS Yayınları, s. 20 vd.; Bu Taslak’a yöneltilen en büyük eleştirilerden biri, yalnızca 1475 sayılı İş Kanunu’na tabi işçileri kapsam içine almasıdır. Dolayısıyla 1475 sayılı İşK. m.5’te sayılan istisnalar ile Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki gemi adamları ve gazeteciler iş güvencesinden yararlanamayacaklardır; Bkz.; **KOÇ**, Yıldırım, s. 151 vd.; **AKTUĞ**, http://www.turkhukusitesi.com/makale_103.htm, ET.: 21.01.2018.

¹⁶⁹ **KAYA**, Pir Ali (2002), Türkiye’de İş Güvencesi Sorunsalı ve Bilim Komisyonunun Hazırladığı Yasa Tasarısı Üzerine Düşünceler, İŞGÜÇ., C.4, S.2, <http://isguc.org/?p=makale&id=61&cilt=4&sayi=2&yil=2002>, ET.: 21.01.2018; **KOÇ**, Yıldırım, s. 158 vd., Yazar, akademisyenlerden oluşan Bilim Komisyonu’nu görev ve yetkisini aşarak yalnızca iş güvencesi ile ilgili değil, kıdem tazminatı ile ilgili düzenlemelere de Taslak’ta yer verdikleri gerekçesiyle eleştirmiştir.

Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” uzun bir mücadelenin sonucunda hukukumuzda girmiştir¹⁷⁰. Kanun’un yürürlük tarihi ise 15 Mart 2003 olarak kararlaştırılmıştır.

4773 sayılı Kanun, işçi kesimi tarafından “50 yıllık bir mücadelenin zaferi” olarak karşılanırken, işveren kesimi tarafından ise “seçim tavizi ve siyasi popülizm” olarak yorumlanmıştır¹⁷¹. Gerçekten de iş güvencesine ilişkin tartışmalar devam ederken, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından dokuz kişiden oluşan Bilim Komisyonu’na aynı zamanda yeni bir İş Kanunu taslağı hazırlama yetkisi de verilmiştir¹⁷². Bir yıl süren çalışmalar neticesinde Komisyon, hazırladığı metni Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na sunmuştur. Bakanlık da görüş bildirmeleri amacıyla bu metni sosyal taraflara göndermiş ve herkes bu metin üzerinde belirli düzenlemeler yaparak TBMM.’de yeni İş Kanunu Tasarısı’nın kanunlaşmasını beklerken, Temmuz 2002’de TBMM.’ye sunulan “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması İle Milletvekili Genel Seçimlerinin 3 Kasım 2002 Pazar Günü Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi” ile erken seçim kararı alınmıştır¹⁷³. Dolayısıyla 4773 sayılı Kanun’un apar topar kabul edilmesinin temel sebebi de seçim tavizi olarak yorumlanmıştır¹⁷⁴. Oysaki iş güvencesine ilişkin hükümleri bağımsız bir kanun ile düzenlemek yerine, yeni bir İş Kanunu içerisinde ve sistematik bir biçimde düzenlemek daha yerinde olurdu¹⁷⁵. Zaten bu sebeple 4773 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi de 15 Mart 2003 olarak kararlaştırılmıştır. Böylece yeni seçilecek Meclis’e, İş Kanunu Tasarısı’nı kanunlaştırabilmesi ve 4773 sayılı Kanun henüz yürürlüğe

¹⁷⁰ KOÇ, Yıldırım, s. 151 vd.; AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 21.01.2018; TUNCAY, s. 4.

¹⁷¹ AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 21.01.2018; KURT/KOÇ, s. 244, 245.

¹⁷² TUNCAY, s. 4.

¹⁷³ TUNCAY, s. 4.

¹⁷⁴ AKTUĞ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 21.01.2018; KURT/KOÇ, s. 243, 244; YAVUZ, Asli, s. 37, 38.

¹⁷⁵ KURT/KOÇ, s. 243.

girmeden iş güvencesi hükümlerini de içeren yeni İş Kanunu'nu yürürlüğe koyabilmesi amacıyla zaman tanınmıştır¹⁷⁶.

4773 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi her ne kadar 15 Mart 2003 olarak kararlaştırılsa da 03 Kasım 2002 seçimleri ile iktidara gelen yeni hükümet, yeni İş Kanunu Tasarısı'nı bu tarihe kadar meclisten geçirip yürürlüğe koyamamıştır. Bu sebeple yeni hükümet 4773 sayılı Kanun'un yürürlük tarihini 30 Haziran 2003 tarihine ertelemek istemiştir. Ancak ertelemeye ilişkin Kanun da Cumhurbaşkanı tarafından veto edilince 4773 sayılı Kanun 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷⁷. Bu sebeple, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar uygulama alanı bulan 4773 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu düzenlemelerden bahsetmek önem arz etmektedir.

İş güvencesiyle doğrudan bir ilgisi bulunmamakla birlikte 4773 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi, tarım ve orman işlerini 1475 sayılı İş Kanunu kapsamına almıştır. Aslında böyle bir düzenleme Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan metinde de bulunmamaktadır¹⁷⁸. 1'inci maddede hangi işlerin tarım işleri kapsamında değerlendirildiği tek tek sayılmış ve yine 11'inci maddede de 1475 sayılı İşK. m.5/1-2 hükmünün değiştirildiği ve *“50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım işlerinin yapıldığı iş yerlerinin”* kapsam dışı bırakıldığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla tarım işlerinde çalışan bir işçinin, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi için öncelikle 1475 sayılı İş Kanunu'na tabi olması, bunun için de en az 50 işçi çalıştıran bir işyerinde çalışıyor olması gerekir¹⁷⁹.

4773 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13'üncü maddesi değiştirilerek iş güvencesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre; on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili konumunda olmayan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilirse işveren, işçinin

¹⁷⁶ TUNCAY, s. 4.

¹⁷⁷ YAVUZ, Aslı, s. 38, 39; KURT/KOÇ, s. 244.

¹⁷⁸ TUNCAY, s. 4.

¹⁷⁹ AKTAY, Nizamettin (2003), 4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Kamu-İş, C.7, S.2, s. 4, 5; TUNCAY, s. 4.

yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Görüldüğü üzere Kanun, bütün işçileri iş güvencesi kapsamına almamış, iş güvencesinden yararlanabilmek için belli koşulların varlığını aramıştır. Yine aynı maddede, hangi hususların fesih için geçerli sebep oluşturmayacağı da sayılmıştır¹⁸⁰.

İşveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Ayrıca bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili sebeplerden ötürü feshedilecekse, işveren bakımından beklenemeyecek haller hariç olmak üzere işçinin hakkındaki iddialara karşı savunmasının alınması zorunludur. Elbette işverenin derhal fesih hakkının olduğu durumlarda bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.

4773 sayılı Kanun’da fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı hallerde iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminden kendisine tebliğinden itibaren bir ay içerisinde iş mahkemesinde feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin dava açabileceği düzenlenmiştir. Bu davada, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü ise işverene yüklenmiştir. Ayrıca yine toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlığın aynı süre içerisinde özel hakeme götürebileceği de düzenlenmiştir. Toplu iş sözleşmelerindeki tahkim kaydının, işçinin iş mahkemesinde dava açma hakkını engelleyeceği için uygulamada sorunlar yaratabileceği doktrinde ileri sürülmüştür¹⁸¹. Nitekim aynı hüküm¹⁸² daha sonra, 4857 sayılı İşK. m.20’ye de eklenmiş; fakat Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁸³.

¹⁸⁰ Buna göre şu hususlar fesih için geçerli sebep oluşturmaz; “a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, b) İşyeri sendika temsilciliği veya işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya temsilciliğe aday olmak, c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, e) 70 inci madde uyarınca kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, f) Hastalık veya kaza nedeniyle 17 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) fıkrasında öngörülen bekleme süresinde işe geçici olarak devam etmemek”.

¹⁸¹ TUNCAY, s. 9.

¹⁸² “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya ...”.

¹⁸³ AYM., 19.10.2005, 66/72, RG., 24.11.2007, 26710, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, ET.: 25.01.2018.

4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen m.13/D hükmünde ise geçersiz feshin sonuçları düzenlenmiştir. Maddeye göre; “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece 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 altı ay en çok bir yıllık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler”. Görüldüğü üzere doktrinde “iş güvencesi tazminatı” olarak adlandırılan ve işverenin işçiyi işe başlatmadığı takdirde ödemek zorunda olduğu tazminat miktarının, işçinin en az altı ay en çok da bir yıllık ücreti tutarında olacağı öngörülmüştür. Ayrıca işçiye, mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içerisinde en fazla dört aya kadar doğan ücret ve diğer haklarının ödeneceği de düzenlenmiştir. Yine maddenin devamında işçinin; kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren altı iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerektiği, bu süre içerisinde başvuruda bulunulmazsa işverence yapılan feshin geçerli bir fesih sayılacağı ve işverenin de yalnızca geçerli feshin hukuki sonuçlarından sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir¹⁸⁴. 4773 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle 1475 sayılı İş Kanunu’na eklenen m.13/D hükmünün son fıkrasında ise 1’inci, 2’nci ve 3’üncü fıkra düzenlenilen işe iade ve tazminat hükümlerinin, sözleşmelerle hiçbir surette değiştirilemeyeceği ve aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle iş güvencesine ilişkin bahsi geçen hükümlere mutlak emredici bir nitelik kazandırılmıştır.

4773 sayılı Kanun’un 2’nci maddesiyle 1475 sayılı İşK. m.13/E’ye eklenen hükümle ise, işe iade davası açan işçinin dava devam ederken yeni bir işe girmesi düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu § 12’nin aynen alınması suretiyle düzenlenmiştir¹⁸⁵.

¹⁸⁴ TUNCAY, s. 9, 10; AKTAY, s. 8, 9.

¹⁸⁵ Maddeye göre; “Hizmet akdi feshedilen işçi yeni bir işe girer ve mahkemece feshin geçersizliğine karar verilirse, önceki işine dönmek istemeyen işçi durumu altı iş günü içinde önceki işverene bildirir. Yazılı olarak yapılacak bu bildirim üzerine belirsiz süreli hizmet akdi işverence geçerli bir sebeple feshedilmiş gibi sayılır ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğar.”; TUNCAY, s. 13.

4773 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle, Basın İş Kanunu'nun 6'ncı maddesine de "1475 sayılı Kanunun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E ile 24 üncü maddeleri hükümleri kıyas yoluyla uygulanır" hükmü eklenerek, iş güvencesine ilişkin hükümlerin, Basın İş Kanunu kapsamında çalıştırılan gazeteciler bakımından da uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak Deniz İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla 4773 sayılı Kanun ile getirilen iş güvencesi hükümlerinden gemi adamlarının faydalanması mümkün değildir.

4773 sayılı Kanun'un 5'inci maddesiyle, toplu işçi çıkarmaya yönelik düzenlemeler de getirilmiştir. Nitekim 1475 sayılı İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 24'üncü maddesi, 1975 yılında 1927 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve toplu işçi çıkarma kurumu neredeyse sadece işçi çıkarmayı düzenleyen bir kurum haline dönüştürülmüştü. Bu sebeple toplu işçi çıkarma kurumu, 4773 sayılı Kanun ile birlikte UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'ne uygun ölçütlerde tamamen değiştirilmiştir¹⁸⁶.

4773 sayılı Kanun'un 8'inci maddesiyle, 1475 sayılı İş Kanunu'na geçici 13'üncü madde eklenerek; işyeri temsilcileri ile ilgili yeni bir düzenleme getirilinceye kadar, işyerinde sendika temsilcilerinin bulunmadığı hallerde, o işyerinde çalışan işçiler tarafından işçi temsilcileri seçilebileceği düzenlenmiştir.

¹⁸⁶ Maddeye göre; "İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu topluca veya bir ay içinde toplam en az on işçinin iş akdini feshetmek istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine veya işçi temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir."; **TUNCAY**, s. 14, 15, Maddede belirtilen on işçi kıstasının işletmeye tabi tüm işyerlerini mi yoksa ayrı ayrı her bir işyerini mi kapsayacağı açıklanmamıştır. Yazara göre, on işçi kıstası her işyeri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ayrıca toplu işçi çıkarma bildiriminde; işçi çıkarmanın sebepleri, çıkarılacak işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin de bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Bu bildirimden sonra temsilcilerle işveren arasında yapılacak görüşmelerde; toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesine ilişkin konuların ele alınacağı ve görüşmelerin sonunda toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenleneceği belirtilmiştir. Maddenin 4'üncü fıkrasında ise fesih bildiriminin, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracağı belirtilmiştir. Yine 5'inci fıkra, işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işverenin yalnızca durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumu'na bildirmek ve işyerinde ilân etmekle yükümlü olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu halde işçi temsilcileriyle görüşmeye gerek yoktur. Maddenin son fıkrasında ise işverenin, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümleri, geçerli sebeple yapılan fesihleri engellemek amacıyla kullanması halinde işçinin, sözü edilen hükümler çerçevesinde dava açabileceği düzenlenmiştir.

Ancak işyerinde işyeri temsilcilerinin seçilebilmesi için, sendika temsilcilerinin bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla bir işyerinde sendika temsilcisi varsa, işçi temsilcisi seçilemeyecektir¹⁸⁷.

Son olarak, 4773 sayılı Kanun’la birlikte Sendikalar Kanunu’nda sendikal güvenceler ile ilgili değişiklikler de öngörülmüştür. 4773 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesi ile Sendikalar Kanunu’nun 30’uncu maddesi tamamen değiştirilmiştir. Değişiklikten önceki düzenlemede işveren, işyeri sendika temsilcilerinin hizmet sözleşmelerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtmedikçe feshedemiyordu. Fesih halinde, temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde iş mahkemesinde dava açma hakkı bulunuyordu. Şayet mahkeme temsilcinin işine iade edilmesine karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün haklarının işveren tarafından ödeneceği öngörülmüştü. Yalnız bunun için işine iade kararı verilen işçinin, altı iş günü içerisinde işe başlaması gerekmekteydi. Ancak 4773 sayılı Kanun ile birlikte işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi, diğer işçilerin iş güvencesiyle aynı seviyeye indirilmiştir¹⁸⁸. Eski düzenlemede gerçek anlamda bir işe iade olanağı öngörülmüşken, yeni düzenlemeyle birlikte işyeri sendika temsilcilerinin diğer işçilerle aynı düzeyde bir iş güvencesine sahip olacağı belirtilmiştir. Ancak sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshi halinde ödenecek tazminat miktarı, diğer işçilerden farklı olarak en az bir yıllık ücretleri tutarında olacaktır¹⁸⁹.

¹⁸⁷ AKTAY, s. 13.

¹⁸⁸ 4773 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesiyle değiştirilen Sendikalar Kanunu m.30’a göre; “İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde 1475 sayılı İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır (f.1). Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, 1475 sayılı Kanunun 13/D maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir (f.2). İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır (f.3)”.

¹⁸⁹ TUNCAY, s. 16, 17, Yazara göre, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi, toplu iş sözleşmeleri ile de artırılamaz. Nitekim m.13/D-5’e göre; “Birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmelerle hiçbir surette değiştirilemez, aksi halde sözleşme hükümleri geçersizdir.”; AKTAY, s. 13, 14; YAVUZ, Aslı, s. 42, 43.

4773 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi ile Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi değiştirilerek maddeye, “*sendikal güvencelere*” ilişkin hükümler eklenmiştir. Böylelikle 1475 sayılı İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte sendika temsilcisi olmayan işçiler ile Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu ve tarımdan sayılan işlerde çalışan işçiler, iş sözleşmeleri sendika üyeliği veya sendikal nedenlerle feshedilirse; sendika temsilcilerinin sahip olduğu sendikal güvenceden faydalanmış olacaklardır¹⁹⁰.

Görüldüğü üzere, 4773 sayılı Kanun ile getirilen en önemli düzenleme belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebebin varlığının aranmasıdır. Böylelikle işçi, işverenin keyfî fesihlerine karşı önemli ölçüde korunmuş ve iş sözleşmelerinin devamını sağlamak amaçlanmıştır. Ayrıca 4773 sayılı Kanun'la birlikte UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'ne, sekiz yıllık bir gecikmeyle de olsa uyum sağlanmıştır.

2.3. 4857 Sayılı İş Kanunu

Türk İş Hukuku'nda iş güvencesine ilişkin tartışmalar devam ederken aynı zamanda yeni bir İş Kanunu'nun hazırlanması da gündemdeydi. İş Kanunu'nun tamamen değiştirilmesine ilişkin ilk girişim 26 Haziran 2001 tarihinde Yaşar OKUYAN'ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yaptığı dönemde gerçekleşmiştir. Bu kapsamda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Yaşar OKUYAN, TÜRK-İŞ. Başkanı Bayram MERAL, HAK-İŞ. Başkanı Salim USLU, DİSK. Başkanı Süleyman ÇELEBİ ve TİSK. Yönetim Kurulu Başkanı Refik BAYDUR arasında imzalanan bir protokol neticesinde, ekonomik ve sosyal gelişmelere uygun yeni bir İş Kanunu'nun hazırlanması ve yürürlüğe konulması için bir Bilim Komisyonu oluşturulması kararlaştırılmıştır¹⁹¹. Dolayısıyla iş güvencesine ilişkin kanun çalışmalarını yürüten Komisyon, yeni İş Kanunu'nun hazırlanmasında da etkili olmuştur.

¹⁹⁰ TUNCAY, s. 17, 18, Yazara göre, bu değişikliğin anlamı, işçiye sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katıldığı için işveren tarafından ayırım yapılması ya da iş sözleşmesinin feshedilmesi hallerinde işe iade imkânının yanı sıra, kendisine ödenecek tazminat miktarının da m.13/D'de öngörülen miktarla sınırlı kalmamasını sağlamaktır; AKTAY, s. 14, 15; YAVUZ, Aslı, s. 43.

¹⁹¹ ÇELİK, Aziz, s. 44, 45.

03 Kasım 2002 seçimleri neticesinde işveren örgütleri İş Kanunu'nun tamamen değiştirilmesi için özel bir çaba göstermişlerdir. Nitekim 4773 sayılı Kanun'un TBMM.'de kabul edilmesi ve Resmi Gazete'de yayımlanması, işveren kesimi açısından kaygı verici bir ortam yaratmıştır. Bu sebeple işveren örgütleri, yeni seçilen hükümet üzerinde baskı kurmuş ve işsizliğin daha da artacağını gerekçe göstererek yeni bir İş Kanunu'nun bir an önce hazırlanmasını talep etmişlerdir¹⁹².

Hükümetin 4773 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce, yeni bir İş Kanunu hazırlayıp yürürlüğe koymak için gösterdiği çabalar sonuçsuz kalmış ve 4773 sayılı Kanun 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüm bu gelişmeler neticesinde, işveren örgütlerinin yoğun baskısıyla yeni İş Kanunu Tasarısı 2003 yılı Mayıs ayının ilk haftasında Meclis gündemine gelmiş ve 22 Mayıs 2003 tarihinde de TBMM.'de kabul edilerek kanunlaşmıştır¹⁹³. 4857 sayılı İş Kanunu, 10 Haziran 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14'üncü maddesi dışındaki tüm maddelerini yürürlükten kaldırmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, 4773 sayılı Kanun'la getirilen iş güvencesi hükümleri de önemli değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikleri kısaca inceleyecek olursak:

Öncelikle iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı daraltılmıştır. 4773 sayılı Kanun'da iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi bakımından işyerinde en az on işçinin çalışması gerektiği öngörülmüşken, yeni düzenlemeyle birlikte bu sayı otuza çıkarılmıştır. Dolayısıyla otuz işçi ölçütü yalnızca küçük ölçekli işyerlerinin değil, orta ölçekli işyerlerinin de kapsam dışı kalması sonucunu

¹⁹² ÇELİK, Aziz, s. 48.

¹⁹³ 12 Mart 2003 tarihinde yeni İş Kanunu Meclis Genel Kurulu'nda görüşülmüş, görüşmeler esnasında işveren örgütleri, hükümet ve milletvekilleri üzerinde yoğun baskılar uygulamış, TİSK.'in yanı sıra TOBB.'de devreye girmiş ve daha önce tarafların anlaşma sağladığı maddelerin değiştirilmesini istemişlerdir. Artan tepkiler ve işçi örgütleri tarafından düzenlenen protestolar neticesinde yeni İş Kanunu Tasarısı'nın yalnızca 12 maddesi görüşülebilmüş ve Tasarı 15 Mart 2003 tarihinde geri çekilmiştir, Bkz., ÇELİK, Aziz, s. 48, 49.

doğurmuştur¹⁹⁴. On işçi ölçütü dahi doktrinde eleştirilirken otuz işçi ölçütünün haklı bir gerekçesi olduğundan bahsedilemez¹⁹⁵.

Bir diğer değişiklik ise iş güvencesi tazminatına ilişkin sınırların aşağıya çekilmesidir. 4773 sayılı Kanun'da geçersiz fesih halinde işçiye ödenen tazminat miktarı, işçinin en az altı aylık en fazla da bir yıllık ücreti tutarındayken, 4857 sayılı İş Kanunu ile bu sınır en az dört en fazla sekiz aylık ücret olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla iş güvencesine ilişkin hükümlerin yaptırımı zayıflamış, Kanun'un caydırıcılığı azalmıştır¹⁹⁶.

Ayrıca 4773 sayılı Kanun'da feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene yüklenmişken, 4857 sayılı İşK. m.20/2'de; *"İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür"* hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, ispat yükünü üzerine almış sayılacaktır. Bu hüküm, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁹⁷ m.191'de düzenlenen *"karşı ispat"* kuralı ile çelişmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen bir diğer değişiklik ise işveren vekillerine ilişkin düzenlemedir. 4773 sayılı Kanun'da *"işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekillerinin"* iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı düzenlenmişken, yeni İş Kanunu ile birlikte *"işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında"* iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlemiştir. Böylelikle iş güvencesi hükümlerinin kişi bakımından kapsamı da daraltılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu, işçi kesimi aleyhine getirdiği düzenlemelerle doktrinde oldukça sert eleştirilere maruz kalmıştır. Nitekim iş güvencesine ilişkin hükümlerin kapsam ve yaptırımının zayıflatılması, işveren örgütleri tarafından yapılan baskıların

¹⁹⁴ SÜZEK, s. 555, 556.

¹⁹⁵ TAŞKENT, Feshe Karşı Korunması, s. 32, 33, Aktaran: SERDAN, s. 35, dn. 87; ALP, İş Güvencesi Yasası, s. 7.

¹⁹⁶ ÇELİK, Aziz, s. 49, 50; YAVUZ, Aslı, s. 49.

¹⁹⁷ RG., 04.02.2011, 27836.

bir sonucu olarak yorumlanmış ve uzun uğraşlar neticesinde UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'ne uygun olarak hazırlanan 4773 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeleri de anlamsız kılmıştır¹⁹⁸.

§ III. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA ESASLARI

1. İŞ GÜVENCESİNİN KAPSAMINA İLİŞKİN KOŞULLAR

İş güvencesinin kapsamına ilişkin koşullar, İş Kanunu'nun "*Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması*" başlıklı 18'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddede; otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

Aynı maddenin son fıkrasında; işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

1.1. İş Kanunu veya Basın İş Kanunu Kapsamında Olmak¹⁹⁹

İş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle iş ilişkisinin İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamında olması gerekmektedir. Nitekim iş güvencesine ilişkin hükümler İş Kanunu'nda düzenlenmiş ve aynı zamanda Basın İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin son fıkrasında da; İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29'uncu maddelerinin kıyas yoluyla gazeteciler²⁰⁰ bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir.

¹⁹⁸ ÇELİK, Aziz, s. 50; SÜZEK, s. 555, 556; DEMİR, s. 28, 29; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 476.

¹⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., KAR, s. 41 vd.

²⁰⁰ Gazetecinin tanımı Basın İş Kanunu'nun 1'inci maddesinde şu şekilde yapılmıştır: "*Bu Kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki 'işçi' tarifi şümulüne haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.*"; Ayrıntılı bilgi için bkz.; SÜMER, Halûk Hâdi (2013), Bireysel Basın İş Hukuku (B.1), Konya, Mimoza, s. 27 vd. (Basın İş Hukuku); GÖKÇEK KARACA, Nuray (2010), Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması (B.1), İstanbul, Legal, s. 55 vd., Yazara göre

İş Kanunu kapsamında olmayan; İŞK. m.4'te sayılan istisnalarla²⁰¹, Türk Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na²⁰² tabi iş ilişkilerinde ise iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır²⁰³. Bu husus, UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'ne de aykırıdır. Nitekim Sözleşme'nin 2'nci maddesinde; Sözleşme'nin tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlara uygulanacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddede, Sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının kapsamı dışında bırakılabilecek işçi kategorilerine de örnek verilmiştir. Ancak ne Türk Borçlar Kanunu ne de Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçilerin kapsam dışı bırakılmasını gerektirecek hukuki bir dayanak bulunmamaktadır²⁰⁴.

İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her işçinin, İŞK. m.21'in son fıkrasındaki emredici düzenlemelere bağlı kalmak kaydıyla, toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması mümkündür²⁰⁵. Yine iş sözleşmelerinde de işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği öngörülebilir. STİSK. m.24'te ise işyeri sendika temsilcileri bakımından özel bir güvence öngörülmüştür. Bahsi geçen maddeye göre; işveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Şayet feshederse, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde, temsilci veya üyesi

gazetecilik, ilgili kişinin asıl işi olarak veya asıl işi olmaması halinde düzenli olarak güncel olayları ve haberleri toplamak, vermek ve yorumlamak amacıyla yazılı, işitsel-görsel, basın araçlarında ücret karşılığı yapılan iştir.

²⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.; **SÜZEK**, s. 217 vd.; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 147 vd.

²⁰² Deniz İş Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **KAR**, Bektaş (2014), Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı) (B.1), Ankara, Yetkin.

²⁰³ Y. 9. HD., 06.06.2005, 12948/20465, "Davacı davalıya ait işyerinde 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre iş sözleşmesiyle çalışmıştır. Anılan yasayla 4857 sayılı yasadaki işe iade ile ilgili hükümler yer almamıştır. Buna rağmen ILO sözleşmelerine dayanarak yazılı şekilde tazminatın ödenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", **KURT/KOÇ**, s. 258, dn. 37.

²⁰⁴ **SÜZEK**, s. 555; **TUNCAY**, s. 13; **NARTER**, s. 62; **GÜZEL**, 2004 Yılı Toplantısı, s. 21, 22; **MANAV**, s. 74, 75.

²⁰⁵ **SÜMER**, Basın İş Hukuku, s. 153; Y. 9. HD., 22.12.2008, 40711/34678, "Somut uyuşmazlıkta davacı işçinin davalıya ait işyerinde uçucu personel olarak çalıştığı, ancak işyerinde üye sendika ile imzalanan ve yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden yararlandığı, Toplu İş Sözleşmesi ile davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddeleri olan iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının öngörüldüğü, iş mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece işin esasına girilerek, ispat yükü kendisinde olan davalının geçerli nedeni kanıtlayamaması nedeni ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermesi isabetlidir.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.02.2018.

bulunduğu sendika dava açabilecektir. Dolayısıyla sendika temsilcisi sıfatını haiz işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için İş Kanunu veya Basın İş Kanunu'na tabi olması gerekmemektedir²⁰⁶.

Ayrıca İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamında olmayan bir işçinin, arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların anlaşması suretiyle, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabileceği de doktrinde ileri sürülmektedir²⁰⁷.

1.2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması ve Feshin İşveren Tarafından Yapılması

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmenin bir diğer koşulu ise belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıyor olmaktır. Nitekim İşK. m.18/1'de "*belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren*" ifadesi kullanılmak suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır. O halde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir²⁰⁸.

Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri İşK. m.11'de tanımlanmıştır. Bahsi geçen maddeye göre, iş ilişkisinin belirli bir süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli iş sözleşmeleri ise belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif

²⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., **CENGİZ URHANOĞLU**, İstar (2009), İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması, Kamu-İş, C.11, S.1, s. 59 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 795 vd.; **KAR**, s. 64, 65; Y. 9. HD., 13.12.2006, 14045/32850, "Davalı işyerinde fesih tarihinde çalışan işçi sayısı otuz işçiden az olsa da davacı, sendika işyeri temsilcisi olduğundan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21 maddesinde öngörülen hükümlerin, Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yapılan atıf nedeniyle uygulanması gerekir.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.02.2018.

²⁰⁷ **KAR**, s. 63, 64, Yazara göre, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile feshin geçersizliği ve işe iade uyumsuzluklarında zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş ve maddenin 20'nci fıkrasında Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler ile Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamlarının 3'üncü madde kapsamında işçi sayılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla gemi adamı işçi olarak feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile arabulucuya başvurduğunda, tarafların anlaşması halinde, İşK. m.21 uyarınca anlaşma tutanağı düzenlenip, gemi adamı da bu şekilde kapsama alınmış olabilir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu kapsamında kalan işçi için de herhangi bir fark bulunmamaktadır.

²⁰⁸ Y. 22. HD., 13.04.2015, 10818/13309, "Davalıya ait işyerinde anaokulu öğretmeni olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, zorunlu bir yeniden yapılanma sonucunda alanında ihtiyaç fazlalığının doğduğu, nitelikleri ve eğitimine uygun olarak başkaca değerlendirilme olanağının kalmadığı gerekçeleriyle davalı tarafından feshedilmiştir. Davacı, 5580 sayılı Kanun kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmiştir. İş sözleşmesinin yenilenmiş olması, sözleşmenin belirli süreli niteliğini değiştirmez. Davacı belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığından iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi yerine kabulü hatalıdır. Belirtilen sebeplerle, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.02.2018.

koşullara bağlı olarak, işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. İş Kanunu'na göre, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi birtakım objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Belirli süreli iş sözleşmeleri, işçileri iş güvencesi, kıdem tazminatı, fesih bildirimi gibi birçok haktan mahrum bıraktığı için kanun koyucu bu tür sözleşmelerin yapılmasına sınırlamalar getirmiştir. Dolayısıyla iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması kural, belirli süreli yapılması ise istisnadır. Sözleşmenin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu hususunda tereddüt edilmesi halinde belirsiz süreli kabul edilmelidir²⁰⁹.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında tutulması UÇÖ.'nün 158 sayılı sözleşmesine aykırılık teşkil etmez. Sözleşme'de belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin kapsam dışında tutulabileceği belirtilmiştir. Üstelik belirli süreli iş sözleşmesi haklı bir sebep yokken süresinden önce tek taraflı sona erdirilemez. Bu sebeple belirsiz süreli iş sözleşmelerine nazaran, sözleşme süresi içerisinde işçiye daha güvenceli bir ortam sağladığından, belirli süreli iş sözleşmelerinin kapsam dışında tutulmasında herhangi bir sakınca yoktur²¹⁰. Ancak Sözleşme'de, işçinin koruyucu hükümlerden yararlanmasını engellemek amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılması ihtimaline karşı yeterli önlemlerinden de alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Kanun koyucu, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları göz önünde bulundurarak, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını birtakım objektif koşullara bağlamıştır. Tarafların sözleşmeyi belirli bir süre ile sınırlandırmaları, o sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu sonucunu doğurmaz²¹¹. Bir sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi sayılabilmesi için İşK. m.11/1'de belirtilen *“belirli süreli iş”, “belli bir işin tamamlanması”* veya *“belirli bir olgunun ortaya*

²⁰⁹ Gerekçe, İşK. m.11, 1999/70 sayılı Yönergenin girişinde belirtildiği ve Türk Hukukunda yargı kararları ile de açıklandığı üzere iş ilişkilerinde asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesidir. Bu nedenle belirli süreli sözleşmenin varlığını ileri süren taraf bunu ispat ile yükümlüdür; ÇİL, Şahin (2010), Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan (B.1), Ankara, Kamu-İş Yayını, s. 50, 51; AYAN, Serkan (2005), Belirli Süreli İş Sözleşmesi, AÜHFD., C.54, S.4, s. 433, 434; SÜZEK, s. 246.

²¹⁰ TUNCAY, s. 7; TULUKCU, s. 116.

²¹¹ SÜZEK, s. 246; GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 23 vd.; AKYİĞİT, s. 218; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 113, 114.

çıkması” gibi objektif koşulların varlığı gerekir²¹². Bu koşullar sınırlı sayıda sayılmamıştır. Bunlar dışında başka objektif koşulların varlığı halinde de belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu husus her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir²¹³.

Yargıtay’a göre, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif koşulların bulunmaması halinde, sözleşme ilk defa yapılmış olsa bile belirsiz süreli sayılacaktır²¹⁴.

İşverenler bazen belirsiz süreli iş sözleşmesinin sağladığı imkânlardan işçileri yararlandırmamak adına üst üste birden fazla belirli süreli iş sözleşmesi yapabilirler. İş Kanunu’nun 11’inci maddesinin 2’nci fıkrasında esaslı bir neden bulunmadıkça birden fazla art arda (zincirleme) belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı düzenlenmiştir. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan beri belirsiz süreli kabul edilecektir. 2’nci fıkra da bahsi geçen “*esaslı bir neden olmadıkça*” ifadesi ile 1’inci fıkra da düzenlenen “*objektif koşul*” ifadeleri anlam itibarıyla aynıdır²¹⁵.

Bazı durumlarda ise özel kanunlar gereğince iş sözleşmelerinin belirli süreli yapılması öngörülmüş olabilir. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’na²¹⁶ göre bu kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmeleri, en az bir takvim yılı olmak zorundadır. Dolayısıyla kanundan dolayı belirli süreli iş

²¹² Objektif koşul örnekleri için bkz.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 116, 117; **SÜZEK**, s. 248 vd.

²¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz.; **TAŞKENT**, Savaş (2008), Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı, Sicil, S.9, s. 14 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 116, 117.

²¹⁴ Y. 9. HD., 14.06.2017, 5419/10509, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 430’uncu maddesinde ilk defa yapılacak olan sözleşmelerde objektif neden öngörülmemiş oluşu, önceki özel kanun olan İş Kanunu’nun 11’inci maddesindeki objektif nedenlerin varlığını ortadan kaldırmaz.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 02.02.2018; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 114; Aksi görüş için bkz., **SÜZEK**, s. 247, 248, Yazara göre, AB. mevzuatı ve Avrupa ülkeleri hukukundaki düzenlemelere uygun olarak hukukumuzda da belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez kurulmasında bazı koşullarla esneklik getirilebilir.

²¹⁵ **SÜZEK**, s. 256; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 185; **TULUKCU**, s. 119; Aksi görüş için bkz., **TAŞKENT**, Savaş (2011), Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Esaslı Neden Sorunu, Sicil, S.24, s. 19 vd.

²¹⁶ RG., 14.02.2007, 26434.

sözleşmesi yapılmasının öngörüldüğü hallerde ayrıca objektif nedenlerin bulunması gerekmez²¹⁷. Yargıtay da son dönemde vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında, bu tür sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmiştir²¹⁸.

Mevsimlik işlerde yapılan iş sözleşmeleri ise belirli süreli yapılabileceği gibi belirsiz süreli iş sözleşmesi şeklinde de yapılabilir. Mevsimlik iş, yılın belli bir döneminde görülen ya da belli bir dönemde faaliyeti yoğunlaşan işyerlerinde yapılan çalışmalardır²¹⁹. Yargıtay, mevsimlik işin tek bir mevsime özgü olması ve o mevsimin bitmesiyle birlikte iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği kanaatindedir; ancak taraflar arasında mevsimlik bir iş için belirli süreli iş sözleşmesi yapılmışsa ve takip eden yıllarda da yenilenen mevsimlik iş sözleşmeleri ile çalışılmışsa sözleşme, İşK. m.11/son uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliği kazanacaktır²²⁰.

Bunun dışında çağrı üzerine çalışmaya, uzaktan çalışmaya, geçici iş ilişkisine dayalı iş sözleşmeleri ise salt bu niteliklerinden ötürü belirli süreli iş sözleşmesi sayılmazlar. Belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin koşulların varlığı halinde bu tür iş sözleşmeleri de belirli süreli iş sözleşmesi sayılabilir; aksi halde ise genel kural gereğince belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirileceklerdir²²¹. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasına ilişkin koşullar gerçekleşmemişse sözleşme belirsiz süreli olup, iş güvencesi hükümlerinin uygulanması gerekir²²².

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmenin bir diğer koşulu ise iş sözleşmesinin işveren tarafından feshidir. İş güvencesi hükümlerinin temel amacı, işçiyi işveren tarafından yapılacak keyfi fesihlere karşı korumak ve emeği güvence

²¹⁷ **CENTEL**, Tankut (2018), Güvenceden Yoksun Bir Kesim: Özel Okul Öğretmenleri, Güncel Hukuk Dergisi, S.174, s. 22, 23 (Özel Okul Öğretmenleri); **SÜZEK**, s. 251.

²¹⁸ Y. İBBGK., 23.02.2018, 2017/1, 2018/2, RG., 29.06.2018, 30443, **CENTEL**, Özel Okul Öğretmenleri, s. 22, dn. 2.

²¹⁹ **TAŞKENT**, Savaş (2010), Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi (Karar İncelemesi), ÇT., S.3, s. 227, 228 (Karar İncelemesi).

²²⁰ Y. 9. HD., 16.04.2009, 2007/36309, 2009/10880, **TAŞKENT**, Karar İncelemesi, s. 223 vd.

²²¹ **TULUKCU**, s. 120, 121.

²²² Y. 9. HD., 22.05.2006, 5115/14969, **TULUKCU**, s. 120, dn. 73.

altına almaktır. İşveren tarafından yapılan bir fesih dışında iş sözleşmesi sona ermişse, iş güvencesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır.

Taraflar iş sözleşmesini anlaşılarak sona erdirmişlerse (ikale), işveren tarafından yapılan bir fesih söz konusu olmadığından iş güvencesi hükümleri uygulanmaz²²³. Borçlar Hukuku'na hâkim olan “*sözleşme serbestisi*” ilkesinin aynı zamanda bir sözleşmeyi sona erdirme serbestisini de kapsadığını daha önce belirtmiştik²²⁴. İkale, tarafların iş sözleşmesini karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sona erdirmeleri olarak tanımlanabilir²²⁵.

İkale sözleşmesi, genellikle işveren yararına sonuçlar doğurduğundan, sözleşmenin işçinin özgür iradesine dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir. İşverenler çoğu zaman ikale sözleşmesi yapmak suretiyle aslında işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek isteyebilir. İş güvencesi hükümlerini dolanmak ve özellikle de işe iade davalarının açılmasını engellemek amacıyla yapılan ikale sözleşmelerinde, taraflar arasında gerçek bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyeceğinden iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılmalıdır²²⁶. Yargıtay, ikale önerisinin işverenden gelmesi halinde işçinin ikale sözleşmesi yapmasında “*makul yararının*” bulunması gerektiğini içtihat etmektedir²²⁷.

²²³ Y. 9 HD., 02.10.2007, 15135/28823, “Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davacının kendisine yapılan ilave ödeme karşılığında mutabakat metni imzaladığı ve bu şekilde ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin sona erdiği açıktır. İş sözleşmesinin ikale (bozma) sözleşmesi imzalanarak tarafların karşılıklı anlaşmaları ile sona erdirildiği durumlarda, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına olanak bulunmamaktadır. Böyle olunca, davacının açmış olduğu işe iade davasının reddi gerekir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 02.02.2018.

²²⁴ EREN, s. 19; NOMER, s. 57.

²²⁵ GÜNAY, Cevdet İlhan (2009), İkale Sözleşmesi, ÇEİS., C.23, S.5, s. 6 (İkale); GEREK, Hasan Nüvit (2011), İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi, ÇT., S.4, s. 44; SEVİMLİ, Ahmet (2009), İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil, S.14, s. 85; AYDIN, Ufuk (2004), İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi, ÇEİS., C.18, S.3, s. 4.

²²⁶ SÜZEK, s. 512; SEVİMLİ, s. 93.

²²⁷ Y. 9. HD., 08.11.2017, 19841/17723, “İş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona ermesinde icap işverenden gelmiştir. Ancak bu icaba rağmen davacı işçiye sadece kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş, ayrıca bir menfaat sağlanmamıştır. Davacının anlaşma ile sona ermede (ikalede) makul yararı bulunmamaktadır. İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği ve fesih sebebinin de açık ve kesin olarak belirtilmediği, feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesi uyarınca geçersiz olduğu anlaşılmaktadır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 03.02.2018; Y. 22. HD.,

Doktrinde de gerçek bir ikaleden bahsedilebilmesi için işçinin ikale sözleşmesi yapmasında makul bir yararının olması, ayrıca ikalenin hukuki sonuçları hakkında işveren tarafından bilgilendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²²⁸. Makul yarardan kasıt ise, her somut olayda değişmekle birlikte genellikle işçinin yasal ihbar ve kıdem tazminatları dışında işçiye “*ek bir ödeme*” yapılmasıdır²²⁹. İkale önerisi işçiden gelmişse ayrıca bir ödeme yapılmasına gerek yoktur²³⁰.

İş sözleşmesinin işçi tarafından fesih bildiriminde bulunmak suretiyle²³¹ ya da haklı nedenle derhal feshedilmesi²³² halinde de iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak mümkün değildir. Bu hallerde işverence yapılmış bir fesihten söz edilemeyeceğinden işe iade davası açılamaz. Ancak istifa dilekçesi, işçinin iradesi işveren tarafından fesada uğratılmak suretiyle imzalatılmışsa, gerçek bir istifadan bahsedilemeyeceğinden iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır ve işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir²³³. Herhangi bir irade fesadı olmaksızın işçinin serbest iradesiyle (kıdem tazminatı ve feshe bağlı diğer haklarının ödenmesi

01.03.2016, 3402/6001, **ÇİL**, Şahin (2016), İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları) (B.7), Ankara, Yetkin, s. 1333, 1334 (İlke Kararları).

²²⁸ **ALP**, Mustafa (2008), Türk Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İSGHD., S.17, s. 36 vd.; **SÜZEK**, s. 512, 513; **SEVİMLİ**, s. 94.

²²⁹ Y. 9. HD., 13.04.2011, 49584/11186, **TULUKCU**, s. 129, dn. 101; **GEREK**, s. 47 vd.; **GÜNAY**, İkale, s. 15 vd.; **SÜZEK**, s. 513, Yazara göre, her ikale sözleşmesinde işçiye mutlaka kıdem ve ihbar tazminatına ek olarak ayrıca bir ödeme yapılması gerekmez. Nitekim işçinin kıdem tazminatına henüz hak kazanıp kazanmadığı, iş güvencesi kapsamına girip girmediği veya ikale teklifinin kimden geldiği gibi hususların da değerlendirilmesi gerekir.

²³⁰ Y. 22. HD., 14.04.2016, 7161/11013, **ÇİL**, İlke Kararları, s. 1323, dn. 241.

²³¹ Y. 9. HD., 18.12.2017, 2016/33150, 2017/21641, “Dosya içeriğine göre işyeri hekimi olan davacının iş sözleşmesini kendi eli mahsulü dilekçeyle sona erdirdiği anlaşılmakta olup, bu belgenin iradesi sakatlanmak suretiyle kendisinden alındığını somut delillerle kanıtlayamadığı anlaşılmaktadır. İş sözleşmesini kendisi fesheden işçi, feshin geçersizliğini talep edemez.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 03.02.2018.

²³² Y. 9. HD., 13.01.2016, 2015/25017, 2016/583, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 03.02.2018.

²³³ Y. HGK., 22.03.2017, 2015/2567, 2017/543, “İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla iş ilişkisi sona ermekte olup, işçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Ancak irade fesadı altında düzenlenen istifa dilekçesinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemeyeceği gibi işçinin haklı nedenle derhal fesih nedenlerinin mevcut olduğu ve buna uygun biçimde fesih yoluna gideceği sırada iradesi fesada uğratılarak işveren tarafından istifa dilekçesi alınması durumunda da, istifaya geçerlilik tanınması doğru olmayacaktır.”; Y. 9. HD., 11.05.2017, 2016/12472, 2017/8426; Y. 22. HD., 19.12.2016, 30950/28058; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 03.02.2018.

koşuluyla) iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini talep etmesi halinde ise daha sonra iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak mümkün değildir²³⁴.

Yargıtay, daha önceki kararlarında iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde, işçinin bildirim süreleri içerisinde veya peşin ödeme halinde aynı gün yaşlılık aylığı bağlanması için Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurusunu, sözleşmenin işçi tarafından feshi kabul ediyor ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını içtihat ediyordu²³⁵. Ancak Yargıtay, daha sonra bu içtihadını değiştirmiş ve işçinin bildirim süresi içerisinde yaşlılık aylığı için talepte bulunmasının, iş sözleşmesinin işverence feshedildiği sonucunu ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir²³⁶.

Muvazzaf askerlik nedeniyle işinden ayrılmak zorunda kalan işçinin, daha sonra işveren tarafından işe alınmaması halinde ise iş güvencesi hükümleri uygulanmaz. Nitekim İşK. m.31/1'de muvazzaf askerlik nedeniyle işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin, işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra sona ereceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla ortada işverence yapılan bir fesih olmadığından işçinin iş güvencesinden yararlanması da söz konusu değildir²³⁷.

²³⁴ SÜZEK, s. 565; CENTEL, s. 32.

²³⁵ Y. 9. HD., 17.03.2005, 2004/19854, 2005/8756, "Davacı, iş akdinin geçerli bir neden olmadan feshedildiğini iddia ederek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. İhbar tazminatı ödenmeden işverence iş akdinin feshinden sonra işçinin yaşlılık aylığı için kuruma başvurduğu hallerde iş akdinin işçi tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir. Çünkü ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesi önel sonuna kadar devam eder."; Y. 9. HD., 21.06.2004, 15842/15334; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 03.02.2018.

²³⁶ Y. 9. HD., 05.04.2010, 2009/18815, 2010/9258, "Mahkemece davacının ihbar tazminatı ödenmeden önce emekliye ayrılmakla iş sözleşmesini kendisinin sonlandırdığı sonucuna varılmışsa da emeklilik işlemi tek taraflı bir irade beyanıdır. İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmış ise, bu hakkı elde etmek için kurumuna başvurması doğaldır. Bu başvuru işverenin tek taraflı fesih irade beyanını ortadan kaldırmadığı gibi, davacının bu feshe karşı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi hükümlerinden de yararlanmasını engellemez. Yasada bu yönde bir açık düzenlemede yoktur. İşçinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna yaşlılık aylığı almak için başvurusu, ücretsiz kalan işçinin sosyal güvenliğini sağlamaya ilişkin bir hukuki işlem olarak kabulü gerekir. Emeklilik olgusu davacı işçi ile bağlı bulunduğu kurumu ilgilendiren bir Sosyal Güvenlik Hukuku işlemidir."; Y. 9. HD., 18.01.2010, 2009/32276, 2010/216; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 04.02.2018.

²³⁷ Y. 9. HD., 03.11.2008, 2007/30382, 2008/29755, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 04.02.2018; SÜZEK, s. 566; TULUKCU, s. 133.

1.3. İşyerinde Otuz veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılıyor Olması

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde, iş güvencesi hükümlerinin otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Taslak'ta ve yine 4773 sayılı Kanun'da, iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından işyerinde en az on işçinin çalışması yeterli görülüyordu. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu sayı otuza çıkarılmıştır. UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 2'nci maddesine göre; işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan sınırlı bir kategori, gerektiği takdirde, Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakabilir. Az sayıda işçi çalıştıran bazı işyerlerinin kapsam dışında tutulması Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmez. Gerçekten de az sayıda işçi çalıştıran küçük ölçekli işyerlerinin iş güvencesi hükümlerinin ağır mali sonuçlarına maruz bırakılması iş güvencesinin amacıyla da bağdaşmaz. İşçi ve işveren arasındaki kişisel ilişkilerin ön planda olduğu bu tarz işyerlerinde, uyumlu bir çalışma ortamının sağlanabilmesi bakımından basit bir fesih usulünün benimsenmesi gerekir²³⁸. Ancak otuz işçi sayısı, yalnızca küçük ölçekli işyerlerini değil; aynı zamanda orta ölçekli işyerlerini de kapsam dışına çıkardığı ve bu sebeple iş güvencesi hükümlerinin uygulamasını etkisiz hale getirdiği gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir²³⁹. Ülkemizdeki işyerlerinin büyük çoğunluğu otuzun altında işçi çalıştırmaktadır. Bu husus da çalışanların neredeyse yarısını, işyerlerinin ise %90'ından fazlasını iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışına itmiştir²⁴⁰.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için işyerlerinde çalıştırılacak işçi sayısı Almanya'da on, Avusturya'da beş, Fransa'da on bir, İtalya'da ise on beş

²³⁸ SÜZEK, s. 555, 556; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 475; KURT/KOÇ, s. 258, 259.

²³⁹ SÜZEK, s. 556; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 476; TULUKCU, s. 135; NARTER, s. 51, 52; MANAV, s. 60, 61.

²⁴⁰ Sigortalı 5,5 milyon işçinin %52'si otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde istihdam edilmektedir, Bkz., KENAR, Necdet (2003), Yeni İş Kanunu'nun İstihdama Muhtemel Etkileri, Mercek, S.31, s. 74; SÜZEK, s. 556.

olarak belirlenmiştir. İsveç'te ise herhangi bir sayı sınırlaması getirilmeksizin tüm işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmektedir²⁴¹.

Otuz işçi ölçütünün Anayasa'da düzenlenen “ölçülülük ilkesine” aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmış; fakat Anayasa Mahkemesi, UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 2'nci maddesini, işverenler bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceğini ve iş güvencesinin oluşturduğu ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması gerektiğini gerekçe göstererek bu başvuruyu reddetmiştir²⁴².

İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde otuz işçi sayısı, İşK. m.18/4 uyarınca bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenecektir²⁴³. Kanun koyucu bu hükümle birlikte işverenlerin, salt iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak amacıyla işyerlerini bölerek otuzdan az işçi çalıştırmalarını önlemeyi amaçlamıştır²⁴⁴. Ancak doktrinde “aynı işkolu” ölçütü eleştirilmiş ve otuz işçi sayısının tespitinde işverenin tüm işyerlerinde çalışan işçi sayısının esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür²⁴⁵. Gerçekten de aynı işkolu kavramının nasıl tespit edileceğine ilişkin Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim “işkolu” ifadesi STİSK. m.5'te yer almakta ve İş Kanunu'nda buna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

İşverene ait aynı işkolu içerisindeki işyerlerinin, aynı bölge veya il sınırları içerisinde yer almasına gerek yoktur. Kanun'da “aynı işkolu” ifadesi kullanılmış,

²⁴¹ DOĞAN YENİSEY, Kübra (2014), İş Hukukunun Emredici Yapısı (B.1), İstanbul, Beta, s. 123 vd., Aktaran: SÜZEK, s. 555, dn. 13; ALPAGUT, Gülsevil (2002), Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, s. 85, 86.

²⁴² AYM., 19.10.2005, 2003/66, 2005/72, RG., 24.11.2007, 26710, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 06.02.2018; Ayrıntılı bilgi için bkz., ÇELİK, Nuri (2007), İş Güvencesi Kapsamı ile İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler, İTÜSBD., C.6, S.12, s. 1 vd.

²⁴³ TAŞKENT, Savaş (2018), Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu (B.11), İstanbul, Beta, s. 265 (İş Kanunu); AKYİĞİT, Ercan (2018), İş Hukuku (B.12), Ankara, Seçkin, s. 325 (İş Hukuku).

²⁴⁴ SÜZEK, s. 556, 557.

²⁴⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 477; CENTEL, s. 41; KAR, s. 84; TULUKCU, s. 136; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 174; GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 30, 31.

işyerlerinin aynı il sınırları içerisinde yer alması gerektiğine dair herhangi bir koşul öngörülmemiştir. Bu sebeple otuz işçi sayısı hesaplanırken, işverenin başka il sınırları içerisinde çalışan işçileri de hesaba katılacaktır²⁴⁶.

İşverenin yurt dışında çalışan işçilerinin hesaba katılıp katılmayacağı noktasında ise Yargıtay; aynı işkolundaki işyerlerinin yalnızca ülke sınırları içerisinde değerlendirileceğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle, işçi lehine hareket edilerek yurt dışındaki işçilerin de otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılması gerektiğini içtihat etmiştir²⁴⁷. Doktrinde ise bir kısım yazarlar²⁴⁸ Kanun'da herhangi bir ayırım yapılmadığı gerekçesiyle otuz işçi sayısına yurt dışında çalışan işçilerin de dahil edilmesi gerektiğini savunurken; bazı yazarlar²⁴⁹ ise “*mülkîlik ilkesi*” gereğince kanunların yalnızca ülke sınırları içerisinde uygulanacağını, dolayısıyla otuz işçi sayısının tespitinde yurt dışında çalışan işçilerin hesaba katılmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Kanaatimizce otuz işçi sayısının tespitinde işverenin yurt dışında çalışan işçilerinin de hesaba katılması gerekir. İşçi lehine yorum ilkesi ve hükmün öngörülmesindeki amaç bunu gerektirir.

Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyeri veya işletmelerde ise iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için en az elli işçinin çalışması şarttır²⁵⁰. Her ne kadar İşK. m.18'de otuz işçiden bahsetse de iş güvencesine ilişkin hükümler İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Dolayısıyla İş Kanunu kapsamı dışındaki işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir. Tarım ve orman işlerinin yapıldığı

²⁴⁶ SÜZEK, s. 557; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 480; CENTEL, s. 41; KAR, s. 94, 95.

²⁴⁷ Y. 9. HD., 03.07.2006, 9818/19560; Y. 7. HD., 25.11.2015, 26607/23323; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 07.02.2018; Y. 9. HD., 24.01.2011, 46271/131, TAŞKENT, İş Kanunu, s. 274, 275.

²⁴⁸ ODAMAN, Serkan (2007), Yurt Dışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi (Karar İncelemesi), Sicil, S.6, s. 82 vd.; UŞAN, Fatih/ AYGÜL, Musa (2007), İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir Mi? (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.3, s. 75 vd.; TULUKCU, s. 137; KAR, s. 95.

²⁴⁹ TUNCAY, A. Can (2007), İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu (Karar İncelemesi), Sicil, S.6, s. 79 (Otuz İşçi); ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 480; CENTEL, s. 44; MANAV, s. 67.

²⁵⁰ Y. 9. HD., 17.10.2017, 2016/26577, 2017/15914; Y. 22. HD., 27.03.2017, 30583/6245; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 07.02.2018.

işyeri veya işletmelerin ise İş Kanunu'na tabi olması için, bu işyerlerinde en az elli işçinin çalışması gerekmektedir (İşK. m.4/1-b)²⁵¹.

Otuz işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli, tam ve kısmi zamanlı, daimi ve mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında herhangi bir ayırım yapılmaz. Yine fiilen çalışmamakla birlikte iş sözleşmesi devam eden işçiler de otuz işçi sayısına dahildir. Hastalık, iş kazası, gebelik veya normal izin gibi nedenlerle ayrılan işçinin yerine, bu süre içerisinde ikame edilen işçiler ile geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiler ise otuz işçi sayısının tespitinde dikkate alınmayacaktır. İş güvencesi kapsamı dışında bırakılan işveren vekilleri ise otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılacaktır²⁵². İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrenciler ile süreksiz işlerde çalışanlar, keza alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri, otuz işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; ancak, iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak amacıyla, bir kısım işçilerin muvazaalı olarak alt işverenin işçisiymiş gibi gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerine ait işyerlerindeki sayının belirlenmesinde hesaba katılacaktır²⁵³.

Aynı şirketler topluluğu (holding) içerisinde yer alsa bile farklı tüzel kişilikleri bulunan işverenlere ait işyerlerindeki işçiler ise her tüzel kişilik (işveren) bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. Ancak Yargıtay, birlikte istihdam ve muvazaa hallerinde şirketler topluluğu içerisindeki tüm işçilerin otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılması gerektiği görüşündedir²⁵⁴.

²⁵¹ **CENTEL**, s. 37, 38; **MANAV**, s. 96; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 475; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s. 325.

²⁵² **TUNCAY**, Otuz İşçi, s. 78; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s. 325, 326.

²⁵³ **SÜZEK**, s. 557, 558; **TULUKCU**, s. 141 vd.; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 477 vd.; Y. 9. HD., 15.06.2017, 22070/10604; Y. 9. HD., 14.06.2017, 2016/14601, 2017/10474; Y. 22. HD., 26.06.2012, 11745/14574; Y. 7. HD., 15.11.2016, 16136/19471; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 07.02.2018.

²⁵⁴ **NARTER**, s. 59, 60; **KAR**, s. 91; Y. 9. HD., 25.06.2014, 7060/21899, "Davacının aynı holding grubunda yer alan şirkette çalışıyor olması doğrudan holding bünyesinde olan diğer şirketlerin işçi sayılarının dikkate alınmasını gerektirmez. Bunun mümkün olması için birlikte istihdam koşulunun gerçekleşmesi gerekir. Birlikte istihdamdan bahsedebilmek için davacının iş görme

Otuz işçi sayısının tespitinde, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte o işyerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınmalıdır²⁵⁵. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir²⁵⁶. Ancak doktrinde, işyerinin olağan koşullarda faaliyetine devam edebilmesi için ihtiyaç duyduğu işçi sayısının esas alınması gerektiğine ilişkin görüşler de mevcuttur²⁵⁷.

Otuz işçi sayısına ilişkin ölçüt nispi emredici nitelik taşıdığından toplu iş sözleşmesi ile daha aşağıya çekilebilir veya tamamen kaldırılabilir²⁵⁸.

1.4. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olması²⁵⁹

İş Kanunu'nun 18'inci maddesine göre, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için en az altı aylık kıdeminin bulunması gerekir. Altı aylık kıdem koşulunun öngörülmesindeki temel amaç, işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisinin tesis edilebileceği asgari süre içerisinde işverene fesih kolaylığı sağlamaktır²⁶⁰. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde ise kıdem şartı aranmaz. Yine aynı maddenin 4'üncü fıkrasında işçinin altı aylık kıdeminin, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçirdiği sürelerin birleştirilmesi ile hesap edileceği düzenlenmiştir. Ancak otuz işçi ölçütünden farklı olarak, işverene ait işyerlerinin aynı işkolunda yer alması şart değildir²⁶¹.

borcunu aynı anda birden fazla işverene karşı yerine getirdiği belirlenmelidir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 09.02.2018.

²⁵⁵ SÜZEK, s. 558; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 477, 478; KAR, s. 90; TULUKCU, s. 144; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 326; SARIBAY, s. 28, Yazara göre, fesih tarihindeki işçi sayısı esas alınmakla birlikte mahkeme tarafından, işverenin işçiyi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak amacıyla otuzun altında işçi çalıştırıp çalıştırmadığı hususunun da dürüstlük kuralları çerçevesinde araştırılması gerekir.

²⁵⁶ Y. 9. HD., 23.05.2017, 2016/11171, 2017/8616; Y. 9. HD., 04.05.2017, 2016/11203, 2017/7807; Y. 22. HD., 04.04.2017, 31095/7595; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 09.02.2018.

²⁵⁷ KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOC AK, Kemal (2007), İş Güvencesi Hukuku (B.1), İstanbul, Legal, s. 165; EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 3, 4; GÜZEL, 2004 Yılı Toplantısı, s. 32.

²⁵⁸ SÜZEK, s. 558; MOLLAMA HMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 280; AKYİĞİT, s. 213; CENTEL, s. 24, 25.

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., YİĞİT, Yusuf (2012), Türk İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Uygulamasında En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olma Koşulu, SÜHFD., C.20, S.2, s. 195 vd.

²⁶⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 167; MANAV, s. 81; TULUKCU, s. 146; NARTER, s. 67.

²⁶¹ SÜZEK, s. 560; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 169; SARIBAY, s. 31 vd.

İş sözleşmesinde öngörülen deneme süresi ile geçici iş ilişkisinde işçinin geçici işveren nezdinde geçirdiği süre de altı aylık kıdemin hesaplanmasında dikkate alınır. Ayrıca aynı işveren nezdinde çalışmak koşuluyla altı aylık sürenin mutlaka İş Kanunu, Basın İş Kanunu kapsamında veya iş güvencesi hükümlerine tabi olarak geçirilmiş olması şart değildir²⁶². Ancak altı aylık sürenin tamamının “işçi” statüsünde geçirilmiş olması gerekir. Stajyer, çırak yahut sözleşmeli personel sıfatıyla geçirilen süreler altı aylık kıdemin hesaplanmasında dikkate alınmaz²⁶³. İşyeri devri halinde ise, işçinin devreden işveren nezdinde geçirdiği süreler de altı aylık kıdemin hesaplanmasında göz önünde bulundurulur (İşK. m.6/2, TBK. m.429/2)²⁶⁴. Aynı şirketler topluluğu (holding) içerisinde yer alsa bile farklı tüzel kişilikleri bulunan işverenlere ait işyerlerinde geçirilen sürelerin ise toplanması mümkün değildir²⁶⁵.

İş kazası, hastalık, analık, askerlik, grev ve lokavt ile zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gibi iş sözleşmesinin askıya alındığı haller de altı aylık kıdemin hesabına dahil edilir²⁶⁶. Nitekim bu durumlarda, işçi iş görme edimini yerine getirmese de iş sözleşmesi devam etmektedir. Yine İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, 66’ncı maddede düzenlenen “Çalışma Süresinden Sayılan Haller”in de altı aylık kıdemin hesabında dikkate alınacağı belirtilmiştir.

İşçinin aynı işverene ait işyeri veya işyerlerinde aralıklı olarak çalışmış olması halinde, fasılalı çalışmaların birleştirilip birleştirilemeyeceğine ilişkin Kanun’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde hâkim görüş, altı aylık kıdemin

²⁶² SÜZEK, s. 559; YİĞİT, s. 217; Aksi görüş için bkz., SARIBAY, s. 36, Yazara göre, gazetecilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmeleri için altı aylık kıdem sürelerinin tamamını Basın İş Kanunu kapsamında geçirmiş olmaları gerekir.

²⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 280.

²⁶⁴ CENTEL, s. 48; KAR, s. 101, 102; Y. 9. HD., 11.05.2016, 15223/11861; Y. 7. HD., 21.04.2016, 2015/45933, 2016/8950; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 13.02.2018.

²⁶⁵ ŞAHLANAN, Fevzi (2011), Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması (Karar İncelemesi), TİD. (Hukuk Eki), S.58, s. 2 vd.; SÜZEK, s. 559; MANAV, s. 83, dn. 263.

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., SÜZEK, Askı, s. 115 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 484; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 282; TAŞKENT, İş Kanunu, s. 265, Yazara göre, altı aylık kıdemin hesaplanmasında iş ilişkisinin devamına bakılmalıdır.

hesaplanmasında fasıllı çalışmaları birleştirilmesi gerektiği yönündedir²⁶⁷. Nitekim altı aylık kıdemin öngörülmesindeki temel amaç, işverenin işçiyi tanınması ve bu süre içerisinde uygun bulmadığı işçiyi bildirim sürelerine uymak koşuluyla işten çıkarabilmesidir. Dolayısıyla altı aylık kıdem süresinin kesintisiz olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Yine işçinin iş sözleşmesinin daha önce ne şekilde sona erdiğinin de önemi yoktur²⁶⁸. Yargıtay 9’uncu Hukuk Dairesi kararları da bu yöndedir²⁶⁹. Ancak 22’nci Hukuk Dairesi şu gerekçelerle altı aylık kıdem süresinin kesintisiz olması gerektiğini içtihat etmiştir: “... davacının davalı işverene ait işyerindeki çalışma döneminin sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı gözetilmeden karar verilmiş olması hatalı olmuştur”²⁷⁰. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce, Kanun’da altı aylık kıdem süresinin kesintisiz olması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi yasanın amacı da aynı işverene ait işyeri veya işyerlerindeki fasıllı çalışmaların birleştirilmesi gerektiğine yönelik yorumla daha elverişlidir.

Altı aylık sürenin başlangıcı, işçinin fiilen işe başladığı tarih olarak kabul edilmelidir²⁷¹. Sürenin sonu belirlenirken ise fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih esas alınmalıdır. Fesih bildirimi yapıldıktan sonra, altı aylık kıdemin bildirim sürelerinin sonunda dolacak olması, iş güvencesinden yararlanabilmek için yeterli

²⁶⁷ SÜZEK, s. 560, 561; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 483, 484; CENTEL, s. 48; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 281, 282; TAŞKENT, İş Kanunu, s. 265.

²⁶⁸ TULUKCU, s. 148.

²⁶⁹ Y. 9. HD., 21.10.2015, 20137/29340, ÇİL, İlke Kararları, s. 362 vd.

²⁷⁰ Y. 22. HD., 20.10.2011, 1014/3133, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 14.02.2018; Aynı yönde bkz., ODAMAN, Serkan (2013), İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında “Birleştirilmenin” Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi), Sicil, S.29, s. 114, Yazarın kararı isabetli bulan görüşüne göre, önceki dönemin işverenin herhangi bir hilesi olmadan sona erdirilerek işçinin işçilik haklarının ödenmesi karşısında yeni dönemle birleştirilmesi doğru olmayacaktır; Aksi görüş için bkz., YILDIZ, Gaye Burcu (2014), İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasıllı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması (Karar İncelemesi), İÜHFİM., C.72, S.2, s. 487 vd.

²⁷¹ YİĞİT, s. 204; TULUKCU, s. 149.

değildir²⁷². Fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işçinin raporlu olması halinde ise Yargıtay’a göre; altı aylık kıdemın hesaplanması bakımından, rapor süresinin bittiği tarih değil, fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarih esas alınmalıdır²⁷³.

Altı aylık kıdem süresinin dolmasından kısa bir süre önce iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde ise işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, Kanun’da altı aylık kıdem koşulu öngörüldüğünden işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Bu durumda işveren, fesih hakkını kötüye kullandığından işçi, yalnızca İşK. m.17/6 hükmü gereğince kötünıyet tazminatı talep edebilir²⁷⁴. Bir diğer görüş ise TBK. m.175/1’de düzenlenen; *“Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır”* hükmünden hareketle altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşmiş sayılacağını ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını savunmaktadır²⁷⁵. Bir başka görüş ise işverenin bu davranışının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğı gerekçesiyle işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiğini savunmaktadır²⁷⁶. Yargıtay bazı kararlarında²⁷⁷ TBK. m.175/1 hükmü gereğince altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşmiş sayılacağı ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı görüşündeyken, bazı kararlarında²⁷⁸ ise *“dürüstlük kuralına aykırılık”* gerekçesiyle işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak Yargıtay’ın bu konuda istikrarlı kararlarının bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim aksi yönde görüşleri de

²⁷² SÜZEK, s. 560; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 481; YİĞİT, s. 205; Y. 22. HD., 18.04.2017, 30871/8854; Y. 9. HD., 21.02.2017, 2016/5422, 2017/2300; Y. 9. HD., 05.05.2008, 2007/33471, 2008/11128; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.02.2018.

²⁷³ Y. 9. HD., 28.11.2005, 34667/37461, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.02.2018.

²⁷⁴ ÖZKARACA, Ercüment (2012), İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları (B.1), 04 Haziran 2011, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 101, 102; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 282; MANAV, s. 90.

²⁷⁵ AKYİĞİT, s. 233; KILIÇOĞLU/ŞENOCAN, s. 167.

²⁷⁶ SÜZEK, s. 563; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 481, 482; SARIBAY, s. 38, 39; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 169.

²⁷⁷ Y. 9. HD., 15.10.2010, 2009/30688, 2010/29172, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.02.2018.

²⁷⁸ Y. 9. HD., 01.04.2013, 2012/35856, 2013/10606, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 16.02.2018.

mevcuttur²⁷⁹. Kanaatimizce de altı aylık kıdem süresinin dolmasına çok kısa bir süre kala iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde “dürüstlük kuralı” gereğince işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması gerekir.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde öngörülen altı aylık süreye ilişkin hüküm nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla sözleşmeler ile daha az bir süre öngörülmesi veya bu sürenin tamamen kaldırılması mümkündür²⁸⁰.

1.5. İşçinin Belirli Konumdaki İşveren Vekili Niteliğinde Olmaması

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin son fıkrasında, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin iş güvencesinin kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Bu hükmün konulmasındaki temel amaç, işveren ve işveren vekili arasındaki güven ilişkisinin, çoğu zaman işverenin diğer işçilerine nazaran daha sıkı ve sağlam bir bağı gerektirmesidir. İşveren, işyeri ve işçiler üzerindeki yönetim yetkisini bu kişiyle paylaşmakta ve bu kişiye diğer işçilerin üzerinde yetkiler vermekte, hatta çoğu zaman bu yönetim yetkisi işçi alma ve çıkarmayı da kapsamaktadır. Bu sebeple güven ilişkisine dayalı olarak yönetim yetkisini paylaşan işveren vekillerinin, iş sözleşmelerinin feshi nedeniyle İşK. m.18, 19, 21 ve 25/son da yer alan imkânlar çerçevesinde işe iadelerini mümkün kılmak ve işvereni buna zorlamak, çoğu zaman işveren açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilir. İşveren, artık güven duygusunun zedelendiği işveren vekiliyle yönetim yetkisini paylaşmak istemeyebilir²⁸¹.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işveren vekillerinin iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılması, UÇÖ.’nün 158 sayılı Sözleşmesi’ne de aykırılık teşkil etmemektedir. Sözleşme’nin 2’nci maddesinde üye devletlere bu yetki tanınmıştır. Ancak Alman Hukuku’nda böyle bir sınırlama

²⁷⁹ Y. 7. HD., 08.04.2015, 832/6577, **ÇİL**, İlke Kararları, s. 364, 365; Y. 9. HD., 15.01.2015, 2014/31292, 2015/611, **ÇİL**, İlke Kararları, s. 365; Y. 9. HD., 25.03.2014, 2013/15714, 2014/10061, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 19.02.2018.

²⁸⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 281; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s. 170; **NARTER**, s. 35; Y. 22. HD., 18.04.2017, 30871/8854, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 19.02.2018.

²⁸¹ **SÜZEK**, s. 563; **TULUKCU**, s. 159; **NARTER**, s. 74.

bulunmamakta, işveren vekilleri de iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmektedir²⁸².

İş güvencesi kapsamı dışında bırakılan işveren vekilleri öncelikle, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ve yardımcılardır. İşletme kavramı İş Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde işletme, bir veya birden fazla işyerini bünyesi içine alan ekonomik üretim üniteleri şeklinde tanımlanmıştır²⁸³. Dolayısıyla işletmenin bütününe yöneten genel müdürler ve genel müdür yardımcıları iş güvencesi hükümlerinin dışındadır²⁸⁴. Ancak Yargıtay'a göre, genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanlarının kullanılması tek başına işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemez. Bu hususta özellikle kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği, işletmenin bütününe yönetip yönetmediği araştırılmalıdır. Bunun için de işveren vekilinin görev tanımına ve konumuna bakmak gerekir²⁸⁵. Ayrıca işletmenin bütününe sevk ve idare edip etmediği işletmenin organizasyon şeması, iş sözleşmesi ve personel yönetmeliğine bakılarak da tespit edilebilir²⁸⁶.

İşyerinin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri bakımından ise kanun koyucu ek bir şart daha aramıştır. Bu türden işveren vekillerinin iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılması için aynı zamanda işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine de sahip olmaları gerekir. İşyeri kavramı İşK. m.2/3'te tanımlanmıştır. Dolayısıyla işyerinin bütününe sevk ve idare eden işveren vekillerinin, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkileri yoksa iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceklerdir²⁸⁷. Örneğin, bir bankanın şube müdürü kendi inisiyatifi ile

²⁸² AKYİĞİT, s. 225.

²⁸³ DOĞAN YENİSEY, Kübra (2007), İş Hukukunda İşyeri ve İşletme (B.1), İstanbul, Legal, s. 32; GÖKTAŞ, Seracettin (2009), İşveren Vekilinin İş Güvencesi, ÇT., S.1, s. 65.

²⁸⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 170; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 175; Y. 9. HD., 09.11.2017, 26372/17800; Y. 9. HD., 02.10.2017, 2016/22737, 2017/14623; Y. 22. HD., 20.06.2016, 16007/18483; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 21.02.2018.

²⁸⁵ Y. 9. HD., 30.10.2017, 2016/27412, 2017/16855; Y. 7. HD., 15.11.2016, 16274/19475; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 21.02.2018.

²⁸⁶ SOYSAL ARSLAN, Çiğdem (2010), Türk Hukukunda İşveren Vekili ve İşveren Vekilinin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 41; GÖKTAŞ, s. 65, 66.

²⁸⁷ Y. 7. HD., 24.02.2016, 2015/38794, 2016/4223, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 22.02.2018.

işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahipse iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Ancak işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunsa bile personel müdürü ve insan kaynakları müdürü gibi işyerinin bütününe sevk ve idare etme yetkisi bulunmayan işveren vekillerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkündür²⁸⁸.

2. GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ

2.1. Kavram Olarak Geçerli Fesih

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli feshinde işverenin geçerli sebebe dayanma zorunluluğu öngörülmüştür. Maddede, “*geçerli sebep*” kavramı tanımlanmamakla birlikte geçerli sebepler; “*işçinin yeterliliği*”, “*işçinin davranışları*” ve “*işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri*” olmak üzere üç sınıfa ayrılmıştır. UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nde de işçinin kapasitesine, işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un 18'inci madde hükmünün gerekçesinde ise geçerli sebepler; 25'inci maddede belirtilen sebepler kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir şekilde olumsuz etkileyen ve gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen, sebepler şeklinde tanımlanmıştır²⁸⁹.

2.2. Geçerli Fesih, Haklı Fesih ve Kötüniyetli Fesih Ayrımı

Geçerli fesih kavramını anlayabilmemiz için öncelikle haklı fesih ve kötüniyetli fesih kavramlarına ve bu kavramlar arasındaki ayrıma değinmemiz gerekir. Her üç kavram da İş Kanunu'nda karşımıza çıkan ve doğurdukları sonuçlar bakımından birbirlerinden farklı kavramlardır.

²⁸⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 282, 283.

²⁸⁹ Gerekçe, İşK. m.18; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 488; TAŞKENT, İş Kanunu, s. 266; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 283, Yazarlara göre geçerli sebep, ahlak ve iyiniyet kuralları bakımından sözleşmeye derhal son vermeyi haklı kılacak ağırlıkta olmayan, buna karşılık işçi çalıştırılmaya devam edildiği takdirde işyerini olumsuz şekilde etkileyecek mahiyette, işçiye veya işyerine ilişkin her olay veya durumdur.

Geçerli fesih kavramı karşılığını iş güvencesi sistemi içerisinde bulur. Geçerli sebep, İş Kanunu'nun 25'inci maddesinde belirtilen sebepler kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen durumlardır²⁹⁰. Bu sebeplerin her somut olay bakımından ayrı ayrı düzenlenmesi mümkün değildir²⁹¹. İş güvencesine tabi olmayan iş ilişkileri bakımından "*fesih serbestisi ilkesi*" geçerli olduğundan, işverenin geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. İş güvencesine tabi olmayan iş ilişkilerinde işveren, herhangi bir sebep belirtmeksizin iş sözleşmesini feshedebilir.

İş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işveren, iş sözleşmesini feshederken işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Şayet işveren, geçerli bir sebebe dayanmaksızın iş sözleşmesini feshetmişse işçi; İşK. m.20 gereğince arabulucuya başvurup, arabuluculuk faaliyetinden herhangi bir sonuç alamazsa iş mahkemesinde işe iade davası açabilir veya tarafların anlaşması halinde uyuşmazlık özel hakeme götürebilir²⁹².

Haklı fesih kavramı ise hem iş güvencesine tabi olan hem de tabi olmayan iş ilişkilerinde uygulanır. Haklı fesih nedenleri İş Kanunu'nun 24'üncü ve 25'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu nedenler, geçerli fesih sebeplerine nazaran daha ağır olan ve taraflar arasında iş ilişkisinin devamını katlanılmaz hale getiren nedenlerdir²⁹³. Haklı fesih nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde, taraflar bildirim

²⁹⁰ Gerekçe, İşK. m. 25; **KESER**, Hakan (2016), 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep (B.3), Ankara, Seçkin, s. 65, Yazara göre, işçinin iş görme borcunu, işçinin kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler, geçerli sebep olarak kabul edilebilecek ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda feshin söz konusu bu geçerli sebeplere dayanılarak yapılmış olduğu kabul edilebilecektir.

²⁹¹ **EKMEKÇİ**, Ömer (2002), 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, S.28, s. 96 vd.

²⁹² **KESER**, s. 64.

²⁹³ **ALPAGUT**, Gülsevil (2006), İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi), Sicil, S.1, s. 71 vd. (Karar İncelemesi); **KESER**, s. 67; Y. 9. HD., 19.10.2015, 2014/15778, 2015/28966, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.03.2018; Y. 22. HD., 03.04.2012, 10209/6210, **TAŞKENT**, İş Kanunu, s. 268.

sürelerine uymaksızın iş sözleşmesini derhal feshetme imkânına sahiptirler. Yine geçerli sebebe dayalı fesih hakkı yalnızca işverene, haklı nedenle derhal fesih hakkı ise hem işverene (İşK. m.25) hem de işçiye (İşK. m.24) tanınmıştır. Haklı fesih halinde işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamazken, geçerli fesih halinde işçinin kıdem ve ihbar tazminatı hakkı bulunmaktadır.

Kötüniyetli fesih kavramı ise karşılığını İş Kanunu'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında bulmaktadır. Bahsi geçen hükme göre; iş güvencesine tabi olmayan işçiler, iş sözleşmelerinin işverence kötüniyetle feshedilmesi halinde bildirim sürelerinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatına hak kazanırlar. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmeleri feshedilirken işverenin herhangi bir sebep gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu işçilerin iş sözleşmeleri kötüniyetle feshedildiği takdirde işçi, kötüniyet tazminatına hak kazanır. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin ise kötüniyet tazminatı talep etme hakları bulunmamaktadır. Kötüniyetli fesih kavramını, geçersiz ve haksız fesih kavramlarından ayıran temel fark, kötüniyetli fesihte işverenin fesih hakkı bulunmakta; fakat fesih hakkı objektif iyiniyet kurallarına aykırı biçimde kullanılmaktadır. Oysa geçersiz ve haksız fesihte, işverenin fesih hakkı bulunmamasına rağmen iş sözleşmesi feshedilmektedir²⁹⁴.

2.3. İşçinin Yetersizliği veya Davranışlarından Kaynaklanan Sebepler

2.3.1. İşçinin Yetersizliği

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerini fesheden işveren, işçinin yetersizliği veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Bu husus İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde belirtilmiştir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, İşK. m.25'te belirtilen sebepler kadar ağır olmamakla birlikte, işin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen durumlardır²⁹⁵.

²⁹⁴ SÜZEK, s. 553.

²⁹⁵ SÜZEK, s. 567; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 334 vd.; KESER, s. 155 vd., Yazara göre, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerin geçerli bir sebep teşkil edebilmesi için yetersizliğin, öncelikle işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi

Yetersizlik kavramı, genel olarak belirli bir fonksiyonun yeterli olmaması durumunu ifade eder. İş hukuku açısından bakıldığında ise yetersizlik, işçinin iş sözleşmesi yapıldığı esnada işverence kendisinden beklenen beceri ve performansı, artık gösterememesi durumudur²⁹⁶.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere madde gerekçesinde şu örnekler verilmiştir: *“Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden 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 olma halleridir”*²⁹⁷.

Gerekçedeki örneklerden de anlaşılacağı üzere, yetersizlik kavramını fiziki yetersizlik ve mesleki yetersizlik şeklinde iki başlık altında incelemek gerekir. Ancak her iki durumda da geçerli sebeple fesih hakkının kullanılabilmesi için işçinin kusuru aranmaz. Kusurun varlığı, işçinin davranışlarına dayanan fesihlerde aranır²⁹⁸.

2.3.1.1. İşçinin Fiziki Yetersizliği

Fiziki yetersizliğin başlıca sebepleri *“hastalık”, “yaşlılık ve emeklilik”* gibi hallerdir. Ancak tek başına bu sebeplerin varlığı, işverene geçerli fesih imkânı vermez. Buna ek olarak hastalık ve yaşlılık gibi hallerin işin ve işyerinin yürütümünü olumsuz yönde etkilemesi gerekmektedir. Bu tür fesihlerde, işverenin zararını ispat etmesine ise gerek yoktur²⁹⁹.

Fiziki yetersizlik, genellikle işçinin hastalanması veya kaza geçirmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Hastalık veya kazaya bağlı olarak işçinin uzun süre

ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekmektedir.

²⁹⁶ KESER, s. 157; KAR, s. 206, 207.

²⁹⁷ Gerekçe, İşK. m.18; TAŞKENT, İş Kanunu, s. 266.

²⁹⁸ SÜZEK, s. 567, 568; KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 339 vd.; CENTEL, s. 67, 68.

²⁹⁹ CENTEL, s. 72.

devamsızlık yapması kural olarak geçerli bir fesih sebebi sayılır³⁰⁰. Yine İşK. m.18'in gerekçesinde “*sık sık hastalanma*”³⁰¹, “*çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık*” halleri de geçerli fesih sebebi sayılmıştır.

Hastalık ve kazaya bağlı, işçinin fiziki yetersizliği sonucunu doğuran geçerli fesih halleri ile İşK. m.24/1-I ve 25/1-I’de düzenlenen sağlık sebeplerine bağlı haklı fesih halleri birbirinden farklıdır. Nitekim İşK. m.24/1-I ve 25/1-I’deki sebepler, taraflara iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih imkânı tanır. Dolayısıyla hastalığa bağlı iş sözleşmesinin feshi yalnızca İşK. m.18’de düzenlenmemiştir.

İş Kanunu’nun 24’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının I bendi uyarınca işçi; iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlike arz ederse 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 feshedebilir. Yine İşK. m.25/1-I uyarınca işveren de işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşantısından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, buna bağlı doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde, işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimsiz olarak feshedebilir³⁰². Ayrıca işveren, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda, işçinin kusuru olsun veya olmasın iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir³⁰³. İşveren tüm bu sebepler dışında kalan ve “*işçinin kusuru olmaksızın*” ortaya çıkan hastalık, kaza, doğum, gebelik gibi durumlarda da iş sözleşmesini sağlık sebebiyle bildirimsiz

³⁰⁰ **BAYSAL**, Ulaş (2011), İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi (B.1), Ankara, Adalet, s. 47 vd., Aktaran: **SÜZEK**, s. 568, dn. 60; **SÜZEK**, s. 568; **CENTEL**, s. 71, 72; **GÜZEL**, 2004 Yılı Toplantısı, s. 50 vd.; **KAR**, s. 207.

³⁰¹ Y. 9. HD., 06.07.2017, 2016/29524, 2017/12122; Y. 9. HD., 30.06.2016, 2016/15642, 2015/32886; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.03.2018.

³⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz., **ERTÜRK**, Şükran (2002), İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, DEÜHFD., C.4, S.2, s. 1 vd.

³⁰³ **TULUKCU**, s. 172.

feshetme hakkına sahip olacaktır. Ancak işverenin bu hakkı kullanabilmesi, bahsi geçen hallerin İşK. m.17’de düzenlenen bildirim sürelerini altı hafta aşması neticesinde mümkündür³⁰⁴. Doğum ve gebelik halinde ise bu süre İşK. m.74’te belirtilen sürenin bitiminde başlar.

Sağlık sebebiyle haklı fesih halleri dışında kalan hastalık ve kaza gibi hallerde ise işçinin fiziki yetersizliğine bağlı olarak İşK. m.18 gereğince iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilecektir. Madde gerekçesinde de sık sık hastalanma, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık gibi hususlar işçinin fiziki yetersizliğine örnek olarak verilmiştir³⁰⁵. Ancak İşK. m.18/3-f hükmü gereğince hastalık veya kaza nedeniyle İşK. m.25/1-I-b’de öngörülen bekleme süresi içerisinde işe geçici devamsızlık, fesih için geçerli sebep oluşturmaz.

Fiziki yetersizliğe yol açan bir diğer sebep ise işçinin yaşının ilerlemesi olabilir. Nitekim İşK. m.18’in gerekçesinde “*işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma*” işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebi olarak sayılmıştır. Ancak işçinin salt belli bir yaşa gelmiş olması veya yaşlılık aylığına hak kazanması fesih için geçerli bir sebep teşkil etmez³⁰⁶. Yaşlılık; mesleki ve fiziksel anlamda işçinin yetersizliğine yol açıyorsa, işçinin verim ve performansını önemli ölçüde etkiliyorsa, işin ve işyerinin yürütümünü olumsuz yönde etkiliyorsa ancak bu durumda fesih için geçerli sebep sayılabilir³⁰⁷. Bu durumda dahi geçerli sebeple fesih hakkı, işverenin işçiyi gözetme borcu ve dürüstlük kuralı dikkate alınarak kullanılmalıdır. İşyerine uzun yıllar emek

³⁰⁴ **AKYİĞİT**, s. 136, 137.

³⁰⁵ Y. 22. HD., 28.01.2013, 590/1158, “Somut olayda, davacının sık sık rapor aldığı anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre sık sık rapor alınması halinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep olduğu kabul edilmektedir.”, **TASKENT**, İş Kanunu, s. 270.

³⁰⁶ **AKI**, Erol (2007), İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak “Emeklilik”, DEÜHFD., C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal NARMANOĞLU’na Armağan, s. 7, 8; **SÜZEK**, s. 569; **KAR**, s. 212, 213; **KESER**, s. 168; Y. 9. HD., 11.10.2017, 2016/23179, 2017/15433; Y. 7. HD., 20.01.2016, 2015/34068, 2016/392; Y. 7. HD., 19.11.2014, 12557/21210; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.03.2018.

³⁰⁷ **SÜZEK**, s. 569; **TULUKCU**, s. 174, 175; **NARTER**, s. 118.

ve mesaisini harcamış bir işçinin, yaşı sebebiyle veriminde belli miktarda bir azalmanın olması iş sözleşmesinin feshedilmesi için geçerli bir sebep teşkil etmez³⁰⁸.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin gerekçesinde emeklilik yaşına gelmiş olmanın, “*işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde*” geçerli sebep olabileceği belirtilmiştir. Buna göre, işyerinde işçi çıkarmayı gerektiren bir sebep söz konusuysa öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli sebeple feshi mümkündür³⁰⁹. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, bu hususun geçerli sebep teşkil edebilmesi için işçilere objektif ve genel bir şekilde uygulanması gerektiği belirtilmiştir³¹⁰.

Uygulamada bazı işyerlerinde iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya personel (iç) yönetmeliklerinde iş sözleşmesinin feshine ilişkin yaş sınırı öngören düzenlemeler yer almaktadır. Bu tür kayıtların geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, sözleşmeler ve personel yönetmeliklerinde yer alan bu tür kayıtların işletmesel karar olduğunu ve yargı denetimine tabi tutulamayacağını, bu sebeple de geçerli olduğunu savunmaktadır³¹¹. Bazı yazarlar ise, bu tür kayıtların kural olarak geçersiz sayılması gerektiğini ve buna dayanarak geçerli bir fesih yapılamayacağını ileri sürmektedir³¹². Yargıtay, belli yaş sınırına gelmiş ve emekliliğe hak kazanmış işçinin iş sözleşmesinin feshini öngören personel

³⁰⁸ **SÜZEK**, s. 569, Yazara göre, en azından işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması beklenmelidir; **KESER**, s. 168; **AKI**, s. 7, 8.

³⁰⁹ **KESER**, s. 170, Yazara göre, emeklilik hakkını elde etmiş olmak işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan bir neden ile birleştiğinde geçerli sebep olarak kabul edilecek, bu durumda da işverenlerce sözü edilen işçinin işe yoğunlaşmaması ve veriminin azalması gibi sebeplerin ispatı gerekmektedir.

³¹⁰ Y. 9. HD., 05.12.2006, 24004/31985; Y. 9. HD., 19.07.2007, 2006/32546, 2007/4329; Kararlar için bkz., **KAR**, s. 212, dn. 417.

³¹¹ **EKONOMİ**, Münir (2006), Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.2, s. 136 vd.; **BAYSAL**, Ulaş (2012), Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik (Karar İncelemesi), Sicil, S.28, s. 148, 149; **ŞAHLANAN**, Fevzi (2013), Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol ile Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmesinin Feshedilebilmesi-Geçerli Neden (Karar İncelemesi), TİD. (Hukuk Eki), S.79, s. 2 vd.; **ALP**, Mustafa (2007), Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırlaması Getirilmesi (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.4, s. 171 vd.

³¹² **KESER**, Hakan (2011), İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, Sicil, S.23, s. 152, 153 (Toplu İş Sözleşmesi); **ALP**, Mustafa (2006), Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.2, s. 157, 158; **SÜZEK**, s. 570, 571; **MANAV**, s. 295.

yönetmelikleri ile toplu iş sözleşmeleri hükümlerinin objektif ve genel olması şartıyla geçerli olduğunu kabul etmektedir³¹³.

Kanaatimizce belli bir yaşa gelme veya emekliliğe hak kazanma gibi kayıtların, tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep oluşturması mümkün değildir³¹⁴. Nitekim İşK. m.18/1’de yer alan ve geçerli feshe ilişkin sebepler emredici niteliktedir. Bu hükümlerin işçi aleyhine genişletilmesi mümkün değildir. Ayrıca salt belli bir yaşa gelmiş olma veya emekliliğe hak kazanma gibi sebeplerle iş sözleşmesinin feshini geçerli saymak Anayasa’nın 10’uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve İşK. m.5’te düzenlenen ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil edecektir. Yaşlılık, yalnızca İşK. m.18’de düzenlenen fiziki veya mesleki bir yetersizliğe sebebiyet verdiği yahut işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde geçerli bir sebep olarak kabul edilebilir³¹⁵.

2.3.1.2. İşçinin Mesleki Yetersizliği (Performansı)

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere; *“işçinin; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, uyum yetersizliği”* gibi mesleki yetersizlik sebepleri de örnek verilmiştir. Bu tür sebepler de iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep teşkil etmektedir.

Performans, işçinin iş görme süreci içinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyidir. İşçinin verimi ise birim zamanda harcanılan emeğin sonucu olarak ortaya çıkan üretim düzeyi veya miktarıdır. İşçinin performansının

³¹³ Y. 7. HD., 21.01.2015, 2014/15621, 2015/250, “Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Başka bir anlatımla emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine dair önceden belirlenen kural, objektif ve genel olarak uygulandığı takdirde, salt bu nedenle iş sözleşmesinin feshi geçerli neden olarak kabul edilmelidir.”; Y. 22. HD., 09.12.2011, 4048/7150; Y. 22. HD., 09.12.2011, 4051/7130; Karalar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 16.03.2018; Y. 9. HD., 27.03.2006, 5584/7867, **TAŞKENT**, İş Kanunu, s. 279.

³¹⁴ **KESER**, Toplu İş Sözleşmesi, s. 152.

³¹⁵ **SÜZEK**, s. 570, 571.

yüksek olması aynı zamanda verimlilik düzeyinin de yüksek olduğu anlamına gelir³¹⁶.

İşçinin yapacağı işin gerektirdiği eğitimi almış olması veya buna ilişkin diplomaya sahip olması tek başına mesleki yeterliliği taşıdığı anlamına gelmez. Aynı zamanda işin niteliğine uygun verimi ve performansı da göstermesi gerekir³¹⁷. Ayrıca işçinin süreç içerisindeki bilimsel ve teknolojik gelişmelere, yeni yöntemlere uyum sağlaması, kendini bu yönde geliştirmesi gerekir. Aksi halde iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir³¹⁸. Performans düşüklüğüne dayalı geçerli bir sebebin varlığı için süreklilik arz eden düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Şartlara göre değişen, arızı düşük performans sonuçları geçerli sebep kabul edilemez³¹⁹.

İşverenin, performans sebebiyle iş sözleşmesini feshedebilmesi için işyerinde düzenli ve objektif ölçütlere dayalı performans değerlendirme kriterlerini oluşturması ve bunları belgelendirmesi gerekmektedir. Aksi halde geçerli bir fesihten söz edilemez. Objektiflik, o işyerinde aynı işi yapanlara aynı kuralların uygulanmasıdır. Performans değerlendirmesinde objektif olabilmek ve geçerli sebebi kabul edebilmek için; performans değerlendirme kriterleri önceden belirlenmeli, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Ayrıca mesleki yetersizliğin işveren tarafından somut olgu, değerlendirme ve verilerle ispat edilmesi gerekmektedir³²⁰.

Performans değerlendirme kriterleri gerçekçi, makul ve ulaşılabilir olmalıdır. Fiziki açıdan insan bedenini zorlayacak yüksek standartlar değerlendirmeye esas

³¹⁶ SÜZEK, s. 571; TULUKCU, s. 167; KAR, s. 214; KESER, s. 170, 171.

³¹⁷ KAR, Bektaş (2008), Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim, Sicil, S.11, s. 35 vd. (Performans); SÜZEK, s. 572.

³¹⁸ SÜZEK, s. 572; KAR, Performans, s. 34 vd.

³¹⁹ SÜZEK, s. 572; KAR, Performans, s. 40; Y. 9. HD., 20.11.2017, 411/18515; Y. 9. HD., 14.11.2017, 398/18166; Y. 22. HD., 19.10.2015, 24821/29009; Y. 22. HD., 04.05.2015, 15935/12319; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 02.04.2018.

³²⁰ SÜZEK, s. 572; KAR, Performans, s. 38; TULUKCU, s. 178; KESER, s. 172 vd.; Y. 9. HD., 24.01.2011, 46351/89, TAŞKENT, İş Kanunu, s. 270, 271; Y. 9. HD., 24.09.2007, 13994/27720; Y. 9. HD., 18.10.2017, 2016/25049, 2017/16105; Y. 22. HD., 27.10.2016, 22946/24269; Y. 7. HD., 21.09.2016, 8911/14531; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 02.04.2018.

alınamaz³²¹. Örneğin, engelli bir işçinin performans sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçiden, engeli ölçüsünde bir performans beklenmelidir³²². İşçinin yetki ve görev tanımı dışında kalan ve kendisinden kaynaklanmayan, özellikle dış etkenlere bağlı kriterler dikkate alınmamalıdır³²³.

Performans değerlendirme kriterleri önceden belirlenmeli, yazılı olmalı ve işe başladığı sırada işçiye tebliğ edilmelidir. Ayrıca açık ve anlaşılabilir olmalıdır. Aksi takdirde geçerli bir fesih söz edilemez³²⁴.

İşçinin işini yürütebilmesi için gereken resmi izni kaybetmesi; örneğin, yabancı işçinin çalışma izninin uzatılmaması, şoförün ehliyetini ya da pilotun uçuş lisansını kaybetmesi gibi sebepler de fesih için geçerli sebep kabul edilir³²⁵.

2.3.2. İşçinin Davranışları

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler de iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep oluşturabilir. Maddede bahsedilen davranışlar, İşK. m.25'te sayılanlar kadar ağır olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarıdır. Bu tür davranışların işverene fesih hakkı verebilmesi için işyerinde olumsuzluklara yol açması, işin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozması, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkilemesi ve iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engellemesi gerekmektedir.

³²¹ KAR, Performans, s. 38; SÜZEK, s. 573.

³²² YILDIZ, Gaye Burcu (2008), Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasası, Sicil, S.10, s. 80 vd.; Y. 9. HD., 25.05.2009, 2008/34233, 2009/14264, "Davalı taraf, davacıyı engelli olmasına rağmen işe almıştır. Engelli işçinin verimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için engellilik oranında bir performans beklenmelidir. Beklenen bu performansın altında bir çalışma yapılmışsa, bunun somut verilerle kanıtlanması gerekir. Genel ifadelerle dayanan fesih gerekçesi haksızdır. Davacı işçinin işe iadesi gerekir.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 08.04.2018.

³²³ KAR, Performans, s. 38; KESER, s. 178; Y. 9. HD., 06.12.2010, 2009/39223, 2010/36318; Y. 9. HD., 29.01.2007, 2006/30011, 2007/1225; Y. 9. HD., 23.01.2007, 2006/28041, 2007/361; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.04.2018.

³²⁴ KAR, Performans, s. 37; SÜZEK, s. 573; TULUKCU, s. 167, 168; Y. 9. HD., 18.03.2008, 2007/27584, 2008/5327, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 08.04.2018.

³²⁵ SÜZEK, s. 574; CENTEL, s. 82.

İş sözleşmesinin feshine sebebiyet verecek davranışlar işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarıdır. Ancak bazı hallerde, iş sözleşmesine veya iş görme borcuna aykırılık teşkil etmeyen davranışlar da birtakım şartları taşıyorsa işverene fesih imkânı verebilir³²⁶.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin gerekçesinde hangi davranışların geçerli sebep teşkil edeceğine örnekler verilmiştir. Buna göre; *“işverene 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 işini aksatarak işyerinde dolaşmak, amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek”* gibi haller iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep sayılabilir. Ancak gerekçede sayılan sebepler sınırlı sayıda değildir.

2.3.2.1. İşçinin Davranışlarının İşyerinde Olumsuzluklara Yol Açması

İşçinin davranışları sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için kusurlu bir davranışla iş sözleşmesinden kaynaklanan temel ve yan edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi gerekir³²⁷.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerin fesih için geçerli sebep teşkil edebilmesi için işyerinde olumsuzluklara yol açması gerekir³²⁸. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranış, toplumsal ve ahlaki açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa fesih için geçerli sebep sayılamaz. Kural bu olmakla birlikte, işçinin özel hayatındaki davranışları iş sözleşmesi ile borçlanılan edimin ifasını ortadan kaldırıyor veya

³²⁶ ODAMAN, Serkan (2003), Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı, ÇEİS., C.17, S.3, s. 26 (İşçinin Davranışları); SÜZEK, s. 575.

³²⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 285, 286; TULUKCU, s. 180; MANAV, s. 118.

³²⁸ Y. 9. HD., 14.02.2018, 2017/19782, 2018/2782; Y. 9. HD., 05.02.2018, 2017/516, 2018/1579; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 08.04.2018.

önemli ölçüde zarara uğratma tehlikesi yaratıyorsa ve işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir³²⁹. İşçinin davranışının, işveren açısından iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi gerekmez. İş ilişkisinin devamının işveren açısından önemli ve makul ölçüler çerçevesinde beklenemeyeceği hallerde, fesih için geçerli sebebin varlığını kabul etmek gerekir.

Hafif kusurlu bir davranışla iş sözleşmesinin ihlal edilmesi fesih için geçerli sebep teşkil etmez. Bu durumda öncelikle başka önlemlere başvurulmalıdır. İşçinin bu davranışı tekrarlaması ve davranışın işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebeple fesih gündeme gelebilir³³⁰. İşçinin, iş sözleşmesine aykırı davranıştan kaçınmasının mümkün olmadığı hallerde ise geçerli sebeple fesihten söz edilemez³³¹.

İşçinin iş sözleşmesinin, geçerli sebeple feshedildiğini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Ancak işveren açısından iş ilişkisini sürdürmek için gereken güven ortadan kalkmışsa, gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında kabul edildiği üzere “*şüphe feshi*” gündeme gelebilecektir³³². Ancak Yargıtay, işçi hakkındaki şüphenin objektif olgularla desteklenmesi ve somut ölçütlere dayanması gerektiğini içtihat etmektedir³³³.

³²⁹ **TULUKCU**, s. 181, Yazara göre bu durumda, sözleşmeye aykırı bir davranış bulunmamakla birlikte, işçinin davranışları sebebiyle sözleşme ile borçlandığı edimi yerine getirmesinde yetersizlik, uygunsuzluk ve işveren açısından güvensizlik, dolayısıyla işin yürütümünde olumsuzluk söz konusudur; **KAR**, s. 185.

³³⁰ **SÜZEK**, s. 576; **TULUKCU**, s. 182; **ODAMAN**, İşçinin Davranışları, s. 24, 25.

³³¹ **KESER**, s. 211; Y. 9. HD., 01.06.2009, 2008/36397, 2009/15176; Y. 9. HD., 29.06.2009, 3776/18292; Y. 9. HD., 29.06.2009, 2008/36431, 2009/18306; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 12.04.2018.

³³² **DOĞAN YENİSEY**, Kübra (2008), Şüphe Feshi (Karar İncelemesi), Sicil, S.11, s. 65, 66; **SÜZEK**, s. 574; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 107 vd.

³³³ Y. 9. HD., 21.02.2018, 1956/3769; Y. 9. HD., 21.02.2018, 1819/3768; Y. 22. HD., 24.01.2017, 482/818; Y. 7. HD., 19.10.2016, 10960/16870; İzmir BAM. 9. HD., 08.02.2017, 185/104, “Dosya kapsamından davacının iş akdinin asıl işverence 15.07.2016 tarihli darbe girişimi sonrasında yapılan değerlendirme sonucunda feshedildiği, bu haliyle asıl işverenin hizmetlerinin Milli Güvenliği de ilgilendirmesi nedeniyle feshin şüphe feshi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.”; Adana BAM. 7. HD., 31.05.2018, 1277/879, “Şüphe feshi ise kanunda tanımlanmamış olup içtihatlarla hukuk sistemine girmiştir. Burada olayın oluşu noktasındaki şüphe değil işverenin kendinde oluşan şüphenin objektif gerekçeleri bulunması gerekir. Olayda şüphe feshini haklı çıkaracak delil bulunmadığı gibi şüphe feshi kavramı uygulamada haklı fesih sebebi değil, geçerli fesih sebebi olarak görülür.”; Ankara BAM. 7. HD., 31.01.2017, 139/176; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.09.2018.

2.3.2.2. İşçinin Davranışlarından Dolayı Uyarılması

İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin iş sözleşmesinin, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili sebeplerden ötürü feshedilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak işçinin davranışlarından dolayı uyarılması veya ihtar edilmesi, makul bir süre verilerek davranışını değiştirmesinin beklenmesi gibi herhangi bir düzenleme İş Kanunu'nda yer almamaktadır. Buna rağmen gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında “dürüstlük kuralı” ve “feshin son çare olması” ilkeleri gereğince işçinin uyarılması, davranışını düzeltmesi için işçiye makul bir süre verilmesi, işçinin davranışlarında herhangi bir değişiklik olmazsa iş sözleşmesinin feshedilmesinin daha uygun olacağı görüşü hâkimdir³³⁴.

İşçinin uyarıya rağmen davranışını değiştirmesinin mümkün olmadığı hallerde uyarıda veya ihtarda bulunulmasına gerek yoktur³³⁵. Uyarı, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Yazılı veya sözlü yapılabilir. Ancak ispat kolaylığı bakımından yazılı uyarı yapılmasında fayda vardır³³⁶.

2.3.2.3. Geçerli Sebep Sayılabilecek Davranışlar

İşçinin feshe ilişkin geçerli sebep teşkil edecek davranışlarını tek tek saymak mümkün değildir. İşK. m.18'de de böyle bir sayım yapılmamıştır. Madde gerekçesinde ise geçerli fesih sebebi teşkil edecek davranışlara örnekler verilmiştir.

³³⁴ CENTEL, s. 101; AKYİĞİT, s. 272; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 518, 519; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 286; KAR, s. 194, 195; Y. 22. HD., 10.09.2017, 38148/17402; Y. 7. HD., 15.11.2016, 15011/19486; Y. 9. HD., 14.02.2018, 2017/19782, 2018/2782; Bursa BAM. 3. HD., 07.06.2018, 1677/1628, “İşçinin yıl aralıklı olacak şekilde belli sebepler ile uyarılması ve en son toplu bir bildirim ile 2015 ve 2016 yılına yönelik, usule uygun şekilde sık rapor alması sebebi ile uyarılmadan, kendisine fırsat verilmeden toplu halde bir sefer ikaz edilerek ve akabinde aynı gün iş akdinin feshedilmesine yönelik işverence sergilenen hareket açıkça feshin son çare olma ilkesine aykırı olmakla, davalı şirketin işletmesel kararı uygulamasında tutarsız davrandığı, feshin son çare olma ilkesine uygun davranmadığı anlaşıldığından davalı tarafın bu yönü kapsayan istinaf başvurusuna itibar edilmemiştir.”; Antalya BAM. 10. HD., 11.01.2017, 2016/127, 2017/37, “İş sözleşmesinin feshinden önce işçiye performans düşüklüğü nedeniyle uyarı verilmiş olması ve performans düşüklüğünün giderilmesi için işçinin eğitime tabi tutulması gerekir.”; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.09.2018.

³³⁵ Y. 22. HD., 06.02.2018, 2017/45262, 2018/1926, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 14.04.2018.

³³⁶ CENTEL, s. 101, 102; TULUKCU, s. 185.

Gerek bu örnekler gerekse Yargıtay kararları çerçevesinde işçinin geçerli sebep sayılacak davranışlarına kısaca değineceğiz.

İşverene zarar vermek veya zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; İşK. m.25/1-II-ı'da belirtilen kadar ağır olmamakla birlikte işçinin işverene vermiş olduğu zararlarda, İşK. m.18'e göre iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetmek mümkündür³³⁷.

İşyerinde olumsuzluklara yol açacak biçimde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; halinde geçerli sebeple fesihden söz edebilmek için bu davranışın işyerinde olumsuzluklara yol açması, işçinin bu tutumu alışkanlık haline getirmesi, borçlarını ödememesi vs. gibi hallerin varlığı da gerekir³³⁸.

Diğer işçileri işverene karşı kışkırtmak; işveren aleyhine eleştiri sınırlarını aşacak nitelikte sözler sarf etmek, diğer işçileri işverene karşı tahrik etmek gibi hallerde işveren, iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedebilecektir. Ancak işveren aleyhine söylenen sözler, İşK. m.25/1-II-b'de belirtilen nitelikteyse artık haklı sebeple derhal fesih hakkı gündeme gelecektir³³⁹.

Uyarılara rağmen işi, eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; İşK. m.25/1-II-h'de işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi haklı fesih nedeni sayılmıştır. Ancak burada işçinin işini eksik, kötü veya yetersiz bir şekilde yerine getirmesi söz konusudur. Buna örnek olarak; müşterilere karşı nezaketsiz davranış, fazla çalışma yapılmasına ilişkin önerinin geçerli bir sebep olmaksızın reddedilmesi, çalışma saatleri içerisinde işle ilgisi olmayan şeylerle ilgilenilmesi gibi davranışlar gösterilebilir³⁴⁰.

³³⁷ Y. 9. HD., 20.04.2008, 2007/35822, 2008/10336, "Ambalajı yapılan ve hijyen olması gereken gıda ürününde bulunan kılın, davacıya ait olduğunun saptanamaması feshi haksız kılsa da davacının dolabında ve cebinde kıl bulunması, hijyen kuralları dikkate alındığında, işyerinde olumsuzluklara yol açan bir davranıştır. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.04.2018.

³³⁸ TULUKCU, s. 189.

³³⁹ TULUKCU, s. 189.

³⁴⁰ Y. 9. HD., 13.01.2016, 2015/25023, 2016/589; Y. 9. HD., 19.09.2015, 18609/26067; Y. 9. HD., 17.09.2015, 19926/26048; Kararlar için bkz., ÇİL, İlke Kararları, s. 408 vd.

İşyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; İşçinin özel hayatındaki davranışları normalde fesih için geçerli sebep teşkil etmez. Ancak bu tür davranışların işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, geçerli sebeple fesih mümkün olacaktır. Örneğin, işçinin işyerindeki bir başka işçi ile duygusal ilişki yaşaması, bu nedenle diğer işçinin eksiklerini görmezden gelmesi, hatalarına göz yumması gibi hallerde iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi mümkündür³⁴¹.

İşin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyecek biçimde uzun telefon görüşmeleri yapmak; bu şekilde işini aksatmak ve işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vermek gibi hallerde iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir. Ancak ara sıra yapılan ve iş akışını olumsuz yönde etkilemeyen telefon görüşmeleri geçerli sebep teşkil etmez³⁴².

Sık sık işe geç kalmak ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; çalışma saatlerine riayet etmemek, İşK. m.25/1-II-g'de öngörülen limitleri aşmamakla birlikte birden fazla kez işyerine geç gelmek gibi hallerde de geçerli sebeple fesih söz konusu olacaktır. İşçinin aynı zamanda işten erken ayrılmayı alışkanlık haline getirmesi de fesih için geçerli sebep kabul edilecektir³⁴³.

İşçinin geçimsizliği; amirleriyle veya iş arkadaşlarıyla ciddi geçimsizlik göstermesi, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girmesi, disiplinsiz davranışlarda bulunması gibi haller işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verirse iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir³⁴⁴.

İşçinin kısa süre gözaltına alınması veya tutuklanması; İşK. m.25/1-IV'de belirtilen süreleri aşmamak şartıyla işçinin kısa süre gözaltına alınması veya tutuklanması ve bu hususun işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir.

³⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., **ERGİN**, Hediye (2016), İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, Sicil, S.35, s. 67 vd.; **TULUKCU**, s. 191.

³⁴² **TULUKCU**, s. 192.

³⁴³ **TULUKCU**, s. 192.

³⁴⁴ Y. 9. HD., 03.12.2015, 2014/21856, 2015/34444; Y. 7. HD., 25.03.2015, 2570/5501; Y. 7. HD., 18.03.2015, 2014/21298, 2015/4936; Y. 7. HD., 27.02.2015, 2014/18150, 2015/2758; Kararlar için bkz., **ÇİL**, İlke Kararları, s. 433 vd.

İşçiden kaynaklanan ve yukarıda sayılan sebeplerin dışında kalan davranışlar da işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, fesih için geçerli sebep teşkil edecektir. Nitekim ne İşK. m.18’de ne de madde gerekçesinde sayılan sebepler tahdidi değildir. Bu sebepleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin, işverence verilen talimatları savsaklamak, işyerindeki kılık ve kıyafet düzenine uymamak, işyerinde sigara içme yasağına uymamak, iş için öngörülen eğitimlere katılmamak, diğer işçilere İşK. m.25/1-II-c’de belirtilen cinsel taciz boyutuna varmamakla birlikte uygunsuz davranışlarda bulunmak gibi sebepler geçerli fesih sebebi sayılır³⁴⁵.

2.4. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler

2.4.1. İşletme, İşyeri ve İşin Gerekleri Kavramı

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin “*işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak*” zorunda olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu sebepler, işçiden kaynaklanmayan, ekonomik güçlük veya yeniden yapılanma ya da teknolojik gelişmeler gibi işçi dışındaki sebeplerdir.

İş Kanunu’nun gerekçesinde işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere örnekler verilmiştir. Yine gerekçede bu sebepler, “*işyeri dışından kaynaklanan sebepler*” ve “*işyeri içinden kaynaklanan sebepler*” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Gerekçede işyeri dışından kaynaklanan sebeplere; 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 örnek verilmiştir. Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler ise işyeri içi sebeplere örnek gösterilmiştir³⁴⁶.

2.4.2. Ekonomik, Yapısal, Teknolojik Sebeplerin Feshi Zorunlu Kılması

İşletmesel karar kavramı İş Kanunu’nda tanımlanmamıştır. İşveren tarafından alınan, işletme ve işyeri ile ilgili, işin düzenlenmesi konusundaki her türlü karar

³⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.; SÜZEK, s. 578 vd.; TULUKCU, s. 186 vd.

³⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.; KESER, s. 393 vd.; KAR, s. 224 vd.

işletmesel karardır³⁴⁷. İşverenin işletmeye ilişkin karar alma özgürlüğü Anayasa'nın 48'inci maddesinde dayanağını bulmaktadır. Bu kararın, hatalı ve işletmenin menfaatine aykırı olması durumunda dahi işverenin kararına yargı tarafından müdahale edilmesi mümkün değildir. Nitekim işveren, bunun rizikosunu üstlenmiştir³⁴⁸.

İşveren tarafından alınan işletmesel kararlar fesih sebebi yapıldığı takdirde ise yargı denetimi mümkün olacaktır. Bu durumda işveren tarafından alınan karar değil, bu kararı uygulamak için alınan tedbirin geçerli bir fesih nedeni olup olmadığı denetlenecektir. Bu husus Yargıtay'ın birçok kararında da ifade edilmiştir³⁴⁹.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih sebeplerinin içerisinde hangi kavramların yer aldığı belirtilmemiştir. Ancak toplu işçi çıkarmaya ilişkin İşK. m.29/1'de "*ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gereklerinden*" bahsedilmiştir. Yine işyeri devrine ilişkin İşK. m.6/5'te ise "*ekonomik ve teknolojik sebepler yahut iş organizasyonu değişikliği*" kavramlarına yer verilmiştir. Dolayısıyla işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerini; ekonomik güçlükler, yeniden yapılanma ve teknolojik değişimler gibi başlıklar altında sınıflandırabiliriz³⁵⁰.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığından söz edebilmek için ortaya çıkan işletme gereğinin işyerinde işgücü fazlalığına sebep olması ve feshin son çare (ultima ratio) olması gerekir.

³⁴⁷ **KAR**, s. 230.

³⁴⁸ **KAR**, Bektaş (2008), İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, ÇT., S.2, s. 108 vd. (İşletme Gerekleri); **BİRBEN**, Erhan (2006), İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, DEÜHFD., C.8, S.2, s. 7, 8 (İşletme Gerekleri); **SÜZEK**, s. 588, 589.

³⁴⁹ Y. 9. HD., 30.05.2018, 2017/26634, 2018/12155; Y. 9. HD., 21.05.2018, 2017/26729, 2018/11164; Y. 22. HD., 26.04.2018, 3227/10013; Y. 22. HD., 26.04.2018, 3674/9852; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.09.2018.

³⁵⁰ **SÜZEK**, s. 587; **KAR**, İşletme Gerekleri, s. 104 vd.; Y. 9. HD., 12.03.2018, 2017/25500, 2018/4864; Y. 9. HD., 03.05.2010, 2009/20281, 2010/11870; Y. 9. HD., 01.03.2010, 2008/44373, 2010/5253; Y. 9. HD., 16.11.2009, 5142/31970; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 20.04.2018.

2.4.2.1. Ekonomik Güçlükler

İşyerinin ekonomik güçlükler yaşaması fesih için geçerli bir sebeptir. Buna örnek olarak; işletme faaliyetlerinde önemli ve sürekli düşüşler, ciro ve siparişlerde süregelen azalma, müşteri çevresinin azalması, ücret ödeme konusunda sıkıntıya düşülmesi, işyerini de etkileyen ekonomik kriz vb. gösterilebilir. Bu sebeplerin ortaya çıkması, işyerindeki faaliyetin eskisi gibi sürdürülmesine engel teşkil eder, üretimin düşmesi veya işyerinin bir bölümünün kapatılması sonucunu doğurur ve bu sebeple işgücü fazlası ortaya çıkarsa fesih için geçerli sebepten söz edilebilir³⁵¹.

Geçerli bir sebepten bahsedilebilmesi için işverence ileri sürülen ekonomik güçlüğü gerçek olması gerekir. Her somut olayda ekonomik güçlüğü mevcut olup olmadığı mahkeme tarafından araştırılacaktır. Yine geçerli bir fesihten söz edebilmek için yalnızca fesih sebebinin varlığı değil, bunun feshi kaçınılmaz kıldığına da işveren tarafından ispat edilmesi gerekir. Geçici ekonomik güçlükler fesih için geçerli sebep oluşturmaz³⁵².

Ülkede meydana gelen ekonomik krizin varlığı, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi için tek başına yeterli olmaz. Geçerli bir fesihten söz edebilmek için ekonomik krizin söz konusu işletmeyi doğrudan etkilemesi ve buna bağlı istihdam fazlasının oluşması gerekmektedir³⁵³.

İşyerinin kapatılması halinde ise geçerli bir fesihten söz edilebilecektir. Ancak işverene ait birden fazla işyeri varsa, işçinin başka bir işyerinde değerlendirilme

³⁵¹ SÜZEK, s. 587; CENTEL, s. 106 vd.; KESER, s. 514 vd.

³⁵² GÜZEL, Ali (2005), İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi), ÇT., S.1, s. 172 (Karar İncelemesi); SÜZEK, s. 587, 588; Y. 22. HD., 02.07.2015, 278/23164; Y. 22. HD., 04.05.2015, 11898/15960; Y. 9. HD., 14.02.2011, 6396/2628; Y. 9. HD., 14.02.2011, 5030/2691; Y. 9. HD., 10.12.2010, 2009/41815, 2010/37214; Y. 9. HD., 15.10.2010, 2009/31332, 2010/29175; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 22.04.2018.

³⁵³ Y. 22. HD., 30.03.2012, 2011/13279, 2012/6005; Y. 22. HD., 20.03.2012, 2011/9312, 2012/4973; Y. 9. HD., 08.06.2011, 2010/3350, 2011/17085; Y. 9. HD., 13.04.2011, 2009/41903, 2011/11148; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 22.04.2018.

olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Aksi halde geçerli bir fesihten söz edilemez. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır³⁵⁴.

2.4.2.2. Yeniden Yapılanma (Reorganizasyon)

Yeniden yapılanma (reorganizasyon), kelime anlamı itibariyle bir kurum, kuruluş veya işletmenin, personel ve çalışma düzeni bakımından yeni bir yapıya kavuşması olarak tanımlanabilir³⁵⁵. İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarmaya ilişkin 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında “*ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri*” kavramından söz edilmiştir. Yine İş Kanunu'nun işyeri devrine ilişkin 6'ncı maddesinin 5'inci fıkrasında, “*ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliği*” kavramına yer verilmiştir.

Herhangi bir ekonomik güçlük olmasa bile işveren işletmesini daha verimli hale getirmek, rekabetteki gücünü arttırmak amacıyla işletmesini yeniden yapılandırmak isteyebilir. Yeniden yapılanma halinde mevcut bir ekonomik riskten ziyade, muhtemel riskler göz önünde bulundurularak geleceğe yönelik tedbirlerin alınması söz konusudur. Dolayısıyla yeniden yapılanma halinde de geçerli sebeple fesih durumu gündeme gelebilir³⁵⁶.

Üretimin azaltılması, üretim konusunun veya yöntemlerinin değiştirilmesi, işyerindeki bazı bölümlerin birleştirilmesi veya kapatılması, verimli olmayan işletme faaliyetlerine son verilmesi, üretim çeşitliliğinin azaltılarak belirli mal veya hizmetlerin üretimine yoğunlaşmak gibi durumlar yeniden yapılanmaya örnek verilebilir³⁵⁷. Bu tedbirler neticesinde işyerinde bazı işçilerin çalışma olanağı kalmayabilir. İşveren, ihtiyaç fazlası işçilerin iş sözleşmelerini geçerli sebeple feshedebilir.

³⁵⁴ SUBAŞI, s. 42 vd.; KESER, s. 504 vd.; Y. 9. HD., 05.02.2007, 30457/2229; Y. 9. HD., 04.12.2006, 30160/31903; Y. 9. HD., 17.06.2004, 3313/15131; Kararlar için bkz., TULUKCU, s. 227, dn. 343.

³⁵⁵ Tanım için bkz., TDK. (Türk Dil Kurumu), http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ba75e2d7caa67.7469731, ET.: 25.04.2018.

³⁵⁶ SÜZEK, s. 589.

³⁵⁷ SÜZEK, s. 589.

İşyerinde yeniden yapılanma kararının alınması, iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi bakımından tek başına yeterli değildir. İş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi için bu karar uygulamaya konmuş olmalı, ayrıca ciddi ve gerçek olmalıdır³⁵⁸.

Yargıtay, norm kadro fazlası işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli sebeple feshedilebileceğini; ancak norm kadro sayısının ve işyerine yeni işçi alınıp alınmadığının mahkemece araştırılması gerektiğini belirtmiştir³⁵⁹.

Şirket birleşmeleri yoluyla yeniden yapılanmaya gidilmesi halinde de işyerindeki bazı bölümlerin kapatılması gündeme gelebilir. Nitekim iki şirketin birleşerek tek şirket haline gelmesi birtakım yapısal değişiklikleri zorunlu kılabilir³⁶⁰. Bu sebeple şirket birleşmeleri neticesinde mevcut bölümün kapatılması, diğer şartların da varlığı halinde geçerli fesih sebebidir³⁶¹.

İş sözleşmesinin feshi amacıyla kötünietli olarak yeniden yapılanmaya gidilmesi geçerli bir feshe dayanak oluşturmaz. Bu durumda TMK. m.2 gereğince hakkın kötüye kullanımı söz konusudur³⁶².

İşyerinin devri halinde, salt bu sebeple iş sözleşmesinin feshi mümkün değildir. Bu husus İŞK. m.6/5'te açıkça düzenlenmiştir. Ancak yine aynı fıkarda, devreden veya devralan işverenin, ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih haklarının saklı olacağı hükme bağlanmıştır.

³⁵⁸ SÜZEK, s. 589, 590.

³⁵⁹ Y. 22. HD., 10.10.2016, 20818/23073; Y. 22. HD., 10.10.2016, 20817/23072; Y. 22. HD., 07.04.2015, 7935/12942; Y. 9. HD., 21.11.2006, 22624/30737; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 25.04.2018.

³⁶⁰ TULUKCU, s. 218, Yazara göre, şirket birleşmeleri halinde, farklı şirketlere ait teknolojik yapının teke indirilmesi, verimlilik ve kâr artırma veya masrafları ve maliyeti azaltma, yardımcı nitelikteki işlerin teminini sağlayan şirketin bu faaliyetinin artık mal ve hizmet üreten şirket tarafından yerine getirilmesi veya bu tür işlerin alt işverene yaptırılması ve böylece bu işi yapan şirketin faaliyetine artık ihtiyaç duyulmaması gibi ihtimaller ortaya çıkabilir.

³⁶¹ TULUKCU, N. Binnur (2010), Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklileriyle İş Sözleşmesinin Feshi (Karar İncelemesi), Sicil, S.18, s. 129 vd. (Karar İncelemesi); Y. 9. HD., 01.10.2007, 14197/28550; Y. 9. HD., 05.05.2008, 2007/31277, 2008/11300; Y. 9. HD., 28.09.2005, 29563/31493; Y. 9. HD., 17.06.2008, 2007/39436, 2008/16359; Kararlar için bkz., KESER, s. 480, dn. 1221.

³⁶² SÜZEK, s. 590.

Dolayısıyla devir sebebiyle yeniden yapılanma sürecine giren işveren, diğer şartların da varlığı halinde iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedebilir³⁶³.

Bir işin alt işverene devri halinde ise yalnızca bu sebeple sözleşmenin feshi mümkün değildir. Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Dolayısıyla bu uygulama neticesinde işyerinde istihdam fazlası işçi ortaya çıkabilir. Bu durumda geçerli bir fesihden söz edebilmek için, öncelikle alt işveren ilişkisinin İşK. m.2/6'da öngörülen koşullara uygun şekilde kurulması ve muvazaanın bulunmaması gerekmektedir³⁶⁴.

2.4.2.3. Teknolojik Gelişmeler

İşyerinde uygulanan teknolojik gelişmeler de fesih için geçerli sebep oluşturabilir. Nitekim geçmişten gelen birikimin de etkisiyle günümüzde teknolojinin gelişme hızı oldukça yüksektir. İşyerleri, bu gelişmelere uyum sağlamak amacıyla birtakım işletmesel kararlar alabilir. Örneğin, daha önce tamamı insan gücü ile yapılan paketleme işlemi, artık daha az insan gücü kullanılarak makinalara devredilebilir, yeni üretim araçları ile daha az sayıda işçiye ihtiyaç duyulabilir veya bilgisayar sistemleri sayesinde bazı işlerin ortadan kaldırılması söz konusu olabilir. Ayrıca teknolojik gelişmeler neticesinde vasıflı işçilere duyulan ihtiyaç da artabilir. Böylelikle vasıfsız işçilerin yerini vasıflı işçiler alabilir. İşte tüm bu sebepler fesih için geçerli bir dayanak oluşturur³⁶⁵.

2.4.3. İşin Ortadan Kalkması veya İstihdam Fazlasının Ortaya Çıkması

İş sözleşmesinin işletme gerekleri sebebiyle feshedilmesinin bir diğer koşulu ise ekonomik, yapısal veya teknolojik nedenler neticesinde işyerinde, işçinin işinin ortadan kalkması ve istihdam fazlasının doğmasıdır. Bu durumda işçinin çalışmayı sürdürme olanağı kalmamaktadır.

³⁶³ **KURT/KOÇ**, s. 374; Y. 22. HD., 22.12.2011, 5329/8043; Y. 22. HD., 08.12.2011, 3789/6907; Y. 22. HD., 08.12.2011, 3790/6908; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 27.04.2018.

³⁶⁴ **KAR**, s. 240 vd.; **TULUKCU**, s. 233, 234; **KESER**, s. 451 vd.; Y. 7. HD., 24.12.2015, 31761/26696; Y. 22. HD., 14.10.2015, 24916/28739; Y. 9. HD., 11.03.2015, 3861/10184; Kararlar için bkz., **ÇİL**, İlke Kararları, s. 465 vd.

³⁶⁵ **SÜZEK**, s. 591; **KURT/KOÇ**, s. 372, 373; **CENTEL**, s. 106 vd.; **AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN**, s. 177.

İşletme zarar ediyor olsa dahi işveren aynı şekilde üretime devam ediyor ve işgücü ihtiyacı da azalmıyorsa, işletme gereğinden söz edilemez ve fesih geçersiz sayılır³⁶⁶. Nitekim işletmenin zarar etmesi, iş sözleşmesinin feshi için tek başına geçerli bir sebep teşkil etmez. Bunun için işçinin yaptığı işin ortadan kalkması ve bir istihdam fazlasının doğması, işçinin başka şekilde istihdam edilememesi gerekir.

İşveren, bazen ekonomik veya teknolojik gelişmelerden ötürü işin niteliğinde değişikliğe gidebilir. Bu durumda işçi ihtiyacı aynı kalmış olsa dahi o işin niteliğine uygun düşmeyen bazı işçilerin çalışma olanağı kalmayabilir. Örneğin, ürünlerinin dağıtımını motosiklet ile yapan bir işyeri, almış olduğu bir kararla bundan sonra otomobil ile dağıtım yapmak isteyebilir. Bu durumda işçiye duyulan ihtiyaç azalmasa da “A” sınıfı sürücü belgesi bulunan işçiler vasıfsız işçi konumuna düşer ve bunların yerine “B” sınıfı sürücü belgesine sahip vasıflı işçi istihdam etme ihtiyacı doğabilir. Bu durumda geçerli bir fesihten söz edilebilir. Ancak böyle bir durum söz konusu değilse ve çıkarılan işçinin yerine yeni bir işçi işe alınırsa, işçinin işinin ortadan kalkmadığı ve işyerinde istihdam fazlasının bulunmadığı sonucuna varılır³⁶⁷. Yargıtay da bu tür durumlarda, yapılan feshin geçersiz olduğunu içtihat etmektedir³⁶⁸.

3. GEÇERLİ SEBEP OLARAK KABUL EDİLMİYEN HALLER

Geçerli sebep olarak kabul edilmeyen haller, İşK. m.18/3'te örnekseme suretiyle sayılmıştır. Bu sebepler, UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 5'inci ve 6'ncı maddeleriyle de uyumlu düzenlenmiştir. Buna göre; sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak; işyeri sendika temsilciliği yapmak; mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak; ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik,

³⁶⁶ SÜZEK, s. 592.

³⁶⁷ SÜZEK, s. 592, 593.

³⁶⁸ Y. 9. HD., 28.05.2018, 4244/11786; Y. 22. HD., 26.04.2018, 3225/10032; Y. 22. HD., 17.04.2018, 2630/8727; Y. 9. HD., 15.03.2010, 2009/16852, 2010/6666; Y. 9. HD., 14.07.2008, 22104/19977; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.09.2018.

doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler; İşK. m.74'te öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek; hastalık veya kaza nedeniyle İşK. m.25/1-I-b'de öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık gibi sebepler fesih için geçerli sebep teşkil etmez.

Maddede belirtilen sebepler sınırlı sayıda değildir. Uygulamada sık rastlanan haller hüküm altına alınarak işverenler tarafından başvuru bazı fesih sebeplerinin önüne geçilmek istenmiştir³⁶⁹. Ayrıca geçerli sebebin varlığına ilişkin ispat yükü işverende olsa da işçi, feshin maddede sayılan sebeplerden birine dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (İşK. m.20/2)³⁷⁰.

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE USUL

4.1. Fesihten Önce İşçinin Uyarılması

İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin feshinden önce işçinin uyarılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak gerek İş Hukuku öğretisinde gerekse UÇÖ.'nün 166 sayılı Tavsiye Kararı'nda işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, işçinin önceden uyarılması gerektiği kabul edilmektedir³⁷¹. Her ne kadar UÇÖ.'nün tavsiye kararlarının taraflar açısından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmasa da TMK. m.2 gereğince işveren de fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanmalı ve işçiye bu hususta son bir fırsat vermelidir. Uyarı, yazılı veya sözlü olabilir. Ancak UÇÖ.'nün 166 sayılı Tavsiye Kararı'nda da belirtildiği üzere, ispat kolaylığı sağlaması bakımından uyarının yazılı yapılmasında fayda vardır³⁷².

³⁶⁹ **BAKIRCI**, Kadriye (2006), İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi), Sicil, S.2, s. 116; **SÜZEK**, s. 598, 599; **TULUKCU**, s. 234.

³⁷⁰ **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 540 vd.; **KAR**, s. 171.

³⁷¹ **SÜZEK**, s. 599; **KAR**, s. 129 vd.; **TULUKCU**, s. 170.

³⁷² **SÜZEK**, s. 600.

Uyarı şartı, yalnızca değişme ihtimali bulunan durumlarda anlam kazanır. Nitekim uyarı neticesinde işçinin niteliklerinde herhangi bir değişim olması mümkün değilse uyarıda bulunulmasına da gerek yoktur³⁷³.

4.2. Feshin Makul Bir Süre İçerisinde Yapılması

Fesih hakkının kullanımına ilişkin İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, makul süre içerisinde bu hakkın kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir³⁷⁴. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerden kaynaklanan haklı sebeple fesih hakkına ilişkin İşK. m.26'da öngörülen hak düşürücü süreler, geçerli sebeple yapılan fesihler için öngörülmemiştir. Yargıtay da geçerli sebeple fesih hakkının makul süre içerisinde kullanılması gerektiğini belirtmektedir³⁷⁵.

4.3. Fesih Bildiriminin Yazılı Şekilde Yapılması

İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, fesih bildiriminin yazılı yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca yazılı bildirim şartının düzenlendiği İşK. m.109'da da işçinin imzadan imtina etmesi halinde durumun tutanakla tespit edileceği belirtilmiştir.

Kanun'da öngörülen "yazılılık" ispat değil, geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla sözlü yapılan fesih bildirimleri, başkaca herhangi bir hususa bakılmaksızın geçersiz sayılacaktır. Ancak iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde yazılılık şartı aranmaz³⁷⁶.

³⁷³ SÜZEK, s. 600, Yazara göre, ileri derecede yabancı dil bilgisi veya üst düzeyde teknik bilgi gerektiren işlerde, bu niteliklere ulaşması kısa süreli bir eğitimle mümkün olmayacak işçilerin uyarılmasına gerek yoktur.

³⁷⁴ SÜZEK, s. 600; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 293, 294; KAR, s. 128, 129; TULUKCU, s. 276; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 526.

³⁷⁵ Y. 9. HD., 21.03.2018, 2015/12180, 2018/5915; Y. 9. HD., 22.01.2018, 2016/35051, 2018/768; Y. 9. HD., 22.01.2018, 2016/34306, 2018/762; Y. 7. HD., 21.01.2016, 2015/32122, 2016/620; Y. 22. HD., 19.02.2015, 3270/6143; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 02.05.2018.

³⁷⁶ SÜZEK, s. 601; TULUKCU, s. 269 vd.; MANAV, s. 326 vd.; KAR, s. 121 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 291; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 527, 528; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 182; Y. 9. HD., 08.02.2018, 2017/28048, 2018/2020, "Yazılı şekil, ayrıca açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonu haizdir. Yazılı şekil, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Madde uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorundadır. Buna karşılık, aynı Kanun'un 25'inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle

4.4. Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Bir Şekilde Belirtilmesi

İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında işverenin fesih bildirimi yaparken, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Aksi halde fesih geçersiz sayılacaktır. Dolayısıyla işveren, fesih bildiriminde genel geçer, muğlak veya yalnızca “işçinin yetersizliği”, “işçinin davranışları” ya da “işletme gerekleri” gibi kalıp ifadeler kullanamayacaktır. Örneğin, işçinin hangi bakımdan yetersiz olduğu veya hangi davranışların feshe yol açtığı açık ve kesin bir biçimde ortaya konmalıdır³⁷⁷.

İşveren, fesih sırasında belirttiği sebeplerle bağlıdır. Bu sebepleri sonradan genişletip, değiştiremez³⁷⁸. Ayrıca işveren tarafından şarta bağlı fesih yapılamaz³⁷⁹. Fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla bu şarta aykırı fesihler geçersiz fesih sayılacaktır³⁸⁰.

4.5. Fesihten Önce İşçinin Savunmasının Alınması

İşçinin savunmasının alınmasına ilişkin şart İşK. m.19/2'de düzenlenmiştir. Bahsi geçen fıkra göre; hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle

derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır. ‘Geçerli bir sebep’ yazılı fesih bildirimi ile belirtme zorunluluğu, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için zorunludur (Dairemizin 23.06.2008 gün ve 2007/41025 Esas, 2008/17104 Karar sayılı ilâmı).”; Y. 9. HD., 15.01.2018, 2016/33446, 2018/113; Y. 22. HD., 03.07.2017, 36034/15792; İzmir BAM. 9. HD., 16.04.2018, 223/625; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.05.2018.

³⁷⁷ SÜZEK, s. 601; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 527, 528; KAR, s. 123 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 177.

³⁷⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 176, 177; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 182; TULUKCU, s. 273.

³⁷⁹ TULUKCU, s. 273.

³⁸⁰ SÜZEK, s. 601, 602; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 527, 528; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 291, 292; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 182; Y. 9. HD., 28.03.2017, 2016/8342, 2017/5311, “4857 sayılı Kanun’un 19. maddesinin birinci fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimi yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse aynı Kanun’un 21. maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir. Kısaca yazılı fesih bildirimi, fesih sebebini açık ve kesin olarak bildirme geçerlilik şartıdır.”; Y. 9. HD., 23.12.2015, 31844/36499, “İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır.”; Y. 22. HD., 03.07.2017, 36032/15790; Y. 7. HD., 25.04.2016, 1142/9104; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 02.05.2018.

feshedilemez. Madde metninden de anlaşılacağı üzere savunmaya ilişkin şart, yalnızca işçinin yetersizliği veya davranışları sebebiyle yapılacak fesihlerde söz konusudur. Dolayısıyla işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde işverenin savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim işçiden kaynaklanmayan sebeplerden ötürü işçinin savunmasının alınması da anlamsız olacaktır. Yine işverenin, İşK. m.25/1-II'deki nedenlerle derhal fesih hakkını kullandığı hallerde de işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur (İşK. m.19/2). Bu hüküm, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir³⁸¹. Yargıtay, İşK. m.25/1-II dışında kalan haklı nedenlerle derhal fesih hakkının kullanıldığı hallerde ise işçinin savunmasının alınması gerektiğini belirtmektedir. Buna gerekçe olarak ise İşK. m.19/2'de, yalnızca İşK. m.25/1-II'ye atıf yapıldığını ileri sürmektedir³⁸². Ancak Yargıtay, 19 Ekim 2018 tarihinde vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararında, İşK. m.25/1-I-b'ye göre sağlık nedeniyle derhal fesih hakkının kullanıldığı hallerde, işçinin savunmasının alınmasına gerek olmadığını kararlaştırmıştır³⁸³.

İşçinin savunmasının alınmasına ilişkin şart, UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde de düzenlenmiştir. Gerek Sözleşme'de gerekse İşK. m.19/2'de "*işçinin verimi*" ifadesine yer verilse de bu ibareyi "*işçinin yetersizliği*" olarak nitelendirmek daha uygun olacaktır³⁸⁴.

Savunmanın ne şekilde alınacağına ilişkin İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İşveren, işçinin savunmasını yazılı veya sözlü olarak alabilir.

³⁸¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 529, 530, Yazarlara göre bu hüküm, doktrinde haklı olarak eleştirilse de uygulama bakımından bu eleştirinin önemi bulunmamaktadır. Nitekim uygulamada birçok işveren, İşK. m.25/1-II hükmü gereğince fesih hakkını kullanmadan önce işçinin savunmasını almaktadır; EYRENCİ/TASKENT/ULUCAN, s. 177; SÜZEK, s. 602, Yazara göre, bu hükmü isabetli bulmak mümkün değildir; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 183; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 293.

³⁸² Y. 9. HD., 24.05.2017, 2016/13617, 2017/8796; Y. 9. HD., 31.10.2016, 2015/35476, 2016/18795; Kararlar için bkz., www.kazanci.com, ET.: 02.07.2018.

³⁸³ Y. İBHGK., 19.10.2018, 2017/9, 2018/10, RG., 09.05.2019, 30769, "İşçinin sağlık nedenleriyle bekleme süresini aşan işe devamsızlığının bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşması, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için yeterlidir. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde, işçiden savunma alınması gerekmemektedir.", www.resmigazete.gov.tr, ET.: 09.05.2019.

³⁸⁴ SÜZEK, s. 602; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 529; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 182, 183.

Ancak savunmanın alındığına ilişkin ispat yükümlülüğü işverenin üzerinde olduğundan, yazılı olarak alması işveren bakımından ispat kolaylığı sağlayacaktır³⁸⁵.

Geçerli bir savunmadan bahsedebilmek için savunmanın fesih bildiriminden önce alınmış olması gerekir. Savunmaya ilişkin şart, geçerlilik şartı olduğundan işçinin savunması alınmadan yapılan fesihler geçersiz fesih sayılacaktır³⁸⁶.

5. FESİH BİLDİRİMİNE İTİRAZ VE USULÜ

5.1. Genel Olarak

İş güvencesinin en önemli amacı sözleşmenin zayıf tarafını temsil eden işçileri, işverenin keyfi davranışlarına karşı korumaktır. Gerçek anlamda bir iş güvencesinden söz edebilmek için işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti gerekir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddeye göre; hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır. Son verme işlemine yetkili merci tarafından izin verilmesi halinde, bu maddenin 1'inci bendi, ulusal mevzuat veya uygulamaya göre değişik şekillerde uygulanabilir. Bir işçi hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmamışsa bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır.

İş Kanunu'nun 20'nci maddesinin 1'inci fıkrasında feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin, işçinin uyuşmazlığı özel hakeme veya mahkemeye götürme hakkı

³⁸⁵ SÜZEK, s. 603; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 177, 178; TULUKCU, s. 276.

³⁸⁶ SÜZEK, s. 603; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 292, 293; KAR, s. 136; TULUKCU, s. 275, 276; Y. 9. HD., 03.05.2018, 2017/24792, 2018/9808, "İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur (Dairemizin 15.09.2008 gün ve 2008/1868 Esas, 2008/23538 Karar sayılı ilâmı)."; Y. 9. HD., 05.04.2018, 2017/24530, 2018/7670; Y. 9. HD., 07.02.2018, 2017/26590, 2018/1797; Y. 22. HD., 22.10.2015, 27667/29615; Y. 7. HD., 08.12.2016, 28126/20791; Samsun BAM. 7. HD., 29.05.2018, 2175/2320; İstanbul BAM. 27. HD., 24.05.2018, 1411/809; Bursa BAM. 3. HD., 24.05.2018, 1473/1500; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 02.07.2018.

düzenlenmiştir. Dolayısıyla feshin geçersiz olduğu kanısında olan işçi, İşK. m.20 hükümleri gereğince özel hakem veya mahkemeye başvurabilecektir. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun³⁸⁷ yürürlüğe girmesiyle birlikte, işe iade davalarında arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Arabulucuya başvuru zorunluluğu dava şartı olarak düzenlenmiştir (İMK. m.3/1). İşçinin arabulucuya başvurmaksızın doğrudan iş mahkemesinde dava açması halinde, dava usulden reddedilecektir (İşK. m.20/1). Bu sebeple tez çalışmamızın bu bölümünde işe iade davalarına değinmeden önce arabuluculuk hükümlerini kısaca inceleyeceğiz.

5.2. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk kavramı, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun³⁸⁸ 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının b bendinde tanımlanmıştır. Buna göre arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi anlamına gelmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir arabulucu vasıtasıyla tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde uzlaşmalarını sağlamayı hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir³⁸⁹.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğünden önce, herhangi bir uyuşmazlık bakımından dava şartı olarak arabulucuya başvurma gibi bir zorunluluk öngörülmemiştir. Arabuluculuk, HUAK. m.3'te de belirtildiği gibi iradi bir süreçti ve taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu

³⁸⁷ RG., 25.10.2017, 30221.

³⁸⁸ RG., 22.06.2012, 28331.

³⁸⁹ **TANRIVER**, Süha (2006), Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD., S.64, s. 165; **MANAV**, Eda (2015), İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, ÇT., S.4, s. 205 (Alternatif Çözüm Yöntemleri); **KURT**, Resul (2018), İş Yargısında Arabuluculuk, TBBD., S.135, s. 407, 408; **EKMEKÇİ**, Ömer/ **ÖZEKES**, Muhammet/ **ATALI**, Murat (2018), Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk (B.1), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/ii-uyusmazlik-cozum-yontemi-olarak-arabuluculuk-arabuluculugun-anayasa-karsisindaki-durumu-ve-temel/1>, ET.: 19.10.2018.

süreçten vazgeçmek konusunda serbestti. İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte işçi ve işveren arasındaki alacak, tazminat ve işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvuru, dava şartı olarak düzenlenmiş ve zorunlu arabuluculuk sistemi hukukumuzda bu şekilde girmiştir³⁹⁰.

İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların niteliği gereği kısa sürede çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum, özellikle de işe iade davaları yönünden önem arz etmektedir. İşe iade davalarında esas amaç, feshin geçersizliğini tespit etmek suretiyle işçinin işine bir an önce dönmesini sağlamaktır. Mahkemelerin iş yükü ve yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında, işe iade davalarının kısa sürede sonuçlandırılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. İşte bu sebeple arabuluculuk faaliyeti, uyuşmazlığın kısa sürede çözüme kavuşturulması noktasında büyük öneme sahiptir³⁹¹.

Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun, zorunlu hale getirilmesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tartışılabilir. Gerçekten de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde taraf iradeleri esas alınmaktadır. Bu husus, HUAK. m.3/1'de de belirtilmiştir. Buna göre, arabulucuya başvurmak konusunda taraflar serbesttir. Hiç kimse arabulucuya başvurmaya zorlanamaz. Ancak İMK. m.3/1'de ise kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Yine İşK. m.20/1'de de işe iade davası açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, her iki kanun da arabulucuya başvuru konusunda birbirlerine aykırı hükümler içermektedir. Ancak iş uyuşmazlıklarında İş Mahkemeleri Kanunu ve İş Kanunu

³⁹⁰ **BİLGİLİ**, Abbas (2018), İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Bakış, EBGMD., S.10, s. 67 vd. (Eleştirel Bakış), Yazara göre, 7036 sayılı Kanun ile getirilen sistem zorunlu arabuluculuk sistemidir ve “zorunlu arabuluculuk” kavramı yerine “dava şartı olarak arabuluculuk” kavramının kullanılması aşırı bir gayretkeşliktir; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/ucuncu-bolum-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 19.10.2018, Yazarlara göre, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu henüz Tasarı Taslağı şeklinde kamuoyu ile paylaşılırken maddenin kenar başlığı “zorunlu arabuluculuk” olarak öngörülmüştü. Daha sonra yalnızca madde kenar başlığı değiştirilerek “dava şartı olarak arabuluculuk” ifadesine yer verilmişse de maddenin içeriği ve düzenlemenin amacında herhangi bir değişiklik olmamıştır; **KURT**, s. 405.

³⁹¹ **ODAMAN**, Serkan/ **KARAÇÖP**, Eda (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil, S.35, s. 58.

hükümleri, özel kanun niteliği taşıdığından, HUAK. m.3/1 uygulanmaz³⁹². İşte bu noktada zorunlu arabuluculuk sisteminin Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ncı maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesine aykırı olup olmadığı gündeme gelecektir.

Kanaatimizce zorunlu arabuluculuk sistemi, her ne kadar dava şartı olarak öngörülmüş olsa da hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkına engel olacak nitelikte değildir. Nitekim arabulucuya başvurunun herhangi bir harca veya ücrete tabi tutulmaması, arabuluculuk sürecinin üç haftalık süre içerisinde sonuçlandırılması gerektiği (İMK. m.3/10), tarafların anlaşamamaları halinde arabuluculuk ücretinin iki saate kadar olan kısmının Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanması (İMK. m.3/14) ve arabuluculuk sürecinde zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi (İMK. m.3/17) gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyeti veya adil yargılanma hakkını engellemesi söz konusu değildir. Üstelik tarafların süreci devam ettirme zorunlulukları da bulunmamaktadır³⁹³. Anayasa Mahkemesi de 7063 sayılı Kanun'la öngörülen zorunlu arabuluculuk sisteminin Anayasa'ya aykırı olmadığına kanaat getirmiştir³⁹⁴.

İşe iade davalarında zorunlu arabuluculuk, İMK. m.3/1'de dava şartı olarak öngörülmüştür. Bahsi geçen maddeye göre; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Düzenlemeye göre, arabulucuya başvuru zorunluluğu için kanuna veya bireysel yahut toplu iş

³⁹² ODAMAN/KARAÇÖP, s. 63; KAR, s. 363.

³⁹³ ODAMAN, Serkan/ KARAÇÖP, Eda (2018), İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil, S.39, s. 59, 60 (Arabuluculuğun Bugünü ve Geleceği); TANRIVER, s. 153 vd.; MANAV, Alternatif Çözüm Yöntemleri, s. 207; TULUKCU, s. 280; KURT, s. 428; Aksi görüş için bkz.; GÜZEL, Ali (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, ÇT., S.4, s. 1135 (Aykırı Düşünceler), Yazara göre, zorunlu arabuluculuğu düzenleyen hükümler arabuluculuk yönteminin ruhuna ve arabuluculuğun ihtiyari bir süreç olması ve taraf iradelerine dayanması ilkeleri gereğince Anayasa'ya da aykırıdır; BİLGİLİ, Eleştirel Bakış, s. 69, 70, Yazara göre, zorunlu arabuluculuk müessesesi ile eşit olmayan iki tarafın arabuluculuk masasındaki pazarlıkta adil olmayan sonuçlara ulaşması muhtemeldir ve bu sebeple zorunlu arabuluculuk sistemi hak arama özgürlüğüne kısıtlama getirdiğinden Anayasa'ya ve uluslararası normlara aykırıdır; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/ucuncu-bolum-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 19.10.2018.

³⁹⁴ AYM., 11.07.2018, 2017/178, 2018/82, RG., 11.12.2018, 30622, www.resmigazete.gov.tr, ET.: 11.12.2018.

sözleşmesine dayanan alacak veya tazminat taleplerinin iş ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir. Dolayısıyla işçi tarafından talep edilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi, eğitim giderleri gibi alacak ve tazminat davalarında dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır. Yine Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmeleri (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamındaki işçi ve işverenler arasındaki alacak ve tazminat taleplerinde de öncelikle arabulucuya başvuru zorunluluğu gündeme gelecektir. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklar da İMK. m.5 gereğince iş mahkemelerinin görev alanına girecektir³⁹⁵. Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndan doğan işçi ve işveren alacakları ve tazminatları ile işe iade talebiyle açılan davalar bakımından da arabulucuya başvuru, dava şartı olarak öngörülmüştür³⁹⁶. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında ise arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır^{397, 398}.

İş Mahkemeleri Kanunu ile uyum sağlamak amacıyla İşK. m.20'de, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11'inci maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Bu

³⁹⁵ **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/b-konu-itibariyle-zorunlu-arabuluculuga-tabi-olan-ve-olmayan-uyusmazliklar-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 19.10.2018, Böylelikle 5521 sayılı Kanun döneminde Borçlar Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, asliye hukuk mahkemelerinde görülmesine son verilmiştir.

³⁹⁶ **KAR**, Bektaş (2018), İş Yargılaması Usulü (B.1), Ankara, Yetkin, s. 393 vd. (İş Yargılaması); **ODAMAN/KARAÇÖP**, Arabuluculuğun Bugünü ve Geleceği, s. 49; **KAR**, s. 360, 361; **KURT**, s. 429; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/b-konu-itibariyle-zorunlu-arabuluculuga-tabi-olan-ve-olmayan-uyusmazliklar-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 19.10.2018, Yazarlara göre, işçinin hayatta iken hak kazandığı örneğin, ücret, prim, yıllık izin ücreti ve benzeri ödemeler veya iş sözleşmesinin feshi nedeniyle hak kazandığı kıdem ve ihbar tazminatı için mirasçıların açacağı davalarda da arabulucuya başvuru zorunludur.

³⁹⁷ **KURT**, s. 430, Yazara göre, bu düzenlemenin temel sebebi maddi ve manevi tazminat davaları ile ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarının belirli standartlara dayanması ve nitelikli uzman yoluyla çözüme kavuşturulabilmesidir; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/2-arabuluculugun-ihtiyari-oldugu-uyusmazliklar-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 19.10.2018.

³⁹⁸ Arabulucuda çözümlenmesi mümkün olmayan uyuşmazlıklar için bkz., **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/3-arabulucuda-cozumlenmesi-mumkun-olmayan-uyusmazliklar-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 19.10.2018.

değişiklikle birlikte iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Değişiklikten önceki düzenlemede dava açma süresi olarak öngörülen bir aylık süre, yeni düzenlemede arabulucuya başvuru süresi olarak öngörülmüştür³⁹⁹.

Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin görüldüğü yerdeki arabuluculuk bürosuna, büro kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (İMK. m.3/5). Başvuru, dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁴⁰⁰ m.23/3)⁴⁰¹. Arabulucu, büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede ismi yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucu görevlendirilir (İMK. m.3/6). Başvuran taraf, kendi bilgileri ile elinde bulunması şartıyla karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna vermelidir (İMK. m.3/7).

Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığına kendiliğinden karar veremez. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhal sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı taraflara tebliğ edilir. Yetki

³⁹⁹ **KAR**, İş Yargılaması, s. 399, Yazara göre, başvuru sırasında talep edilen alacakların tek tek nitelendirilmesi gerekir. Bu husus, zamanaşımının kesilmesi bakımından önemlidir. Bu sebeple genel bir alacak talebine ilişkin başvuru yapılmamalıdır; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/c-ise-iade-bakimindan-dikkate-edilmesi-gereken-hususlar-ve-sureler-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 20.10.2018, Yazarlara göre, bu sürenin başlangıcına ilişkin olarak zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin kabulünden önce doğrudan dava açmak bakımından kabul edilen hususlar ve tartışmalar burada da geçerlidir. Buna göre, feshin tebliğ edilmemesi söz konusu ise, süre işçinin fesih tarihini kesin olarak belirleyeceği işlem yaptığı tarihten itibaren işlemeye başlar. İşçi fesih bildirimini tebellüğden imtina ederse, bu durumda süre, İş Kanunu'nun 109'uncu maddesine göre tebliğden imtina edildiğinin belgelendiği, tutanağa bağlandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Şayet eylemli fesih durumu söz konusu ise süre, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren başlar. Feshe karşı idari itirazda bulunmak ya da raporlu olmak süreyi etkilemeyecektir.

⁴⁰⁰ RG., 02.06.2018, 30439.

⁴⁰¹ **KAR**, s. 363, Yazara göre, sözlü başvuru halinde Büro, başvuruyu tutanağa bağlamalı, talebi açıkça almalı ve taraf bilgilerini tutanağa yazmalıdır.

itirazının reddi durumunda aynı arabulucu tekrar görevlendirilir. Bu durumda, 10'uncu fıkra da belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden itibaren işlemeye başlar. Yetki itirazının kabulü halinde ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvuru tarihi, yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir (İMK. m.3/9)⁴⁰².

Arabuluculuk süreci, taraflara ek bir külfet getirmemesi ve yargılamayı uzatmaması amacıyla süreye bağlanmıştır. Buna göre arabulucu, görevlendirildiği tarihten itibaren en geç üç hafta içerisinde yapılan başvuruyu sonuçlandırmalıdır. Zorunlu hallerde bu süre, arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir (İMK. m.3/10)⁴⁰³. Arabuluculuk sürecinin başlangıç anı bakımından büroya başvuru tarihi esas alınmalıdır⁴⁰⁴.

Arabuluculuk sürecinin etkin bir şekilde işleyebilmesi için tarafların müzakerelere katılması gerekir. Aksi halde arabuluculuğa ilişkin hükümler prosedürden öteye geçmez ve yargının iş yükünü azaltmaktan ziyade süreci daha da kompleks bir hale getirebilir⁴⁰⁵. Bu yüzden kanun koyucu, toplantılara mazeretsiz katılmayan taraflar ile ilgili birtakım yaptırımlar öngörmüştür. Buna göre; taraflardan biri geçerli bir mazereti olmaksızın ilk toplantıya katılmaz ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona ererse, bu taraf dava sonucunda kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olur ve bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilmez. Her iki tarafın da toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine açılacak davalarda ise tarafların yapmış oldukları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır (İMK. m.3/12)⁴⁰⁶.

⁴⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz.; **KAR**, İş Yargılaması, s. 400 vd.; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/vi-zorunlu-arabuluculuk-surecinin-baslamasi-ve-arabulucunun-gorevlendirilmesi-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 20.10.2018.

⁴⁰³ **ODAMAN/KARAÇÖP**, Arabuluculuğun Bugünü ve Geleceği, s. 50, Yazarlara göre, süre uzatmanın söz konusu olduğu hallerde uzatma hususunun gerekçesinin de tutanak altına alınması ve imzalanması, ileride gündeme gelecek itirazların önüne geçebilmek bakımından önemlidir.

⁴⁰⁴ **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/b-arabuluculuk-surecinin-baslatilmasi-ve-sonuclari-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 20.10.2018.

⁴⁰⁵ **ODAMAN/KARAÇÖP**, Arabuluculuğun Bugünü ve Geleceği, s. 53.

⁴⁰⁶ **KAR**, İş Yargılaması, s. 409, 410.

Arabuluculuk ücretinin ne şekilde karşılanacağına ilişkin Kanun'da ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır (İMK. m.3/13-14). İşe iade talebiyle yapılan görüşmelerde tarafların anlaşmaları halinde, arabulucuya ödenecek ücret belirlenirken; işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların toplamı, üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilecek ve arabuluculuk ücreti bu miktar üzerinden belirlenecektir (İMK. m.3/13).

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade talebiyle arabulucuya başvurulması halinde; her iki işverenin de arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin uyumlu olması şartıyla anlaşma gerçekleşmiş sayılır (İMK. m.3/15)⁴⁰⁷. Taraflar arabuluculuk görüşmelerine bizzat katılabileceği gibi, kanuni temsilcileri veya avukatları vasıtasıyla da katılabilirler. Ayrıca işverenin yazılı olarak yetkili kıldığı çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve arabuluculuk son tutanağını imzalayabilir (İMK m.3/18). Yine görüşmelerde, uyuşmazlığın çözümüne fayda sağlayacak uzman kişiler de hazır bulunabilir (HUAK. m.15/6)⁴⁰⁸.

Tarafların arabuluculuk görüşmeleri neticesinde anlaşmaya varmaları halinde, anlaşma son tutanağı düzenlenir (HUAK. m.18/1, HUAK. Yön. m.25/6). Ancak işe iade talepli başvurularla ilgili anlaşma son tutanağının içeriği İşK. m.21/7'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde; işe başlatma tarihini, İşK. m.21/3'te düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını⁴⁰⁹, işe başlatmama halinde İşK.

⁴⁰⁷ KAR, İş Yargılaması, s. 391; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/iii-arabuluculuk-surecinde-asil-isveren-alt-isveren-iliskisi-ve-ise-iade-davalarinda-ozel-durum-978/1>, ET.: 19.10.2018.

⁴⁰⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/c-arabuluculuk-gorusmelerine-katilabilecek-diger-kisiler-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 19.10.2018, Yazarlara göre, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlama çerçevesinde arabuluculuk müzakerelerine katılan uzman kişiler, teknik anlamda bilirkişi değildirler. Bu kişilerin rolü, arabulucuyu ikna etmek değil (ki zaten arabulucunun karar verme yetkisi yoktur), özellikle uzmanlık gerektiren konularda hem taraflar hem arabulucu bakımından yardımcı olmak, durumun aydınlanmasına ve çözüme varılmasına katkı sağlamaktır. Ayrıca bu kişiler, tarafların konulara daha profesyonel bakmalarını sağlayabilir, uygun olmayan veya çelişkili bilgiler üzerinde gereksiz anlaşmazlıkların olmasını engelleyerek bilgi uyuşmazlıklarında arabuluculuğa yeni bir yol çizebilirler.

⁴⁰⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/c-anlasmaya-varilmasi-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 20.10.2018, Yazarlara göre taraflar, arabuluculuk faaliyeti

m.21/2’de düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi halde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. Görüldüğü üzere, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları halinde artık işçinin işe başlamak için işverene on iş günü içerisinde başvurması ve işverenin işçiye işe başlatılmak üzere davet etmesi gibi şartlar aranmayacaktır. İşveren, anlaşma son tutanağında belirtilen tarihte işçiye işe başlatmak zorundadır⁴¹⁰. İşçinin belirlenen tarihte işe başlamaması durumunda, fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olur.

Anlaşmanın sağlanması halinde taraflar, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini isteyebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde bu şerh, arabulucunun görev yaptığı yerdeki sulh hukuk mahkemesince verilir. Dava sırasında ise bu şerh, davanın görüldüğü mahkeme tarafından verilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge hükmündedir (HUAK. m.18/2). Taraflar, vekilleri ve arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi ise icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge hükmündedir (HUAK. m.18/4). Arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmaya varılması halinde, taraflarca üzerinde anlaşılan hususlarla ilgili dava açılmaz (HUAK. m.18/5)⁴¹¹.

Tarafların arabuluculuk görüşmeleri neticesinde kısmen anlaşmaları da mümkündür. Bu husus HUAK. Yön. m.25/6 ve 7’de düzenlenmiştir. Buna göre; taraflar uyuşmazlık konusu üzerinde kısmen anlaşılırsa süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bu durumda, üzerinde anlaşma sağlanan ve sağlanamayan hususlar son tutanakta açıkça belirtilmelidir. Aksi kararlaştırılmadıkça ücret, taraflardan eşitçe alınır⁴¹².

neticesinde anlaşılırsa İşK. m.21/3’te yer alan “*kararın kesinleşmesine kadar*” ifadesini “*anlaşmanın yapılmasına kadar*” olarak anlamak gerekir.

⁴¹⁰ **ASTARLI**, Muhittin (2017), 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil, S.38, s. 50; **KAR**, İş Yargılaması, s. 405; **KURT**, s. 436.

⁴¹¹ **KAR**, İş Yargılaması, s. 410 vd.

⁴¹² **ODAMAN/KARAÇÖP**, Arabuluculuğun Bugünü ve Geleceği, s. 58.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmanın sağlanamaması halinde ise anlaşamama son tutanağı düzenlenir. Davacı, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşamama son tutanağının aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Aksi halde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içerisinde mahkemeye sunulması gerektiği, sunulmadığı takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. Bu ihtarın gereği yerine getirilmezse, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir⁴¹³. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (İMK. m.3/2)⁴¹⁴. Bu maddeye uyum sağlamak amacıyla İşK. m.20/1’de değiştirilmiştir. Buna göre; arabulucuya başvuran işçi, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa, uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya 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 arabulucuya başvurulabilir (İşK. m.20/1).

Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süreler işlemez (İMK. m.3/17).

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3’üncü maddesinde arabuluculuğa ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca bahsi geçen maddede hüküm bulunmayan hallerde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği hükümleri de uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Ancak buna rağmen, bazı hususlar açık bir biçimde düzenlenmediğinden uygulamada tartışmalara yol

⁴¹³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/b-arabulucuya-basvurunun-dava-sarti-olmasinin-sonucu-ve-etkisi-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 20.10.2018, Yazarlara göre bu düzenleme, hukuki dinlenilme hakkına (HMK. m.27/2-a) aykırıdır.

⁴¹⁴ ODAMAN/KARAÇÖP, s. 61, Yazarlara göre, bu durumda mahkemenin davayı usulden reddetmesi yerine, dava şartı noksanlığını gidermesi için davacıya süre vermesi şeklinde bir düzenlemenin yapılması daha isabetli olurdu.

açabilir. Örneğin, asıl işveren ve alt işveren ilişkisinde alacak ve tazminat talebiyle alt işverene başvuran ve arabuluculuk neticesinde alt işverenle anlaşmaya varan işçi; alacağını alt işverenden tahsil edemezse, ilâm niteliğindeki belgeye dayalı bu alacağı, asıl işverene doğrudan ileri sürebilecek midir? Yoksa asıl işverene ileri sürebilmek için yeniden arabulucuya mı başvurmalıdır? İşe iade talebiyle yapılan başvurularda, İMK. m.3/15'te (anlaşmanın sağlanabilmesi için) hem asıl işveren hem de alt işverenin görüşmelere birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak alacak ve tazminat taleplerine ilişkin başvurularda bu hususla ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı sorun, işçinin alacak ve tazminat talebiyle yalnızca alt işveren için arabulucuya başvurusu ve anlaşmanın sağlanamamış olması halinde de ortaya çıkacaktır. Bu durumda da işçi asıl işveren için tekrar arabulucuya başvurmalı mıdır? Yoksa zorunlu arabuluculuk şartı yerine getirilmiş sayılarak her iki işveren aleyhine de dava mı açılmalıdır? Kanaatimizce bu durumda, asıl işveren için de ayrıca arabulucuya başvurulması gerekir⁴¹⁵.

İşçi, alacak ve tazminatları için dava açmaksızın ilâmsız icra takibi de yapabilir. Bu halde, takibe itiraz neticesinde itirazın iptali davası açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunun bulunup bulunmadığı gündeme gelecektir. Nitekim itirazın iptali davası iş mahkemelerinde açılacaktır. Peki iş mahkemeleri, arabulucuya başvuru şartını arayacak mıdır? Bu konuda açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir⁴¹⁶.

Bir diğer sorun ise işe iade talepli başvurularda, arabuluculuk neticesinde anlaşmaya varılması halinde, kararlaştırılan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakların ilâmlı icraya konu olup olmayacağıdır. Bilindiği üzere daha önce, bahsi geçen tazminat ve alacak kalemleri mahkeme tarafından parasal olarak değil, süre olarak belirleniyordu. Ancak İş Kanunu'nun

⁴¹⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/iii-arabuluculuk-surecinde-asil-isveren-alt-isveren-iliskisi-ve-ise-iade-davalarinda-ozel-durum-978/1>, ET.: 19.10.2018, Yazarlara göre, işe iade dışında kalan uyumsuzluklarda asıl işveren ve alt işverenin birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmadığından arabulucu nezdinde yapılan anlaşma, toplantıya katılmayan müteselsil sorumluyu bağlamayacaktır. Dolayısıyla toplantıya katılmayan taraf hakkında alacak ve tazminat talebine yönelik bir dava açılmak isteniyorsa, bu tarafla ilgili yeniden arabulucuya başvurmak gerekecektir; KAR, s. 362; KAR, İş Yargılaması, s. 392.

⁴¹⁶ KAR, s. 362; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/g-ilamsiz-takip-hakki-bakimindan-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 20.10.2018.

21'inci maddesini değiştiren 7036 sayılı İMK. m.12'ye göre mahkeme, artık işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen srelele ilişkin ücret ve diğer hakları parasal olarak belirleyecektir. Arabuluculuk neticesinde anlaşmaya varılması halinde de bahsi geçen tazminat ve alacaklar yine parasal olarak belirlenecektir (İşK. m.21/7). Madde gerekçesinde, parasal miktarların icra edileceğinden bahsedilse de ilâmlı veya ilâmsız icraya konu olması bakımından herhangi bir açıklık mevcut deęildir⁴¹⁷.

Kanaatimizce işe iadeye ilişkin kararlar, feshin geçersizliğinin tespiti niteliğinde olduğu için, arabuluculuk tutanağı veya mahkeme kararında belirtilen parasal miktarlar da bir eda hükmü değil, tespit hükmü niteliğindedir. Dolayısıyla işe iade talepli arabuluculuk başvuruları neticesinde imzalanan anlaşma son tutanağına mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilemez. Bu şerhi haiz olmayan tutanakların da ilâmlı icraya konu olması mümkün değildir. Bu sebeple ilâmsız icraya konu olacaktır⁴¹⁸. İlmsız icraya itiraz halinde ise alacağın tahsili için açılan davada, yeniden arabulucuya başvurma zorunluluğu gündeme gelecektir. Nitekim bu durumda artık işe iadeye ilişkin bir başvuru değil, işçi alacak ve tazminatına ilişkin bir başvuru söz konusudur⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Gerekçe, İMK. m.12.

⁴¹⁸ SÜZEK, s. 621 vd.; Aksi görüş için bkz.; ÖZEKES, Muhammet (2018), 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil, S.39, s. 62 vd., Yazara göre, yeni yapılan düzenlemelerle birlikte işe iade davalarının tespit davası niteliğinde olduğunu savunan görüş zayıflamıştır. İşe iade davası sonunda parasal hakların belirlenmesindeki değişiklik konusunda, kanun koyucunun ortaya koyduğu gerekçe ve özellikle arabuluculuk faaliyeti sonunda işe iadeye ilişkin varılacak anlaşmanın belirli şartlarda ilâm niteliğinde belge sayılması (HUAK. m.18/2-4), ilâm niteliğindeki belgelerin de ilâmlı icraya konulabilmesi (İİK. m.38) bunu gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Çünkü, (arabuluculuk faaliyeti sonucu ortaya çıkan) ilâm niteliğindeki belgeye ilâmlı icra imkânı tanıyıp, onunla aynı içeriğe sahip bulunan ve ondan daha güçlü olan (işe iade davası sonunda verilen) ilma bu imkânı tanımamak hukuk bir yana mantık kurallarıyla bağdaşmayacaktır; KURT, s. 437, Yazara göre, arabuluculuk son tutanağında belirlenen parasal miktarlar ilâmlı icraya konu olabilecektir; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/ix-zorunlu-arabuluculuk-faaliyetinde-varilan-anlasmanin-uygulanmasi-ve-icrasinin-gosterdigi/1>, ET.: 20.10.2018, Yazarlara göre, arabuluculuk neticesinde kararlaştırılan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar ilâmlı icranın konusunu oluşturur. Takip talebini alan icra müdürü, şayet işçi daha önce işe başlatılmak için işverene başvurmamışsa, işe iadeye ilişkin talebi bir işin yapılması veya yapılmaması hakkındaki ilâmlı icra hükümlerinin (İİK. m.30), parasal haklara ilişkin talebi ise para alacakları hakkındaki ilâmlı icra hükümlerinin uygulanmasına göre (İİK. m.32) işleme koyacaktır.

⁴¹⁹ ASTARLI, s. 47.

Zorunlu arabuluculuk bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun ise arabuluculuk vasıtasıyla emredici hükümlerin bertaraf edilip edilemeyeceğidir. İş Hukuku yapısı itibarıyla işveren karşısında güçsüz konumda bulunan işçileri korumayı amaçladığından, gerek mutlak gerekse nispi emredici hükümlere sık rastlanılmaktadır. Bu hükümlerin birçoğu, HUAK. m.1/2 gereğince tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları niteliğinde değildir. Ancak İş Mahkemeleri Kanunu ile uyuşmazlığın çözümünde tarafların bazı konularda tasarrufta bulunacakları öngörülmüştür⁴²⁰. Peki arabuluculuk vasıtasıyla emredici hükümlerin bertaraf edilmesi mümkün müdür? Örneğin, asgari ücret Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır. Asgari ücretin altında işçi çalıştırılması yasaktır. Yine İşK. m.32’de yer alan emredici hüküm gereğince; iş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanunlardan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. Arabuluculuk faaliyeti neticesinde taraflar, asgari ücretin altında bir miktarda anlaşmışlarsa arabulucu bu tutanağı imzalayacak mıdır? Yine İşK. m.21’de düzenlenen işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların asgari ve azami sınırları, aynı maddenin son fıkrası gereğince emredici niteliktedir. Sözleşmeler ile değiştirilemez ve aksi yöndeki sözleşme hükümleri de geçersizdir. Peki arabuluculuk faaliyeti neticesinde işe başlatmama tazminatının, işçinin dört aylık ücretinin altında veya sekiz aylık ücretinin üstünde kararlaştırılması mümkün müdür⁴²¹? Kanaatimizce arabuluculuk faaliyeti ile emredici hükümlerin bertaraf edilmesi mümkün değildir⁴²². Ancak doktrinde, taraflar arasındaki

⁴²⁰ KAR, s. 363.

⁴²¹ KAR, İş Yargılaması, s. 405, Yazara göre, tarafların anlaşması halinde yasal sınırların dışında herhangi bir belirleme yapılamaz. Örneğin, işe başlatmama tazminatının miktarı üç ay veya dokuz ay tutarında belirlenemez. Böyle bir belirlemede anlaşma sağlanamamış sayılmalıdır; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/c-anlasmaya-varilmasi-978-605-7542-17-5/1>, ET.: 20.10.2018, Yazarlara göre taraflar, işe iade konusunda anlaşmakla birlikte ödenecek ücret ve tazminatları İşK. m.21’de öngörülen sürelerin altında belirlerlerse anlaşmaya varılmamış kabul edilmeli ve son tutanak bu yönde tutulmalıdır; Aksi görüş için bkz., ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 536, Yazarlara göre taraflar, arabuluculuk aşamasında Kanun’da yer alan emredici hükümler ile bağlı olmaksızın boşta geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatının miktarını istedikleri gibi belirleyebilirler.

⁴²² KAR, İş Yargılaması, s. 416 vd.; GÜZEL, Aykırı Düşünceler, s. 1145; BİLGİLİ, Eleştirel Bakış, s. 70 vd., Yazara göre, arabuluculuk süreciyle İş Hukuku’na özgü nispi ve mutlak emredici hükümlerin bertaraf edilmesi mümkün değildir; ancak Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire

anlaşmaya üstünlük tanınması gerektiğini ve emredici hükümlerin bu şekilde bertaraf edileceğini savunan görüşler de mevcuttur⁴²³.

Sonuç olarak, zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümleri, işçilerin haklarını hızlı, güvenilir ve düşük masrafla elde edebilmeleri ve yargının yükünü hafifletmesi bakımından olumlu bulmaktayız⁴²⁴. Ancak İş Hukuku özel hukuk yönü ağır basan, aynı zamanda da işçi lehine emredici hükümler ikame ederek, işçi ve işveren arasındaki hukuki orantısızlığı işçi lehine onarmaya çalışan bir hukuk dalıdır. Arabuluculuk faaliyeti neticesinde, işçi lehine öngörülen emredici hükümler göz ardı edilerek işçilerin hak kaybına uğraması mümkündür. Üstelik iş uyuşmazlıklarında genellikle işverenin işçiden talep edeceği herhangi bir hak ve alacak bulunmamaktadır. Uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu işçilerin hak ve alacaklarından kaynaklanmaktadır⁴²⁵. Bu sebeple işçilerin hak kaybına uğramamak için arabuluculuk görüşmelerine avukatları ile birlikte katılmaları önemlidir. Ancak çoğu zaman bu görüşmelere tek başına katılan işçiler, yıllarca çalışarak elde ettikleri emeklerinin karşılığını iki ya da üç saatlik toplantılarda kaybetmektedirler.

Başkanlığı'nın internet sitesinde yayınlanan bir kitapta *"arabuluculuk süreci bir yargılama olmadığı için yargılama sürecinde dikkate alınması gereken maddi hukuktaki emredici hükümler arabuluculuk süreci bakımından bağlayıcı olmayacaktır"* ifadesine yer verilmiştir; İlgili kitap için bkz., **CANBOLAT**, Talat (Editör) (2017), İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı (B.1), Ankara, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, s. 11, <http://www.adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf>, ET.: 20.07.2018; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/ii-is-hukukunun-emredici-hukumleri-karsisinda-huak-m-18-5-deki-arabuluculuk-faaliyeti-sonunda/1>, ET.: 19.10.2018, Yazarlara göre, arabuluculuk faaliyeti ile İş Hukuku'na özgü mutlak ve nispi emredici hükümlerin bertaraf edilmesi İşK. m.32 ve TBK. m.420 hükümleri karşısında mümkün değildir ve arabuluculuk sürecinde işçinin haklarından vazgeçmesi sonucunu doğuran her türlü anlaşma geçersizdir, işçi elde edemediği hakkı için iş mahkemesinde dava açabilir.

⁴²³ **CANBOLAT**, s. 11, <http://www.adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf>, ET.: 20.07.2018; **ODAMAN**, Serkan (2017), Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, DEÜHFD., C.19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, s. 1761, 1762; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 536.

⁴²⁴ Aksi görüş için bkz., **GÜZEL**, Aykırı Düşünceler, s. 1134, Yazara göre, zorunlu arabuluculuğun yargının iş yükünü hafifleteceği düşüncesi doğru değildir. Nitekim işe iade talebiyle yapılan başvurularda işe iade yönünde anlaşma yapılmasına rağmen işveren işçiyi işe başlatmadığı takdirde ödenecek olan tazminatlar yine iş mahkemelerinde görülecek olup, yeni bir yargılama başlayacaktır.

⁴²⁵ **GÜZEL**, Aykırı Düşünceler, s. 1132, 1133; **TANRIVER**, s. 159, Yazara göre, tarafların mali durumları arasındaki eşitsizlikler veya taraflardan birinin mali yönden diğerine nazaran daha zayıf konumda bulunması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru halinde sürecin işleyişinde olumsuz etkiler yaratabilir.

5.3. Uyuşmazlığın Özel Hakem Tarafından Çözülmesi

İşe iade davalarında taraflar, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşamamaları halinde, anlaşamama son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki haftalık süre içerisinde iş mahkemesinde dava açabilirler. Tarafların anlaşmaları halinde, uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme (tahkime) de götürülebilir (İşK. m.20/1).

Maddenin ilk halinde yer alan “*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*” ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁴²⁶. Gerçekten de işçinin iradesi olmaksızın sendika tarafından yapılan toplu iş sözleşmesi ile özel hakeme gitme zorunluluğu, Anayasa’nın 36’ncı maddesine aykırılık teşkil etmektedir⁴²⁷.

Taraflar, uyuşmazlığın özel hakemde çözülmesi konusunda anlaşılırsa artık iş mahkemesinde dava açamazlar. Bu durumda uyuşmazlık, özel hakem tarafından HMK. m.412 ve devamında yer alan hükümler çerçevesinde çözümlenir.

Uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesine ilişkin anlaşmanın ne zaman yapılacağı konusunda İş Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak iş sözleşmesi yapılırken veya sözleşmenin devamı sırasında tahkim şartının kararlaştırılması geçersiz sayılmalıdır. Nitekim iş ilişkisinin kurulması veya devamı sırasında ekonomik açıdan güçsüz ve bağımlı konumda bulunan işçinin, tahkim şartını serbest iradesiyle kabul ettiği söylenemez. Dolayısıyla tahkim şartının geçerliliğinden bahsedebilmek için anlaşmanın, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık arabulucuya başvuru süresi ve buna ilaveten anlaşamama son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki haftalık dava açma süresi içerisinde yapılmış olması gerekir⁴²⁸.

⁴²⁶ AYM., 19.10.2005, 2003/66, 2005/72, RG., 24.11.2007, 26710, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.07.2018.

⁴²⁷ SÜZEK, s. 609, dn. 225.

⁴²⁸ TULUKCU, s. 289; SÜZEK, s. 609, Yazara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği arabulucu tarafından anlaşamama son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde yapılması halinde mümkündür.

Taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı, yalnızca iş güvencesi ve bunun hukuki sonuçlarını kapsar. Bunun dışındaki uyuşmazlıkların çözümü için iş mahkemesinde dava açılması gerekir⁴²⁹.

5.4. Feshe İtiraz (İşe İade) Davası

5.4.1. Dava Açma Süresi

İşe iade davalarının açılma süresi ile ilgili 7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte değişiklik yapılmıştır. Bu Kanun ile birlikte, İş Kanunu'nun 20/1'inci maddesi değiştirilmiş ve işe iade davalarının açılabilmesi için dava şartı olarak fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir.

Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşamazlarsa, anlaşamama son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde işçi tarafından işe iade davası açılabilecektir. Görüldüğü üzere, değişiklikten önceki dönemde öngörülen bir aylık dava açma süresi, artık arabulucuya başvuru süresi olarak değiştirilmiş ve tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varamaması halinde anlaşamama son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki haftalık süre içerisinde işçi tarafından iş mahkemesinde işe iade davası açılabileceği düzenlenmiştir⁴³⁰.

5.4.2. Davanın Konusu

İş Kanunu'nun 20'nci maddesine dayanılarak açılan davanın konusu, işveren tarafından yapılan feshin geçersizliğinin tespitidir. Uygulamada bu dava, “işe iade davası” olarak adlandırılrsa da esasen işverence yapılan feshin kanunda öngörülen şartlara uygun olup olmadığı tespit edilir. Nitekim İş Kanunu'na göre, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilse dahi işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunun yerine işveren, işe başlatmama tazminatı ve işçinin en fazla

⁴²⁹ Y. 9. HD., 22.03.2004, 5849/5621, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.07.2018.

⁴³⁰ NARMANLIOĞLU, Ünal (2017), İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), Sicil, S.38, s. 17, Yazara göre, kanunda geçen “tutanağın düzenlendiği tarih” ifadesinin “arabulucu tarafından düzenlenen son tutanağın işçiye tebliğ edildiği tarih” olarak algılanması gerekir.

dört aylık boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını ödemekle bu yükümlülükten kurtulabilir⁴³¹.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin, feshin geçersizliğinin tespiti yerine kötüniyet tazminatına ilişkin dava açmaları mümkün değildir. İş Kanunu'nun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında bu husus açıkça düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddeye göre; kötüniyet tazminatı, yalnızca iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından öngörölmüş bir tazminattır. Ancak doktrinde, iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından da kötüniyet tazminatı talep edilmesine ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerektiği savunulmaktadır. Her ne kadar iş güvencesine ilişkin hükümler işçi açısından daha güçlü bir koruma sağlasa da işçi, iyiniyet kurallarına aykırı davranan işveren ile olan ilişkisini sürdürmek istemeyebilir⁴³².

5.4.3. Dava Açma Hakkından Feragat

İşe iade davası açıldıktan sonra işçi, HMK. m.307 hükmü gereğince davadan feragat edebilir. Nitekim kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse lehine olan bir davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamayacağı gibi açmış olduğu bir davayı da sonuna kadar takip etmek zorunda değildir (HMK. m.24/2-3). Ancak burada bahsedilen husus, iş ilişkisi devam ederken işçinin ileride açılacak işe iade davasından feragat edip edemeyeceğidir. Böyle bir feragat, işçinin serbest iradesine dayanmadığından geçerli kabul edilemez. Nitekim iş ilişkisi devam ederken, ekonomik bakımdan işverene nazaran daha zayıf konumda bulunan ve bağımlılık ilişkisi çerçevesinde işini ifa eden işçinin, bu anlaşmayı serbest iradesiyle yaptığı düşünölemez⁴³³.

İş sözleşmesi sona erdikten sonra arabulucuya başvuru ve dava açma süresi içinde yapılan feragatin geçerli olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Yargıtay'a göre, bu dönemde yapılan feragatler de iş güvencesi hükümlerinin işçiye sağladığı

⁴³¹ SÜZEK, s. 610; TULUKCU, s. 306; KAR, s. 386 vd.

⁴³² SÜZEK, s. 610, Yazara göre, STİSK. m.25/5'te yer alan sendikal tazminatla ilgili hükmün, kötüniyet tazminatı bakımından da öngörölmesi, olması gereken hukuk açısından daha uygun olacaktır; TULUKCU, s. 309, 310.

⁴³³ SÜZEK, s. 611; İşe iade davasından feragat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., AKYİĞİT, s. 294 vd.

güvenceleri ortadan kaldıracığı için geçersiz sayılmalıdır⁴³⁴. Doktrinde ise bazı yazarlar, iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılan feragatin işçinin serbest iradesine dayandığı gerekçesiyle geçerli olduğunu savunmaktadır⁴³⁵. Aksi görüşteki yazarlar ise bu tür durumlarda feragatin kabulüne imkân tanımının, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması sonucunu doğuracağından geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴³⁶.

5.4.4. Yargılama Usulü ve Süresi

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesine göre, iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316 ilâ 322'nci maddeleri arasında basit yargılama usulüne ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Yine HMK. m.322'ye göre, basit yargılama usulüne ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır.

7036 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramadan önce İşK. m.20/3'te, işe iade davalarının iki ay içerisinde sonuçlandırılacağı ve Yargıtay tarafından bir ay içerisinde kesin olarak karara bağlanacağı hükmü yer alıyordu. Ancak yargının iş yükü göz önünde bulundurulduğunda, işe iade davalarının bu süreler içerisinde sonuçlandırılması hiçbir zaman mümkün olmuyordu. Bu sebeple, 7036 sayılı Kanun'la birlikte İşK. m.20/3'te değiştirilmiş ve davanın ivedilikle sonuçlandırılacağı, mahkemece verilen karar hakkında istinaf kanun yoluna

⁴³⁴ Y. 9. HD., 21.04.2005, 2004/23961, 2005/14007, “Davacının iş sözleşmesi feshedildikten sonra kıdem, ihbar tazminatı ödenirken imzaladığı ibranamede; hiçbir şekilde feshin geçersizliğini iddia etmeyeceği işe iade talebinde bulunmayacağı, işe iade alınmaması halinde ücret ve tazminat talebinde bulunmayacağı sözcükleri yer almaktadır. 4857 sayılı İş Yasası'nın 21/son fıkrası hükmü karşısında, ibranamede yer alan işe iade ile buna bağlı ücret ve tazminat ile ilgili haklardan vazgeçmenin geçerli olduğunun kabul edilme olanağı bulunmamaktadır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.07.2018.

⁴³⁵ **HOZAR**, Nağme N. (2008), İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün Müdür? (Karar İncelemesi), Sicil, S.8, s. 205 vd.; **AKYİĞİT**, s. 294, 295, 306 vd.

⁴³⁶ **UÇUM**, Mehmet (2008), İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, Sicil, S.11, s. 45; **ÇİL**, Şahin (2007), İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri, Sicil, S.7, s. 28 vd.; **SÜZEK**, s. 611; **CENTEL**, s. 25, 26.

başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesinin ivedilikle ve kesin olarak karar vereceği hükmü getirilmiştir⁴³⁷.

5.4.5. İspat Yükü

İş Kanunu'nun 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi lehine öngörülen bu düzenlemeyle birlikte, davacı ispat yükünden kurtarılmış ve feshin geçerli bir sebebe dayandığının ispatı davalı taraf olan işveren üzerinde bırakılmıştır. Ancak yine aynı fıkra, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia eden işçinin, bu iddiasını ispatla yükümlü olacağı düzenlenmiştir.

SÜZEK'e göre, yasadaki bu düzenleme iş güvencesi sisteminin ruhuyla uyumludur. İş sözleşmesinin feshini ancak geçerli nedenlerin varlığına bağlayan iş güvencesi sisteminde, asıl olan iş ilişkisinin devamıdır. Geçerli bir fesih nedeninin varlığını da olağan durumun aksini iddia eden işveren ispatlamak mecburiyetindedir⁴³⁸. Sendikal nedenle yapılan fesihlerde ise fesih nedenini ispat yükü yine işverene aittir. Ancak işçi, feshin işverenin ileri sürdüğü nedenden kaynaklanmadığı, sendikal nedene dayandığı iddiasında ise ispat yükü işçiye aittir (STİSK. m.25/6).

5.4.6. Yargı Kararı ve Niteliği

İşe iade davalarında verilen yargı kararlarının niteliği doktrinde tartışmalıdır. Ancak gerek Yargıtay gerekse hâkim görüş, yargı organı tarafından verilen kararın tespit hükmü niteliğinde olduğunu savunmaktadır⁴³⁹. Bilindiği üzere tespit davaları HMK. m.106'da düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespitini talep edebilirler. Yine İşK. m.21/1'de de “... *tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, ...*” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla mahkemece verilen

⁴³⁷ ASTARLI, s. 43, 44, Yazara göre, İşK. m.20'deki yargılama sürelerinin kaldırılması yerinde bir düzenlemedir, fakat bu süreler dikkate alınarak öngörülen boşta geçen süre ücretinin dört ay ile sınırlandırılmasına ilişkin hükmün korunması isabetsiz olmuştur; SÜZEK, s. 612.

⁴³⁸ SÜZEK, s. 613.

⁴³⁹ SÜZEK, s. 617 vd.; KAR, s. 389; Y. 9. HD., 24.01.2005, 2004/33536, 2005/1227; Y. 9. HD., 02.06.2008, 2007/38659, 2008/13502; Y. 22. HD., 26.01.2015, 2014/36481, 2015/1130; Y. 7. HD., 27.01.2015, 2014/16460, 2015/613; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 12.07.2018.

karar, işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespitinden ibarettir. Mahkemeler, tespit davasının sonucunda eda hükmü veya inşai bir hüküm veremezler.

Tespit davalarını, eda ve inşai davalardan ayıran en büyük özellik; bu davalarda verilen hükmün, yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin bölümü hariç ilâmlı icraya konu olamamasıdır. Bu sebeple işe iade davası neticesinde işveren, işçiyi işe başlatmaya zorlanamayacağı gibi işçinin de işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını ilâmlı icra yoluyla talep etmesi mümkün değildir. İşe iade davalarında, işverene seçimlik bir hak tanınmıştır. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiği takdirde işveren, dilerse işçiyi işe başlatabilir, dilerse de işe başlatmama tazminatı ödeyerek bu yükümlülükten kurtulabilir. Bu sebeple, işe iade davaları neticesinde verilen şarta bağlı kararların, eda hükmü niteliği taşıyamayacağı doktrinde haklı olarak ileri sürülmektedir⁴⁴⁰.

Doktrindeki aksi görüş ise işe iade davalarında verilen hükmün özel olarak düzenlenen ve özel nitelikli bir eda davası olduğunu, ilâmlı icraya konu olabileceğini ve 7036 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra bu davanın niteliğinin tespit davası olduğu yönündeki görüşlerin önemli ölçüde zayıfladığını savunmaktadır. Bu görüşe göre; 7036 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, işe iade davalarında hükmedilen işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar parasal olarak belirlenecektir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi öngörmesindeki amaç, özellikle hükmün icrasıyla ilgili belirsizlikleri ortadan kaldırmak ve işe iade davasının akabinde açılan yeni takip ve davaların önüne geçmektir. Üstelik arabuluculuk faaliyeti sonunda, tarafların işe iade yönünde anlaşmaya varması ve bu anlaşma tutanağının da ilâm niteliğinde belge sayılması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, onunla aynı içeriğe sahip ve ondan daha güçlü mahkeme ilâmına bu imkânı tanımamak abesle iştigal edecektir⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ **KAR**, s. 386, Yazara göre bir davanın niteliği, o davadaki asıl talebe göre belirlenir. İşe iade davalarında ise asıl talep feshin geçersizliği olup, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti, asıl talebin kabulüne bağlı ve bu davaya özgü hükmün ikincil ve zorunlu unsurlarıdır.

⁴⁴¹ **ÖZEKES**, s. 62 vd.; **EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI**, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/ix-zorunlu-arabuluculuk-faaliyetinde-varilan-anlasmanin-uygulanmasi-ve-icrasinin-gosterdigi/1>, ET.: 20.10.2018.

7036 sayılı Kanun’la birlikte İşK. m.21’e yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre; mahkeme veya özel hakem işe başlatmama tazminatı ile işçinin boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleyecektir. Bu hükümle birlikte, işe iade davalarının hukuki niteliği daha da tartışılır hale gelmiştir. Bahsi geçen düzenlemeden önce Yargıtay, işe iade davalarının tespit davası niteliğinde olduğunu ve işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların parasal olarak değil, süre olarak belirlenmesi gerektiğini içtihat ediyordu⁴⁴².

Hükümün gerekçesinde, daha önce işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakların mahkemelerce süre olarak belirlendiği, bu hususun ise işe başlatılmama halinde ikinci bir dava açma sonucunu doğurduğu ifade edilmiştir. Düzenlemeyle birlikte 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 imkân tanınmaktadır⁴⁴³. Ancak bu düzenleme, işe iade davalarının hukuki niteliğini etkilememektedir. Nitekim düzenlemede, işe iade davalarının eda davası olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi, İşK. m.21/1’de yer alan “*tespit edilerek*” ifadesi korunmuş ve yine 7036 sayılı Kanun ile eklenen fıkranın gerekçesinde de “*doğrudan icra takibi*” ifadesine yer verilmiştir. İcra takibinin ilâmlı mı yoksa ilâmsız mı olacağı hususunda ise herhangi bir açıklama bulunmamaktadır⁴⁴⁴.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise mahkemece verilen kararın şarta bağlı niteliğinin devam etmesidir. Mahkeme kararında, feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesine ve işçinin yasal süre içerisinde başvurmasına rağmen işveren tarafından bir ay içerisinde işe başlatılmaması halinde, işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen

⁴⁴² Y. 9. HD., 29.12.2004, 13005/29877, “... verilecek karar tesbit niteliğinde bulunduğundan, Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal olarak tutarının gösterilmesine gerek bulunmamaktadır.”; Y. 9. HD., 29.07.2004, 5523/19994; Y. 9. HD., 15.03.2004, 2171/6493; Y. 9. HD., 22.01.2004, 2003/23737, 2004/680; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 12.07.2018.

⁴⁴³ Gerekçe, İMK. m.12.

⁴⁴⁴ SÜZEK, s. 622; ASTARLI, s. 44 vd.; Aksi görüş için bkz., TULUKCU, s. 294, 295, Yazara göre, 7036 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik neticesinde işe iade davaları, artık hukuki niteliği itibarıyla eda davası olarak kabul edilmelidir; Aynı yönde bkz., ÖZEKES, s. 62 vd.

süreye ilişkin ücret ve diğer haklara hükmedilmektedir. Ancak işçinin on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunup bulunmadığı veya işverenin bir aylık süre içerisinde işçiye işe başlatıp başlatmadığı gibi hususlar yargılamayı gerektirir. Dolayısıyla bahsi geçen parasal miktarların kayıtsız şartsız ödenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından, ilâmlı icra takibine başvurmak da mümkün değildir⁴⁴⁵. Yargıtay'ın değişiklikten önce vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir⁴⁴⁶. İşe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların, ilâmsız icra takibi veya ikinci bir dava yoluyla talep edilmesinde ise herhangi bir engel yoktur. Hatta 7036 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik neticesinde, bahsi geçen istihkaklar parasal olarak belirleneceğinden, ilâmsız icra takibinin işçiye daha büyük kolaylık sağlayacağı söylenebilir.

Yargı organı tarafından, işverence yapılan feshin geçersiz olduğu kanaatine varılırsa; öncelikle feshin geçersizliğinin tespitine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir⁴⁴⁷. Ayrıca işçinin on iş günü içerisinde başvurusu üzerine işverenin, bir ay içerisinde işçiye işe başlatmak veya en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ile en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarını işçiye ödemek zorunda olduğu kararlaştırılacaktır (İşK. m.21). Görüldüğü üzere, mahkeme kararında işverene seçimlik bir hak tanınmıştır. İşveren, dilerse başvurusu üzerine işçiye işe başlatabilir, dilerse de işe başlatmama tazminatını ödemeyi seçebilir. İşçiye ise böyle bir seçimlik hak tanınmamıştır. İşçi mahkemeden, feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadeyi talep etmek zorundadır. Mahkeme de işe iade

⁴⁴⁵ SÜZEK, s. 623; ASTARLI, s. 44 vd.

⁴⁴⁶ Y. 8. HD., 06.11.2017, 2015/12043, 2017/14564; Y. 8. HD., 31.10.2017, 2015/12094, 2017/14183; Y. 8. HD., 01.06.2017, 2015/7447, 2017/8130; Y. 8. HD., 16.03.2015, 2829/5999; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 12.07.2018; SÜZEK, s. 624, Yazara göre, bahsi geçen kararların, 7036 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra da geçerli olması gerekmektedir.

⁴⁴⁷ SÜZEK, s. 620, 621, Yazara göre, İşK. m.21'de öngörülen geçersizlik, genel hükümlerdeki gibi mutlak anlamda bir geçersizlik değildir. İşe iade davalarındaki geçersizlik yaptırımı kendine özgü bir geçersizliktir. Nitekim hâkim, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verdiğinde işçi, on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmadığı takdirde, işverence yapılan fesih geçerli bir fesih sayılacak ve işveren yalnızca bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olacaktır. Oysa genel hükümlerde öngörülen mutlak anlamda bir geçersizlik yaptırımından bahsedilseydi işverene işçiye işe başlatma veya tazminat ödeme hususunda herhangi bir seçimlik hak tanınmaz, geçersizlik kararının kesinleşmesiyle birlikte iş ilişkisi aynı şekilde devam ederdi; Aynı yönde bkz.; CENTEL, s. 162, 163; KAR, s. 447.

yerine yalnızca tazminat ödenmesine hükmedemez. Hâkim, bu durumda şarta bağlı bir hüküm kuracak ve öncelikle işçinin işe iadesine, işverenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarında bir işe başlatmama tazminatına hükmedecektir. Yine boşta geçen süre için de işçinin en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarının da ödenmesine karar verilecektir⁴⁴⁸.

Alt işverenlik ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedilmişse, işe iade davasının da alt işverene karşı açılması gerekir. Nitekim işçi, fiilen alt işverenin işçisidir ve alt işverene ait işyerinde çalışmaktadır. Asıl işverenin işe iade kararını yerine getirmesi mümkün değildir. Ancak işe iade kararı neticesinde işçi, yasal sürede başvurmasına rağmen alt işveren tarafından bir ay içerisinde işe başlatılmazsa, işe iade davasının ikincil sonuçları olan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesinden asıl işveren de müteselsil sorumludur⁴⁴⁹.

7036 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte birlikte İş Kanunu’nun 21’inci maddesine eklenen 4’üncü fıkrada, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların hesaplanmasında “*dava tarihindeki*” ücretin esas alınacağı düzenlenmiştir. Bahsi geçen fıkra eklenmeden önce Yargıtay, bu istihkakların hesaplanmasında “*fesih tarihindeki*” ücretin esas alınması gerektiğini belirtiyordu⁴⁵⁰. Ancak bu düzenleme yalnızca bahsi geçen istihkakların hesaplanmasıyla sınırlı olup, iş sözleşmesinin fesih tarihini değiştirmemiştir. Dolayısıyla feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesine karar verildiğinde, iş sözleşmesi sanki hiç feshedilmemiş gibi devam edecek ve işçinin yasal sürede işverene başvurması üzerine işveren tarafından işe başlatılmaması neticesinde, iş sözleşmesi işe başlatılmama tarihinde sona ermiş sayılacaktır. Bu sebeple işçi tarafından talep edilecek işe başlatmama tazminatı ile ücret ve diğer haklar dava

⁴⁴⁸ SÜZEK, s. 619, 620.

⁴⁴⁹ SÜZEK, s. 619; CENTEL, s. 132, 133; TULUKCU, s. 298, 299.

⁴⁵⁰ Y. 9. HD., 04.07.2018, 2015/21094, 2018/14781; Y. 9. HD., 10.07.2018, 2016/6340, 2018/15030; Y. 22. HD., 18.06.2018, 2015/34914, 2018/15019; Y. 22. HD., 18.06.2018, 2015/34717, 2018/14922; Y. 7. HD., 15.06.2016, 2015/35294, 2016/13337; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.09.2018.

tarihindeki ücret üzerinden, kıdem ve ihbar tazminatı gibi haklar ise fesih tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacaktır⁴⁵¹.

7036 sayılı Kanun, işe iade davalarında temyiz yolunu da kapatmıştır. Bu Kanun’la yapılan değişikliğe göre, işe iade davaları neticesinde verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir (İşK. m.20/3). Bu düzenleme doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁵².

5.4.7. Dava Devam Ederken Ortaya Çıkan Bazı Durumların Davaya Etkisi

5.4.7.1. İşçinin İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi

İşe iade davası devam ederken işçinin, işveren tarafından işe davet edilmesi durumunda davanın akıbetine ilişkin İş Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işverenin davetine icabet eder ve işe başlarsa işe iade davasıyla ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda Yargıtay; aksi iddia edilmedikçe işverenin feshin geçerli sebebe dayanmadığını kabul ettiğini, işe iade ve işe başlatmama tazimatına ilişkin taleplerin konusuz kaldığını, buna karşılık işçi açıkça feragat etmemiş veya talebini geri almamış ise boşa geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerektiğini kabul etmektedir^{453, 454}.

İşçinin, dava devam ederken işverence yapılan işe başlama davetini reddetmesi halinde ise yine davaya devam edilmeli ve feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı tespit edilmelidir. İşçinin, davanın devamı sırasında, işverence yapılan daveti kabul etme zorunluluğu bulunmadığı gibi feshin geçersizliğinin tespitinde de hukuki yararı vardır⁴⁵⁵. Yargıtay’ın son zamanlardaki görüşü de bu doğrultudadır⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ SÜZEK, s. 627, 628; ASTARLI, s. 47, 48, Yazara göre bu düzenleme, mevcut uygulama göz önünde bulundurulduğunda işçi hakları bakımından bir geriye gidiştir.

⁴⁵² ASTARLI, s. 51, 52; GÜZEL, Aykırı Düşünceler, s. 1137 vd.; SÜZEK, s. 628.

⁴⁵³ Y. 9. HD., 12.02.2018, 322/2271; Y. 9. HD., 24.10.2017, 2016/27391, 2017/16499; Y. 22. HD., 16.01.2017, 2016/30760, 2017/71; Y. 7. HD., 20.12.2016, 18145/21712; Bursa BAM. 3. HD., 07.06.2018, 1693/1625; Bursa BAM. 3. HD., 07.06.2018, 1688/1627; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.07.2018.

⁴⁵⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz.; CANIKLIOĞLU, Nurşen (2010), İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı (Karar İncelemesi), Sicil, S.18, s. 111 vd.; AKYİĞİT, s. 308, 309; CENTEL, s. 144, 145.

⁴⁵⁵ SÜZEK, s. 614; AKYİĞİT, s. 310; CENTEL, s. 146.

5.4.7.2. İşçinin Ölümü

İş sözleşmesinin feshinden sonra ve henüz arabulucuya başvuru ile dava açma süresi sona ermeden işçinin ölmesi halinde mirasçılar, ölen işçinin yerine işe iade davası açamazlar. Nitekim dava hakkı yalnızca asıl hak sahibi tarafından kullanılabilen ve onun şahsına bağlı bir haktır⁴⁵⁷.

Yargıtay önceki tarihli kararlarında, işe iade davası devam ederken işçinin ölmesi halinde, işçinin işe başlamak için on iş günü içerisinde işverene başvuruda bulunma olanağının kalmadığını ve bu sebeple de mirasçılar yönünden boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların hüküm altına alınmasının hatalı olduğunu belirtmişti⁴⁵⁸. Ancak daha sonra Yargıtay, bu görüşünü değiştirmiş ve işçinin yargılama sırasında ölmesi halinde mirasçılar lehine boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁵⁹.

İşe iade davası lehine sonuçlanan işçinin, yasal süre içerisinde işe başlatılmak için işverene başvuruda bulunduktan sonra ölümü halinde ise, mirasçılar boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakları talep edebilirler⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Y. 9. HD., 01.02.2010, 2009/13902, 2010/1829, “Yargılama sırasında işverenin işçiyi eski işine başlatma yönünde çağrısına işçinin olumlu yaklaşmaması, işe iade davasını olumsuz yönde etkilememelidir. İşçinin işverenin çağrısına icabet etmemesi, işe dönme konusunda gerçek niyetin taşımadığı şeklinde yorumlanmamalıdır, işçinin açmış olduğu davanın sonucunda işe iadeyi sağlama çabası yasal bir hakkıdır. Açtığı davada yargı kararı güvencesi ile işe başlatılmasını isteme hakkına sahip olan işçi daveti kabul etmek zorunda bırakılmamalı, daveti kabul etmediği için açılan dava reddedilmemelidir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.07.2018.

⁴⁵⁷ **MANAV**, Eda (2010), Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi, Sicil, S.17, s. 59, 60 (Davaya Etkisi); **AKYİĞİT**, Ercan (2008), İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C.9, S.4, s. 16 vd. (İşçinin Ölümü); **SÜZEK**, s. 616; **CENTEL**, s. 132; **TULUKCU**, s. 320.

⁴⁵⁸ Y. 9. HD., 06.11.2006, 20109/29326; Y. 9. HD., 30.10.2006, 19624/28700; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.07.2018; Aynı yönde bkz., **AKYİĞİT**, s. 313.

⁴⁵⁹ Y. HGK., 16.09.2015, 2013/2309, 2015/1761; Y. 22. HD., 13.06.2017, 33082/13963; Y. 22. HD., 15.10.2015, 27545/28780; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.07.2018; Aynı yönde bkz.; **MANAV**, Davaya Etkisi, s. 65; **TUNCAY**, s. 11; Aksi görüş için bkz.; **AKYİĞİT**, İşçinin Ölümü, s. 16 vd.; **ÇANKAYA**, Osman Güven (2010), İşçinin Ölümünün, Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarına Etkisi, Yargıtay’ın Yeni Görüşü (Karar İncelemesi), Sicil, S.17, s. 199 vd.; **CENTEL**, s. 149, 150.

⁴⁶⁰ **SÜZEK**, s. 617; **TULUKCU**, s. 323.

5.4.7.3. İşyerinin Kapanması veya Devri

Dava devam ederken işyerinin kapanması durumunda Yargıtay; feshin geçersizliğinin tespit edilmesi gerektiğini, davanın konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmasının hatalı olduğunu ve işyerinin kapanmasının işe iade davası neticesinde verilen hükmün infazı ile ilgili bir konu olduğunu kabul etmektedir⁴⁶¹.

Mahkeme tarafından feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilirse, işverenin işçiyi çalıştırabileceği başka bir işyerinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Şayet işçinin çalıştırılabilmesi başka bir işyeri varsa işveren, ya işçiyi bu işyerinde çalıştırmaya davet etmeli ya da işçiye işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını ödemelidir⁴⁶². Yargıtay'a göre, işçi bu teklifi reddederse yalnızca boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını talep edebilecek, işe başlatmama tazminatı talep edemeyecektir⁴⁶³. Ancak doktrinde bazı yazarlar, bu halde işçinin işverence işe iade edilmediğinin kabul edilmesi gerektiğini ve buna ilişkin hukuki sonuçların doğacağını ileri sürmektedir⁴⁶⁴.

İşyerinin kapatılması halinde işverenin işçiyi çalıştırabileceği başka bir işyeri yoksa işe başlatmama tazminatının talep edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu durumda fiili imkânsızlık söz konusu olduğundan işe başlatmama tazminatına da hükmedilmemesi gerekir⁴⁶⁵. Ancak doktrindeki aksi görüş, işverenin

⁴⁶¹ Y. 9. HD., 25.12.2006, 27396/34577, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 18.07.2018; Aynı yönde bkz.; **MANAV**, Eda (2010), İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller, Kamu-İş, C.11, S.2, s. 14 (Sayıldığı Haller); **SÜZEK**, s. 615; **AKYİĞİT**, s. 312, 313; **TUNCAY**, s. 9; **CENTEL**, s. 147, 148; **KAR**, s. 452, Yazara göre, ister yargılama devam ederken isterse de işe iade kararı kesinleşmeden işyerinin kapanması halinde feshin geçersizliğine karar verilmeli; ancak iade edilecek bir işyeri kalmadığından kapanma tarihi, yeni fesih tarihi sayılarak bu tarihe göre işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ödenmelidir.

⁴⁶² **GÖKTAŞ**, Seracettin (2009), İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi, Sicil, S.16, s. 74 (İşyeri Kapanması), Yazara göre bu durumda, İşK. m.22'de düzenlenen çalışma koşullarında esaslı değişiklik hükümlerinin de tartışılması gerekir; **TULUKCU**, s. 326; Y.22. HD., 26.06.2012, 10093/14566, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 18.07.2018.

⁴⁶³ Y. 22. HD., 23.11.2015, 8491/31183, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 18.07.2018.

⁴⁶⁴ **SÜZEK**, s. 615, 616; **AKYİĞİT**, s. 312, 313; **SARIBAY**, s. 166, 167; **CENTEL**, s. 148, 149.

⁴⁶⁵ **GÖKTAŞ**, İşyeri Kapanması, s. 74.

başka bir işyeri olmasa bile işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların işçiye ödenmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁶⁶.

İş sözleşmesinin feshinden sonra, arabulucuya başvuru veya dava açma süresi içerisinde işyerinin devredilmesi halinde, gerek başvuru gerekse dava, devralan işverene yöneltilmelidir. Yine dava devam ederken işyerinin devredilmesi halinde de husumetin devralan işverene yöneltilmesi gerekir. Mahkeme tarafından verilen işe iade kararının kesinleşmesinden sonra işyeri devredilirse, işçinin işe başlamak için devralan işverene başvuruda bulunması gerekir. Dolayısıyla işyeri devri halinde, işe iade davasının hukuki sonuçlarından da devralan işveren sorumlu olur⁴⁶⁷.

5.4.7.4. İşçinin Emekliliği

İşe iade davası devam ederken işçinin yaşlılık aylığı alması için Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurması, yargılamaya engel değildir. Bu durumda işe iade davasına devam edilerek dava sonuçlandırılır. Nitekim yaşlılık aylığına hak kazanmak ve emekli olmak, çalışmaya engel bir durum değildir. Yargıtay, önceki tarihli bir kararlarında işçinin yaşlılık aylığı için Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurması halinde işe iade talebinde bulunamayacağını belirtmişken, daha sonra bu görüşünden dönmüş ve bu durumun işe iade davasına etkisi olmadığını kabul etmiştir^{468, 469}.

5.4.7.5. Bildirim Süresi İçerisinde İşveren Tarafından İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

İşveren tarafından fesih bildirimi yapıldıktan sonra, bildirim süresi içerisinde işçinin işe iade davası açması ve bu süre içerisinde de haklı fesih nedenlerinden birinin doğması mümkündür. Bu durumda işe iade davasıyla ilgili yargılamaya

⁴⁶⁶ SÜZEK, s. 615; AKYİĞİT, s. 312, 313; SARIBAY, s. 166, 167; TULUKCU, s. 326.

⁴⁶⁷ TULUKCU, s. 327; CENTEL, s. 149.

⁴⁶⁸ Y. 9. HD., 26.05.2008, 2007/37485, 2008/12509; Y. 9. HD., 14.07.2008, 2007/24490, 2008/20203; Kararlar ve değerlendirme için bkz., OKUR, Ali Rıza (2010), İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması (Karar İncelemesi), Sicil, S.17, s. 123 vd.

⁴⁶⁹ Dava devam ederken işçinin başka bir işte çalışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., MANAV, Sayıldığı Haller, s. 14 vd., Yazara göre bu durumda, işe iade kararının kesinleşmesi üzerine işçinin on iş günü içerisinde çalışmaya başlamak için işverene başvurmaması halinde zaten fesih geçersiz sayılacağından ve buna ilişkin hüküm ve sonuçlar doğacağından ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur.

devam edilir. Ancak işe iade davası devam ederken haklı nedenle feshe ilişkin de dava açılmışsa bu davanın, işe iade davası bakımından bekletici mesele yapılması gerekir. Bekletici mesele yapılan davada, mahkemece feshin haklı sebebe dayandığının kabulüne karar verilirse, hukuki yarar yokluğundan işe iade davasının reddi gerekir⁴⁷⁰.

6. İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN EMREDİCİ NİTELİĞİ

İş Kanunu'nun 18'inci ve devamındaki maddelerinde düzenlenen iş güvencesine ilişkin hükümler kural olarak nispi emredici niteliktedir. Ancak İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin son fıkrasında bu kurala bir istisna getirilmiştir. Bahsi geçen fıkraya göre; *“Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir”*.

Bu hükümle birlikte, İşK. m.21/1'de düzenlenen işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda olduğu bir aylık süre, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları ve yine İşK. m.21/3'te düzenlenen boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların üst sınırına ilişkin düzenlemeler mutlak emredici nitelik kazanmıştır. Bu sebeple, bahsi geçen hükümlerin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle değiştirilmesi yasaklanmıştır. Kanaatimizce mutlak emredici nitelikteki bu hükümlerin arabuluculuk faaliyeti neticesinde, anlaşma son tutanağı ile bertaraf edilmesi de mümkün değildir. Yine bu hükümler, nispi emredici nitelik taşımadığından işçi lehine dahi değiştirilemeyecektir.

Mutlak emredici nitelikteki bu hükümlerin, Anayasa'da yer alan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi yapma hürriyetine aykırılığı nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş; fakat Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine uygun bir denge getirildiği gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ CENTEL, s. 147; Y. 9. HD., 26.01.2006, 34038/1467, TULUKCU, s. 328, 329, dn. 549; Y. 22. HD., 13.12.2011, 3986/7395, KAR, s. 455, 456, dn. 894.

⁴⁷¹ AYM., 19.10.2005, 2003/66, 2005/72, RG., 24.11.2007, 26710, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 19.07.2018.

İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin ilk üç fıkrası dışındaki iş güvencesi hükümleri ise nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu hükümlerin sözleşmelerle işçi lehine değiştirilmesi mümkündür. Örneğin, İşK. m.18/1'de öngörülen otuz işçi ölçütüne veya en az altı aylık kıdeme ilişkin düzenlemeler işçi lehine daha alt sınırlara çekilebilir yahut işveren vekillerinin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği kararlaştırılabilir⁴⁷².



⁴⁷² Y. 22. HD., 03.05.2018, 3693/10518; Y. 22. HD., 24.04.2018, 2914/9559; Y. 22. HD., 22.01.2018, 2017/45062, 2018/985; Y. 9. HD., 31.10.2016, 2015/35440, 2016/18789; Y. 9. HD., 22.11.2017, 692/18815; Y. 7. HD., 15.12.2016, 20100/21215; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 19.07.2018.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN İLKELER VE BU KAPSAMDA FESHİN SON ÇARE OLMASI (ULTİMA RATIO) İLKESİ

§ I. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN İLKELER

1. DÜRÜSTLÜK KURALI (İLKESİ)⁴⁷³

1.1. Genel Olarak

Dürüstlük kuralı, esas itibariyle iş güvencesi sistemine hâkim olan özel bir ilke değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır (f.1). Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (f.2)”*. Bu ilke uyarınca borç ilişkisinin taraflarını meydana getiren alacaklı ve borçlu, dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Alacaklı alacağını talep ederken, borçlu da borcunu ifa ederken doğru, makul ve dürüst bir kişi gibi hareket etmelidir⁴⁷⁴.

Dürüstlük kuralı, hakların kullanılması sırasında uygulanan genel bir kural niteliğindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde, yalnızca dürüst davranma yükümlülüğü değil, hakkın kötüye kullanılması yasağı da düzenlenmiştir. Aslında her iki kavram da birbirlerini tamamlar niteliktedir. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanımı, aynı zamanda o hakkın kötüye kullanıldığı anlamını da içermektedir. Bu kural, genellikle hakların kullanımına ilişkin bir yükümlülük içerse de borçların ifasında da uygulanır. Borçların ifasında dürüst davranma yükümlülüğü, TMK. m.2/1'de açıkça düzenlenmiştir. Ancak aynı maddenin 2'nci fıkrasında hakkın kötüye kullanılması yasağının yaptırımına yer verilirken, yalnızca *“hakların kullanılması”* kavramından bahsedilmiştir⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz.; **AKYOL**, Şener (2006), Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (B.2), İstanbul, Vedat; **OĞUZMAN**, M. Kemal (1978), Medenî Hukuk Dersleri, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (B.3), İstanbul, Fakülteler Matbaası.

⁴⁷⁴ **EREN**, s. 21.

⁴⁷⁵ **OĞUZMAN**, s. 165, 166.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kişiler arasındaki genel ahlak kurallarının pozitif bir düzenlemeye yansımaları düşüncesine dayanır. Ayrıca taraflar arasındaki güven prensibi de bu ilkenin kuramsal altyapısını oluşturur. Bu ilkenin düzenlenmesindeki temel amaç, kişilere “hak” olarak tanınan menfaatlerin kötüye kullanılmasını ve bir başkasının özgürlük alanına müdahalede bulunulmasını engellemektir⁴⁷⁶.

Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinde düzenlenen kural bakımından karşımıza çıkan önemli bir mesele de bu kuralın emredici nitelikte olup olmadığıdır. Acaba taraflar, aralarında yapacakları sözleşme ile dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasını bertaraf edebilirler mi? Doktrinde hâkim görüş, TMK. m.2’de düzenlenen hükmün emredici nitelikte olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre; dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bertaraf edilmesine imkân tanınırsa ve bu husus süreklilik arz ederse, sözleşmenin taraflarının kişilik hakları da zedelenmiş olur. Yine TMK. m.2 hükmü, yalnızca sözleşmenin taraflarını değil, üçüncü kişileri de koruyan bir güven ortamı yaratmaktadır. Bu sebeple dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının emredici nitelikte olduğunu ve aksine sözleşme yapılamayacağını kabul etmek gerekir. Ayrıca hâkim önüne gelen davada, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun davranılıp davranılmadığını resen göz önünde bulundurur. Hâkimin, TMK. m.2’ye başvurabilmesi için tarafların bu konuda herhangi bir iddia ve savunmada bulunmaları gerekmez⁴⁷⁷.

1.2. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramları

Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinde yalnızca dürüst davranma yükümlülüğü ve hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilmiş olup, bu

⁴⁷⁶ **AKYOL**, s. 7, Yazara göre, bazı haklar “genel hak” niteliğinde olduğu halde, diğer bazı haklar “görünürde hak” kıymet ve kuvvetindedirler. Bu ilke gereğince hâkim, “görünürde hak” niteliğinde olan hakları reddetmeli ve “gerçek hak” kavramının yerine getirilmesi için uğraşmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması halinde, aslında görünürde bir hak mevcuttur. Ancak bu hak kötüye kullanıldığı için hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır.

⁴⁷⁷ **AKYOL**, s. 7 vd., Yazara göre, hem dürüstlük kuralı hem de hakkın kötüye kullanılması yasağı davada ve usulde hukuki bir mesele teşkil eder. Bu durumda hâkimin karşısında bir hukuk kuralı vardır. Hukuk kuralının aranması, bulunması, aydınlatılması ve uygulanması da hâkimin görevidir. Bu görev, “iura novit curia” sözleri ile ifade edilmektedir. Bu nedenle hâkim, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını resen dikkate almalıdır.

kavramların anlamlarına yer verilmemiştir. Bir diğer deyişle, her iki kavram da TMK. m.2’de tanımlanmamıştır.

Dürüstlük kuralı, bir kimsenin toplumdaki ahlaki değerlere, örf ve adetlere göre erdemli, dürüst, makul bir insan olarak davranması gerektiğini ifade eder. Aslında bu kuralın genel bir tanımının ortaya konulmasından ziyade, kişiler arasındaki hukuki ilişkilerin amacı göz önünde bulundurularak hangi hususların dürüstlük kuralına aykırı olup olmayacağının tespit edilmesi daha uygundur⁴⁷⁸.

Hakkın kötüye kullanılması ise bir hakkın kullanılmasının hak sahibine hiçbir fayda sağlamadığı veya sınırlı bir fayda sağladığı, bu hakkın öngörülmesindeki amaca aykırı bir şekilde kullanıldığı halleri ifade eder. Amacına aykırı kullanılan bir hak, TMK. m.2 ile bağdaşmaz ve kötüye kullanılmış olur. Ancak bir hakkın kullanımı üçüncü kişilerin menfaatlerini zedeliyorsa, bu durumda her zaman o hak kötüye kullanılmış sayılmaz. Hakkın kötüye kullanımından bahsedilebilmesi için bu hakkın kullanımının amaca aykırı olması; objektif, makul ve kabul edilebilir olmaması ve hak sahibine herhangi bir fayda sağlamaması gerekir⁴⁷⁹.

Hakkın kötüye kullanımı, tüm haklar bakımından geçerli olabilecek bir durumdur. Ancak hakkın kötüye kullanımı ile herhangi bir hakka dayanmayan davranışların birbirleri ile karıştırılmaması gerekir. Aslında her iki davranış da hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ancak hakkın kötüye kullanılması halinde, ortada bir hak mevcut olmasına rağmen bu hak, sahibi tarafından amaca aykırı bir şekilde kullanılmaktadır. Oysaki diğer halde, ortada bir hak mevcut değildir. Davranışta bulunan kişi, herhangi bir hakka dayanmamıştır⁴⁸⁰.

Hakkın kötüye kullanıldığı halleri baştan kesin sınırlarla belirlemek mümkün değildir. Hâkim, her somut olayın özelliklerini kendi içerisinde değerlendirmeli ve buna göre hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit etmelidir. Belli bir davranışın, baştan hakkın kötüye kullanımı olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Ancak bazı unsurlar hakkın kötüye kullanıldığına dair karine teşkil edebilir. Örneğin,

⁴⁷⁸ OĞUZMAN, s. 166.

⁴⁷⁹ OĞUZMAN, s. 167, 168; AKYOL, s. 21 vd.

⁴⁸⁰ OĞUZMAN, s. 168.

bir hakkın kullanımının hak sahibine meşru bir menfaat sağlamaması, salt üçüncü kişileri zarara uğratmak amacıyla kullanılması gibi hallerde hakkın kötüye kullanımından bahsedilebilir⁴⁸¹. Yine hakkın kullanımının, hak sahibine sağlayacağı yarar ile üçüncü kişiye vereceği zarar arasında aşırı bir orantısızlığın bulunduğu hallerde de hakkın kötüye kullanımı gündeme gelebilir. Bu husus özellikle iş sözleşmelerinin feshi açısından önem arz etmektedir. Nitekim fesih gündeme geldiğinde, her iki tarafın da birtakım menfaatleri zedelenebilir. Fesih hakkının sınırlandırılması, işverenin menfaatlerini zedelerken; işverene geniş bir fesih imkânı tanınması da işçi aleyhine sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple yapılacak feshin, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmaması gerekir. Bu husus, son çare ilkesinin çıkış noktasıdır. İşveren, fesihle ulaşmak istediği amaca daha hafif tedbirlerle de ulaşabiliyorsa, fesih hakkı amacına aykırı kullanıldığı için kötüye kullanılmış olacak ve fesih son çare ilkesine de aykırı sayılacaktır.

Bir kimsenin, kendi (yanıltıcı, hukuka ve ahlaka aykırı) davranışından faydalanarak hak elde etmesi halinde de hakkın kötüye kullanılması gündeme gelecektir. Bunun en tipik örneği, şekle tabi bir sözleşmenin kasten şekle aykırı olarak yapılmasına sebebiyet veren tarafın, daha sonra bu aykırılığı ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesidir⁴⁸². Yine kişinin, kendi muvazaasına dayanarak hak iddia etmesi halinde de aynı durum geçerlidir⁴⁸³.

⁴⁸¹ Y. 14. HD., 15.01.2019, 2018/3645, 2019/339, “Davalı tarafından satın alınan ve davaya konu taşınmazın niteliği mahkemece yapılan keşif sonucu aldırılan bilirkişi raporunda tespit edilmemiş ise de 5403 sayılı Kanun’un 8. maddesinde belirtilen asgari tarımsal arazi büyüklük miktarı ile hedeflenen miktarın çok üzerinde olduğu hatta Kanun’un 8/A maddesinde belirtilen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün de çok üzerinde olduğu anlaşıldığından, bu taşınmaz hakkında önalım hakkının kullanılması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. 4721 sayılı Kanun’un 2. maddesinde belirtildiği gibi; herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 06.05.2019.

⁴⁸² Y. 13. HD., 04.02.1991, 1990/9206, 1991/1006, “Davacıya üç dükkanın satışına ilişkin sözleşme, yasaların öngördüğü biçimde yapılmadığından şekil yönünden geçersizdir. Dava konusu dükkanlar daha sonra arsa paylı tapuları verilmek suretiyle davacıya intikal etmiş ve önceki harici satış sözleşmesine geçerlilik tanınmıştır. Davalının harici sözleşmenin geçersizliğini öne sürerek koşullarını yerine getirmekten kaçınması dürüstlük kurallarına aykırıdır. Davalı geçersiz sözleşmeyi kabullenip tapusunu da davacıya aktardığına göre sözleşme hükümlerinin icrasından imtina edemez.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 06.05.2019.

⁴⁸³ Y. HGK., 16.10.2002, 4-796/832, “Miras bırakanın oğlu ile anlaşarak taşınmazı devrettiğini bilen ve buna göz yuman davacıların, murisin ölümünden sonra ona teb’an açtıkları davada muvazaa

Hakkın kötüye kullanılmasının bir diğer hali ise çelişkili davranışta bulunulmasıdır. Süregelen bir şekilde belli bir davranışta bulunarak karşı tarafta güven oluşturan kişi, daha sonra bu davranışıyla çelişen başka bir davranışta bulunursa, hakkını kötüye kullanmış olacaktır⁴⁸⁴. Örneğin, işçinin bazı davranışlarına göz yumarak bu davranışların geçerli fesih sebebi teşkil etmeyeceği konusunda işçide haklı bir güven oluşturan işveren, daha sonra aynı davranıştan ötürü iş sözleşmesini feshederse, TMK. m.2'ye aykırı bir fesih gündeme gelebilir.

Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı TMK. m.2/2'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu hükmün uygulanabilmesi için kişinin zarar görmesi veya zarar tehlikesinin meydana gelmesi gerekmez. Hâkim, somut olayda hakkın kötüye kullanıldığını tespit ederse, bu hakla ilgili iddia ve savunmaları dikkate almamalıdır. Hâkimin, bu hususu resen gözetmesi gerekir⁴⁸⁵.

1.3. İlkenin Uygulama Alanı

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı; kanunların yorumlanması ve boşlukların doldurulması, kanuna karşı hilenin önlenmesi, hukuki işlemlerin varlığı, yorumlanması ve tamamlanması, borçların doğumu, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması ve sona erdirilmesi şeklinde sıralanmaktadır⁴⁸⁶.

Bazı durumlarda bir hakkın sınırlarını belirlemek için bu hakka dayanak teşkil eden kanun hükmünün yorumlanmasında dürüstlük kuralı devreye girebilir. Örneğin, TBK. m.396'da işçinin özen ve sadakat borcu düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1'inci fıkrasında işçinin, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar aynı maddenin diğer fıkralarında özen ve sadakat borcuna aykırı olan bazı durumlara yer

iddiasını ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanılmasıdır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 06.05.2019.

⁴⁸⁴ AKYOL, s. 57 vd.; OĞUZMAN, s. 173.

⁴⁸⁵ OĞUZMAN, s. 174.

⁴⁸⁶ OĞUZMAN, s. 175 vd.; AKYOL, s. 26 vd.

verilmişse de bu durumlar sınırlı sayıda değildir. Bu sebeple TBK. m.396'daki sadakat borcunun kapsamı dürüstlük kuralına göre tespit edilecektir⁴⁸⁷.

Bazı hallerde ise kanun hükmüyle doğrudan dürüstlük kuralına yollama yapılmış olabilir. Örneğin, İşK. m.75/2'ye göre; *“İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”*.

Dürüstlük kuralının en önemli uygulama alanlarından biri de kanuna karşı hilenin önlenmesidir. Kanuna karşı hile, emredici hukuk kurallarını bertaraf edebilmek amacıyla, görünürde hukuka uygun fiil ve işlemlere başvurarak bu kuralların dolanılması anlamına gelir⁴⁸⁸. Bunun en güzel örneği; işçinin, aslında gerçekten işini ifa ettiği işverenin yerine, aralarında organik bağ bulunan bir başka işverenin işçisi olarak gösterilmesidir. Böylelikle gerçek işveren, İş Hukuku'ndan doğan yükümlülüklerini bertaraf etmek amacıyla işçiyi aslında paravan bir şirketin (işverenin) işçisi olarak göstermektedir⁴⁸⁹. Yargıtay, bu tür durumlarda isabetli olarak her iki işverenin de müteselsil sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiğini içtihat etmektedir⁴⁹⁰.

Dürüstlük kuralı, yalnızca kanunların değil, hukuki işlemlerin yorumlanması ve tamamlanmasında da uygulama alanı bulur. Hukuki işlemlerin oluşumu ve yorumlanmasında önemli bir etkiye sahip olan *“güven prensibi”*, temelini dürüstlük kuralından almaktadır⁴⁹¹. Yine borçların doğumunda da dürüstlük kuralının rolü büyüktür. Örneğin, asıl edim dışında, (koruma ve muhafaza etme, bilgilendirme,

⁴⁸⁷ OĞUZMAN, s. 176.

⁴⁸⁸ OĞUZMAN, s. 176.

⁴⁸⁹ SÜZEK, s. 158, 159.

⁴⁹⁰ Y. 9. HD., 13.04.2015, 9375/13938, “Somut uyuşmazlıkta davalının dava dışı ve hakkında karar kesinleşen, ancak işçilik alacakları infaz edilmeyen Önermek şirketi ile aynı adreste faaliyette bulundukları, kira ilişkisi ile ayrı bir yerde bulunan faaliyet alanına ilişkin fabrikanın kiralandığı, birlikte veya ayrı ayrı faaliyet alanı ile ilgili iş yüklendikleri, davacının bu işlerde çalıştığı dosya içeriğinden ve özellikle dava dışı şirket ortağının tanık sıfatı ile beyanından anlaşılmaktadır. Davacı, davalı ile dava dışı şirket arasında organik bağı kanıtlamıştır. Davalının sorumluluğuna karar verilmelidir. Yazılı gerekçe ve hatalı hukuki değerlendirme ile davanın reddi hatalıdır.”; Y. 9. HD., 04.11.2015, 2014/25784, 2015/31195; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 06.05.2019.

⁴⁹¹ OĞUZMAN, s. 178 vd.

belge sağlama gibi) yan edimlerin sınırlarının belirlenmesinde dürüstlük kuralına başvurulmaktadır. Ayrıca taraflar arasında henüz bir sözleşme kurulmamışken, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğun (culpa in contrahendo) temelini de TMK. m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralı oluşturmaktadır⁴⁹².

Dürüstlük kuralı, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması veya sona erdirilmesi hallerinde de uygulanan temel bir ilkedir. Özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, bir süre sonra ortaya çıkan bazı sebeplerden ötürü taraflardan biri veya her ikisi sözleşmeyi devam ettirmek istemeyebilir. Nitekim bu sebepler, taraflar bakımından sözleşmenin devamını katlanılmaz hale getirebilir. Örneğin, TBK. m.435’te genel hizmet sözleşmesinin haklı sebeple derhal feshi düzenlenmiştir. Yine İşK. m.18, 24 ve 25’te iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Her ne kadar iş sözleşmelerinin feshine ilişkin açık düzenlemelere yer verilse de tüm bu hükümler temelini dürüstlük kuralından almaktadır. Dolayısıyla taraflara, belli durumlarda sözleşmeyi feshetme imkânının tanınması, dürüstlük kuralının bir gereğidir⁴⁹³. Ancak dürüstlük kuralı, yalnızca sözleşmenin feshine imkân tanınması anlamına da gelmez. Dürüstlük kuralının bir diğer yönü de sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesidir. Yani taraflar öncelikle, sözleşmenin devamını sağlamak için ellerinden gelen tüm çabayı göstermeli, her türlü seçeneği değerlendirmelidir. Fesih, kaçınılmaz olduğu takdirde başvurulabilecek bir yöntemdir. Bu sebeple dürüstlük kuralının, sözleşmelerin sona erdirilmesinde çift yönlü bir uygulamaya sahip olduğu söylenebilir. Son çare ilkesine dayanak teşkil eden temel düşünce de sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesidir.

Yukarıdaki açıklamalarda, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının temel uygulama alanlarından bahsetmiş olsak da bu ilkenin uygulaması, yalnızca anılan hallerle sınırlı değildir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel bir hukuk ilkesi niteliğindedir. Kanunlarda açık bir düzenleme bulunmasa dahi, bu ilkenin her zaman uygulanması mümkündür⁴⁹⁴. Bununla birlikte doktrinde, TMK. m.2’nin hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecek

⁴⁹² OĞUZMAN, s. 180, 181.

⁴⁹³ OĞUZMAN, s. 181 vd.; AKYOL, s. 89 vd.

⁴⁹⁴ OĞUZMAN, s. 184.

şekilde her türlü ihtilafın çözümünde kullanılmak istendiğini, hâkimlerin ihtilaf çözümünde açık kanun hükümlerini dikkate almayarak doğrudan dürüstlük kuralına başvurma eğiliminde olduğunu isabetli olarak ileri süren eleştiriye katılıyoruz⁴⁹⁵.

1.4. Dürüstlük Kuralı ve Son Çare İlkesi Arasındaki İlişki

Dürüstlük kuralının yalnızca Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmesi, diğer özel hukuk ilişkilerinde uygulanmayacağı anlamına gelmez. Nitekim bu kural, eskiden beri birçok hukuk düzeninde ve değişik dönemlerde uygulanmıştır. Ancak İsviçre ve Türk Hukuku bakımından bu kuralın uygulama alanı özellikle sözleşmelerin, daha genel ifade ile hukuki işlemlerin yorumlanması ve borçların ifasını kapsar⁴⁹⁶. Bununla birlikte dürüstlük kuralının bir diğer uygulama alanı ise sözleşmelerin sona erdirilmesidir. Dolayısıyla bir sözleşmenin sona erdirilmesinde de taraflar dürüstlük kuralına uygun hareket etmek mecburiyetindedirler.

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. Bu sebeple iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde de taraflar (özellikle işveren), dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorundadır. Hangi hallerin dürüstlük kuralı ile bağdaştığı, hangi hallerin bağdaşmadığı kanun koyucu tarafından tahdidi olarak düzenlenemez. Nitekim dürüstlük kuralı, her türlü özel hukuk ilişkisinde uygulama alanı bulan evrensel bir ilkedir ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ancak dürüstlük kuralına aykırılığın en önemli örneklerinden biri *“hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile, bu durumun başkasına vereceği zarar arasında aşırı bir oransızlık bulunması”*dır⁴⁹⁷. İlke olarak hiç kimse, hakkını kullanırken elde ettiği fayda ile karşı tarafın uğrayacağı zararı karşılaştırmak ve bunları dengelemek zorunda değildir⁴⁹⁸. Ancak iş sözleşmelerinde sözleşmenin zayıf

⁴⁹⁵ OĞUZMAN, s. 185, Yazara göre, gerektiği durumlarda dürüstlük kuralına başvurmakta herhangi bir sakınca yoktur; ancak bu ilkeyi uluorta kullanmaktan kaçınmak gerekir.

⁴⁹⁶ OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami (2008), Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (B.15), İstanbul, Vedat, s. 220, 221, Yazarlara göre, dürüstlük kuralı anlam itibarıyla, bir kimsenin namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışta bulunmasıdır. Bir davranışın bu niteliklere sahip olup olmadığı ise topluma egemen olan ahlâkî ölçütlere, geçerli adetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir; Aynı yönde bkz., AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya (2009), Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (B.7), İstanbul, Beta, s. 166, 167.

⁴⁹⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s. 229.

⁴⁹⁸ OĞUZMAN/BARLAS, s. 229.

tarafını temsil eden işçinin uğrayacağı zarar, işverenin elde edeceği menfaate kıyasla oldukça yüksektir. Bu sebeple kanun koyucu, İş Kanunu ile işçi lehine birtakım emredici düzenlemeler öngörmüştür. Bu düzenlemelerden en önemlisi de iş güvencesi hükümleridir.

Her ne kadar iş güvencesi bakımından doğrudan uygulanmasa da iş güvencesine hâkim olan tüm ilkelerin temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır. Bu yüzden son çare ilkesinin de dürüstlük kuralının özel bir uygulanma şekli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Fransız hukuk sisteminde son çare ilkesine ilişkin yasal bir dayanağın olmadığı dönemlerde son çare ilkesi, Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil), sözleşmelerin dürüstlük kuralına (bonne foi) göre ifa edileceğini öngören hükmüne dayandırılmıştır⁴⁹⁹.

Sonuç olarak dürüstlük kuralı; yasal dayanağını TMK. m.2'den almakla birlikte, tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanan, konumuz bakımından da özellikle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde uygulama alanı bulan, son çare ilkesinin de hukuki dayanağını oluşturan evrensel bir hukuk ilkesidir. Bu bakımdan dürüstlük kuralının da iş güvencesine hâkim olan ilkelerden biri olduğunu söylemek mümkündür.

2. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ⁵⁰⁰

2.1. Genel Olarak

Türk İş Hukuku'nda iş güvencesi sistemine hâkim olan en temel ilke, kuşkusuz ki son çare ilkesidir. Yasal bir dayanağı bulunmamasına rağmen İşK. m.18'in gerekçesinde, “... işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır” ifadesine yer verilmiştir. Üstelik uygulamada da iş sözleşmelerinin feshinde son çare ilkesinin gözetilip gözetilmediği Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından

⁴⁹⁹ CENGİZ URHANOĞLU, İstar (2009), Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı Bağlamında Son Çare Olma İlkesi, TÜHİS., C.22, S.1-2-3, s. 89 (Son Çare); GÜZEL, Ali (2005), İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio İlkesi ve Uygulama Esasları, (Editör: Murat UÇUM), A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul, Legal, s. 64 (Son Çare).

⁵⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., BİRBEN, Erhan (2006), İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.

sıkı bir şekilde denetlenmektedir⁵⁰¹. Ancak son çare ilkesi, genel olarak ölçülülük ilkesinden kaynaklanan bir prensip olduğundan, konumuz bakımından ölçülülük ilkesine de ayrıntılı bir şekilde değinmek gerekir.

Ölçülülük ilkesi, ağırlıklı olarak Anayasa ve İdare Hukuku'nda uygulanan bir ilkedir⁵⁰². Yine Alman Hukuku'nda da ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin özüne ve hukuk devleti ilkesine dayandırılmaktadır⁵⁰³. Anayasamızın 13'üncü maddesine göre; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin hukuki temelinin, Anayasamızın 13'üncü maddesi olduğunu söyleyebiliriz⁵⁰⁴.

Anayasa Hukuku bakımından ölçülülük ilkesi; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, başvuru aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, başvuru aracının sınırlama amacı bakımından gerekli (zorunlu) olması ve amaçla aracın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması anlamına gelir⁵⁰⁵.

Kamu hukuku bakımından geçerli olan ilkeleri, özel hukukta doğrudan uygulamak her zaman mümkün değildir. Nitekim özel hukuka hâkim olan temel prensip *“irade özerkliği”* prensibidir. Bu sebeple kamu hukukuna özgü birtakım ilkelerin özel hukukta da uygulanması halinde, değişime uğramaları söz konusu olabilir. Ölçülülük ilkesi, niteliği itibarıyla birtakım sınırlamaları özünde barındırdığından, özel hukuka hâkim olan irade özerkliği ile ters düşebilir. Borçlar

⁵⁰¹ Y. 9. HD., 08.10.2018, 7535/17709; Y. 22. HD., 03.10.2018, 11800/20933; Y. 22. HD., 22.02.2018, 3105/4440; Bursa BAM. 3. HD., 07.06.2018, 1689/1632; Adana BAM. 7. HD., 31.05.2018, 1548/899; İzmir BAM. 7. HD., 28.05.2018, 853/1092; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.11.2018.

⁵⁰² KAR, s. 435.

⁵⁰³ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 184.

⁵⁰⁴ KAR, Bektaş (2009), Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması, Sicil, S.15, s. 60 (Ölçülülük); KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal (2010), İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, Osman Güven ÇANKAYA'ya Armağan, Ankara, Kamu-İş Yayını, s. 181 (Ultima-Ratio).

⁵⁰⁵ ÖZBUDUN, s. 104; GÖZLER, s. 132; KAR, Ölçülülük, s. 60; NARTER, s. 84; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 290, 291.

Hukuku’nda egemen olan irade özerkliği ve sözleşme serbestisi gereğince; taraflar herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını belirleme ve nihayetinde sözleşmeyi sona erdirmeye hususunda bir serbestiye sahiptirler⁵⁰⁶. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi gerekçe gösterilerek taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine müdahale etmek, birtakım sınırlamalar öngörmek özel hukuk düzeninde kural olarak kabul edilemez⁵⁰⁷.

Bazı durumlarda ise sözleşmenin tarafları arasında, hukuki, sosyal ve ekonomik yönden birtakım orantısızlıklar bulunabilir. Taraflardan biri, diğerine göre daha güçlü konumda olabilir ve sözleşme şartlarını tek taraflı belirleme imkânına sahip olabilir. Özellikle iş sözleşmeleri bakımından her iki tarafın da eşit konumda bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Sözleşmenin bir tarafında ekonomik gücü (sermayeyi) elinde bulunduran işveren varken, diğer tarafında çoğu zaman çalışma karşılığı elde ettiği ücret dışında herhangi bir geliri bulunmayan ve hukuken işverene bağımlı işçi bulunmaktadır. İşte bu tür durumlarda sözleşmenin zayıf tarafını gözetken önlemlerin alınması sosyal devlet olmanın da gereğidir. Devlet, hukuken zayıf konumda bulunan işçi lehine birtakım önlemler alırken irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkesine müdahalede bulunacaktır⁵⁰⁸. Bu tür istisnai durumlarda ölçülülük ilkesinin, özel hukuk bakımından da kontrol işlevi gördüğünü söyleyebiliriz. Ancak ölçülülük ilkesinin, özel hukuk bakımından tamamen uygulanması mümkün değildir. Bu ilke, yalnızca taraflar arasında adil bir menfaat dengesinin kurulmasına hizmet eder⁵⁰⁹.

Ölçülülük ilkesinin özel hukuktaki bir diğer uygulama alanı ise yenilik doğuran hakların kullanımıdır. Bilindiği üzere yenilik doğuran haklar, bir hukuki yetkiye dayanarak, bir kimsenin varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukuki durum yaratmasına imkân veren haklardır. Başka bir deyişle, yenilik doğuran haklar,

⁵⁰⁶ EREN, s. 18, 19.

⁵⁰⁷ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 182.

⁵⁰⁸ SÜZEK, s. 33 vd., İş Hukuku’nda emredici kurallara verilen anlam genel hükümlerden farklı olup, bu hukuk dalının özelliğine uygun bir değişime uğramıştır. Başka bir deyişle, Borçlar Hukuku’nun kamu düzeni ve emredici hüküm kavramları klasikleşmiş anlamlarıyla İş Hukuku’na aynen aktarılmazlar. İş sözleşmesi ile kurulan işçi ve işveren ilişkisinde emredici kuralların sözleşme özgürlüğünü sınırlaması diğer sözleşmelerden farklı bir biçimde ortaya çıkar.

⁵⁰⁹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 182.

tek taraflı bir irade beyanıyla bir başkasının hukuki durumunu, onun katılımı veya rızasına gerek olmaksızın değiştiren hakları ifade eder⁵¹⁰. Yenilik doğuran hakların kullanımı ile istenen sonuç kendiliğinden meydana gelmiş olur ve bu sonuç, yeni bir hukuki ilişkinin kurulması, mevcut hukuki ilişkinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Borçlar Hukuku'nun temel prensibi gereğince sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur (TBK. m.1/1). Dolayısıyla yenilik doğuran haklar, Borçlar Hukuku'na hâkim olan temel sözleşme anlayışına da ters düşmektedir. Yenilik doğuran hakların kullanımı, her zaman taraflardan birini etkilemez. Kimi zaman üçüncü kişilerin de hukuki alanlarında etki yaratabilir. İşte bu tür durumlarda ölçülülük ilkesi, yenilik doğuran hakların kullanımını belli sınırlanmalara tabi tutabilir. Dolayısıyla yenilik doğuran bir hakkın kullanımı, karşı tarafın hukuki alanına ciddi ve ağır bir müdahalede bulunacaksa, bu müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, yenilik doğuran hakkı kullanan kişinin elde edeceği yararın da o kadar ağır ve önemli olması gerekir⁵¹¹.

İş sözleşmelerinin feshinde de ölçülülük ilkesi büyük önem taşımaktadır. Nitekim fesih, işverenin tek taraflı irade beyanıyla bir hukuki ilişkiyi (iş sözleşmesini) ortadan kaldıran, bozucu nitelikte yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla iş sözleşmelerinin feshinde ölçülülük ilkesinin gözetilmemesi, işçi açısından ciddi ve ağır sonuçlar doğurabilir. İş sözleşmelerinin niteliği gereği işçi ve işveren arasında tam bir eşitlikten bahsetmek mümkün değildir. İşçi bağımlı çalışan konumundadır ve hukuken işverenin emir ve talimatlarına uymakla mükelleftir. Ayrıca ekonomik bakımdan da taraflar arasında ciddi bir orantısızlık bulunmaktadır. İşveren, sermayeyi elinde bulunduran ve bu sermaye karşılığı elde ettiği geliriyle işçilerin ücretini ödeyen, iş ilişkisinin güçlü tarafını temsil eder. İşçinin ise genellikle emek karşılığı elde ettiği ücreti dışında herhangi bir geliri bulunmamaktadır. İşçi bu geliriyle yalnızca kendinin değil, aynı zamanda ailesinin de geçimini sağlamak zorundadır. Taraflar arasındaki bu orantısızlığı gidermek için kimi zaman kamu erki

⁵¹⁰ EREN, s. 58.

⁵¹¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 183; NARTER, s. 84; TULUKCU, s. 266 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 491.

tarafından müdahale gerekebilir. Bu durumda irade özerkliği ve sözleşme serbestisinin yerini, “işçiyi koruma”, “işçi lehine yorum”, “iş sözleşmesinin feshinde ölçülülük ve son çare ilkelerine uyulması” gibi birtakım ilkeler alır. Ölçülülük ilkesi de işverenin fesih hakkının denetiminde önemli bir yere sahiptir. Ölçülülük ilkesinin, iş güvencesine uygulanması neticesinde işçi, işverenin keyfî fesihlerine karşı korunmuş ve taraflar arasında adil bir menfaat dengesi sağlanmış olacaktır⁵¹².

İş güvencesine hâkim olan ölçülülük ilkesi yalnızca geçerli sebeple yapılan fesihlerde değil, haklı sebeple yapılan fesihlerde de uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim Alman Hukuku’nda ölçülülük ilkesinin, iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğuran tüm hallerde uygulanması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur^{513, 514}.

Ölçülülük ilkesi kendi içerisinde birtakım alt ilkelere ayrılmaktadır. Bunlar elverişlilik (uygunluk), gereklilik ve orantılılık ilkeleridir. Alman Federal Mahkemesi de yerleşik içtihatlarında kamu hukuku terminolojisine bağlı kalarak ölçülülük ilkesini elverişlilik (uygunluk), gereklilik ve orantılılık ilkeleri şeklinde üç ana başlık altında sınıflandırmıştır⁵¹⁵. Türk İdare Hukuku bakımından da ölçülülük ilkesi elverişlilik (uygunluk), gereklilik ve orantılılık alt ilkelere ayrılmıştır⁵¹⁶. Ölçülülük ilkesi gereğince; uygulanacak tedbir, hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı, hedeflenen amaç bakımından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbir sonucu ortaya çıkacak müdahale ile hedeflenen amaç arasında ölçüsüz bir oran

⁵¹² **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Ultima-Ratio, s. 183, Yazarlara göre, sözleşmenin taraflarından biri diğerinin hukuki alanına tek taraflı bir müdahalede bulunma imkânına sahipse ve bu imkân ne kanun ne de yargı içtihatları tarafından sınırlandırılmamışsa, İdare ve Anayasa Hukuku’nda geçerli olan ölçülülük ilkesinin özel hukuk niteliği ağır basan uyumsuzluklarda da uygulanmasına imkân tanınmalıdır.

⁵¹³ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Ultima-Ratio, s. 184, Bu görüşü savunan yazarlara göre, ölçülülük ilkesinin uygulama alanı yalnızca geçerli ve haklı sebeplerle yapılan fesihlerle sınırlı değildir, aynı zamanda değişiklik feshi veya hem işveren hem de işçi tarafından yapılan ve sözleşmenin feshi sonucunu doğuran tüm hallerde ölçülülük ilkesi uygulanmalıdır.

⁵¹⁴ Haklı sebep ve geçerli sebep ayırımında ölçülülük ilkesinin uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **KAR**, Ölçülülük, s. 61 vd.

⁵¹⁵ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Ultima-Ratio, s. 185, dn. 22; **MANAV**, s. 169; **NARTER**, s. 84; **MOLLAMA HMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 291.

⁵¹⁶ **GÖZLER**, Kemal/ **KAPLAN**, Gürsel (2011), İdare Hukuku Dersleri (B.11), Bursa, Ekin, s. 363, 364; **AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİN ER**, Murat/ **KAYA**, Cemil (2011), Türk İdare Hukuku (B.2), Ankara, Seçkin, s. 120, 121.

bulunmamalıdır. Tüm bu alt ilkelerin iş sözleşmelerinin feshi bakımından da uygulanması gerekir⁵¹⁷.

İş hukuku doktrininde ölçülülük ilkesine iki ayrı anlam yüklenmiştir. Buna göre elverişlilik (uygunluk), gereklilik ve orantılılık ilkelerinin tümünü içerisinde barındıran ilke, “*geniş anlamda ölçülülük ilkesi*” olarak ifade edilmektedir. “*Dar anlamda ölçülülük ilkesi*” ise yalnızca orantılılık ilkesini ifade etmektedir⁵¹⁸.

2.2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri

2.2.1. Elverişlilik (Uygunluk) İlkesi

Elverişlilik ilkesi, ölçülülük ilkesinin alt ilkesidir. Bu ilkeye göre, sınırlamada başvuru alan araç (tedbir), sınırlama ile hedeflenen amacın (sonucun) gerçekleştirilmesine elverişli (uygun) olmalıdır. Başka bir deyişle elverişlilik, amaca yönelik eylem ve işlemlerin hedeflenen sonucu doğurmaya uygun olmasıdır⁵¹⁹. Aracın, elverişli sayılabilmesi için kısmen de olsa amacı gerçekleştirmeye uygun olması yeterlidir. Tümüyle elverişli olma gibi bir şart aranmaz⁵²⁰. Elverişlilik ilkesi bakımından, başvuru alan aracın muhatabın hukuki alanında meydana getirdiği sonuçlar önem taşımamaktadır. Ancak başvuru alan araç, hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun ve yeterli değilse, amacın gerçekleştirilmesini güçleştiriyor veya imkânsız hale getiriyorsa bu aracın elverişli olduğundan bahsedilemez⁵²¹.

Elverişlilik ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Bu ilke ilk olarak, belli bir amacı hedefleyen işlemlerin geçerli olduğunu ifade eder. Diğer yönüyle ise başvuru alan aracın, amaca uygun olması gerektiğini ifade eder. Dolayısıyla bir amaca yönelmiş hareketlerin bulunmadığı veya başvuru alan aracın hedeflenen amaca uygun düşmediği durumları ayırmak bakımından elverişlilik ilkesi önemlidir⁵²².

⁵¹⁷ KAR, s. 436.

⁵¹⁸ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 185; MANAV, s. 169; NARTER, s. 84.

⁵¹⁹ BİRBEN, s. 6.

⁵²⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 186.

⁵²¹ BİRBEN, s. 6.

⁵²² BİRBEN, s. 6.

Bu ilke gereğince belirli bir amacı gerçekleştirmek isteyen kişi, amacı gerçekleştirmek için uygun gördüğü bir araç seçer. Ancak başvuru alan aracın hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını baştan öngörmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu seçim, baştan bir tahmine ve belirsizliğe dayanır. Bu sebeple elverişlilik denetimi yapan mahkeme, başvuru alan aracın seçilmesine sebep olan somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurmalıdır. İşlem sahibinin elverişli olduğunu tahmin ettiği tedbirin, hedeflenen amacı gerçekleştirmemesi veya öngörülen etkiyi yaratmaması hemen hukuka aykırılık sonucunu doğurmaz⁵²³. Ancak işlem sahibine tanınan tahmin özgürlüğü sınırsız değildir. Hedeflenen amaca ulaşmayı güçleştiren, imkânsız kılan veya amacın gerçekleşmesi bakımından hiçbir etkisi olmayan araçlar her halükârda elverişsiz kabul edilmelidir. Bu durumda işlem sahibinin başvurduğu araca yönelik tahmininin objektif olmadığı, amaca uygun düşmediği sonucuna varılacaktır⁵²⁴.

Sonuç olarak bu ilke, somut olayda başvuru alan tedbirin, hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişsiz olduğu istisnai durumlarda (başvuru alan aracın, hedeflenen amacın gerçekleşmesini güçleştiren, imkânsız kılan veya amacın gerçekleşmesi bakımından hiçbir etkisi olmayan hallerde) gündeme gelecektir.

2.2.2. Gereklilik İlkesi

Ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesi ise gereklilik ilkesidir. Gereklilik ilkesi, bir amaca ulaşmayı hedefleyen birden fazla araç içerisinde muhatabın hukuki alanına herhangi bir zarar vermeyen ya da en az zararı veren aracın tercih edilmesi şeklinde tanımlanabilir. Gereklilik ilkesi, amaca ulaşmayı hedefleyen birden fazla aracın bulunduğu hallerde gündeme gelecektir. Dolayısıyla, muhatabın hukuki alanına daha az bir müdahalede bulunan, daha hafif bir tedbir mevcutsa ve bu

⁵²³ **BİRBEN**, s. 79, Yazara göre, elverişlilik ilkesinin her zaman tahmin edilebilir bir niteliğinin olmaması, uygulamada bu ilkeye göre yapılacak denetimlerde hukuka aykırılığın nadir olarak ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple elverişlilik ilkesi, diğer alt ilkelere nazaran daha az bir öneme sahiptir. Elverişlilik ilkesi, genellikle ön süzgeç görevi görmekte ve somut olay bakımından elverişsiz olduğu açıkça anlaşılan araçların tespitini kolaylaştırmaktadır.

⁵²⁴ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Ultima-Ratio, s. 186, 187; **BİRBEN**, s. 6, 7.

tedbirin uygulanması ile de hedeflenen amaç gerçekleşecekse, görece ağır tedbirin uygulanması gereklilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁵²⁵.

Gereklilik ilkesinin gündeme gelebilmesi için amaca ulaşmayı hedefleyen en az iki elverişli aracın mevcut olması şarttır. Eğer işlem sahibinin önünde yalnızca bir seçenek varsa, bu halde gereklilik denetiminden söz edilemez. Gereklilik ilkesi bakımından bir denetimin yapılabilmesi için öncelikle amaca ulaşmayı hedefleyen bütün elverişli araçların ortaya konulması şarttır. Birden fazla elverişli araç mevcutsa, bu araçlar içerisinde muhatabın hukuki alanına en az müdahalede bulunan, en hafif araç tercih edilmelidir. Görüldüğü üzere elverişlilik ilkesi, gereklilik ilkesinin bir parçasını oluşturmaktadır⁵²⁶.

İşlem sahibi tarafından başvuru alan araç, diğer araçlara nazaran muhatabın hukuki alanına daha az müdahalede bulunmakla birlikte hedeflenen amacı gerçekleştirmek bakımından diğer araçlar kadar etkili değilse; bu halde araç, gereklilik denetimi bakımından dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla aynı derecede etkili bir başka araç seçilemiyorsa gereklilik alt ilkesine aykırılıktan da söz edilemez⁵²⁷.

Gereklilik ilkesi, yalnızca hedeflenen amacı gerçekleştirmeye yönelik en hafif tedbirin seçilmesini değil, aynı zamanda bu tedbir elverişli olmadığı takdirde hafiften ağıra doğru kademeli bir araç seçimini de konu almaktadır⁵²⁸.

İşlem sahibi tarafından başvuru alan aracın, hedeflenen amaçla orantılı bir ilişki içerisinde olması ise gereklilik ilkesinin konusu değildir. Dolayısıyla işlem sahibi tarafından başvuru alan araç, muhatabın hukuki alanına çok ağır bir müdahalede bulunsada gereklilik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu husus, orantılılık ilkesinin konusunu oluşturmaktadır⁵²⁹.

⁵²⁵ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 187; BİRBEN, s. 7.

⁵²⁶ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 187; BİRBEN, s. 7, 8.

⁵²⁷ BİRBEN, s. 8.

⁵²⁸ BİRBEN, s. 8.

⁵²⁹ BİRBEN, s. 8.

2.2.3. Orantılılık İlkesi (Dar Anlamda Ölçülülük İlkesi)

Ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesi ise orantılılık ilkesidir. Orantılılık ilkesine aynı zamanda “*dar anlamda ölçülülük ilkesi*” de denilmektedir. Bu ilkeye göre; işlem sahibi tarafından başvurulanan aracın, hedeflenen amaçla orantılı bir ilişki içerisinde bulunması gerekir. Şayet hedeflenen amaç ve başvurulanan araç arasında aşırı bir orantısızlık varsa orantılılık ilkesine aykırılıktan söz edilecektir⁵³⁰.

Orantılılık denetiminde başvurulanan araç ile hedeflenen amaç arasında ödül ve bedel dengesi kurulur. İşlem sahibi tarafından başvurulanan tedbir, hedeflenen amaca nazaran çok ağır sonuçlar doğuruyorsa, sakıncalı bir durum yaratıyorsa, bu durumda orantılılık ilkesine aykırılık gündeme gelecektir. Bu ilke gereğince, somut olaydaki tüm durumlar değerlendirmeye tabi tutularak, işlem sahibi ve muhatabın menfaatleri arasında bir tespit yapılır.

Orantılılık ilkesini, elverişlilik ve gereklilik ilkelerinden ayıran en büyük özellik her olaya uygulanabilecek standart ölçüm değerlerini içermemesidir. Gerçekten de elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleri her somut olayda doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Bu iki ilke bakımından başvurulanan araç ve hedeflenen amaç arasında “*aşırı bir oransızlık bulunmaması*” gibi bir kriter aranmaz. Ancak orantılılık ilkesi doğrudan bu amaca hizmet etmektedir. Bu sebeple orantılılık ilkesi doktrinde “*boş formül*” olarak ifade edilmektedir. Bu ilke, denetimde kullanılabilir ve her somut olay bakımından esas alınacak bir ölçüm standardını içermez. Orantılılık ilkesinin her somut olay bakımından iinin doldurulması gerekmektedir⁵³¹. Somut olayda mahkemeler tarafından hangi noktaların önem taşıdığı ve değerlendirmeye alınması gerektiği tespit edilmelidir. Hukuka uygun ve adaletli bir sonucun ortaya çıkması için de mümkün olduğu kadar fazla değerlendirme kriterinin bulunması gerekir⁵³².

Gereklilik ilkesinde, üçüncü kişinin hukuki alanına daha az müdahalede bulunan araç, diğer araçlara nazaran daha elverişsizse bu husus ilkenin uygulanması

⁵³⁰ NARTER, s. 84.

⁵³¹ BİRBEN, s. 81, 82.

⁵³² TURGUT, Pınar (2011), İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 187; BİRBEN, s. 82.

bakımından önem taşımamaktadır. Ancak orantılılık ilkesinde araçların elverişliliği ve üçüncü kişinin hukuki alanına yaptıkları müdahalelerin ağırlığı gibi hususların hepsi kıyaslanır ve buna göre bir seçim yapılır. Aksi takdirde, orantılılık ilkesine uygun bir denetimden söz edilemez. Konu ile alakalı ve alakasız tüm durumların göz önünde bulundurulacağı belirsiz bir kıyaslama ise orantılılık ilkesini değersizleştirir⁵³³.

Doktrinde orantılılık ilkesinin yalnızca işçinin davranışları ve yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Bu durumda iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin amaç ve menfaati ile işçinin amaç ve menfaati kıyaslanacak ve bu kıyaslama neticesinde feshin, orantılılık ilkesine aykırı olup olmadığı tespit edilecektir⁵³⁴.

Orantılılık ilkesinde, işlem sahibinin ve hukuki alanına müdahalede bulunan kişinin menfaatlerinden hangisinin ağır basacağı değerlendirildiği için çoğu zaman bu ilke menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesi ile benzerlik göstermektedir. Oysaki orantılılık ilkesinde, işlem sahibi tarafından başvuru alan araç ile hedeflenen amaç arasında yapılan sınırlı bir değerlendirme bulunmaktadır. Buna karşılık menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesinde, somut olayın tüm özellikleri değerlendirmeye tabi tutulur. Bu sebeple orantılılık ilkesi, menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesinin yalnızca bir bölümünü içermektedir⁵³⁵.

2.3. İş Sözleşmesinin Feshinde Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi iş sözleşmelerinin feshinde de göz önünde bulundurulacak temel bir ilkedir. Her ne kadar İş Kanunu'nda ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiğine ilişkin yasal bir dayanak bulunmasa da bu ilke sözleşmelerin feshi bakımından dikkate alınan genel bir ilkedir. Yargısal denetim yapılırken ölçülülük ilkesi, hukuk normunun somutlaştırılmasında ve normun sınırlarının belirlenmesinde önemli bir rol üstlenmektedir⁵³⁶.

⁵³³ BİRBEN, s. 82.

⁵³⁴ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 197.

⁵³⁵ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 197.

⁵³⁶ KAR, Ölçülülük, s. 60.

İş sözleşmesinin feshi gündeme geldiğinde, işçi ve işverenin sözleşmenin devamına ilişkin menfaatleri arasında çok hassas bir denge bulunmaktadır. İşverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasındaki menfaat dengesinin adil bir şekilde kurulması gerekmektedir. Sözleşmenin feshinde işverenin birtakım menfaatleri bulunabilir. Örneğin işveren, işletmesi açısından daha verimli bir üretim biçimini tercih edebilir veya ekonomik sebeplerle işçilerin bir kısmının iş sözleşmesini sona erdirmek isteyebilir⁵³⁷. İş sözleşmesinin sınırsız bir şekilde devam etmesini öngören bir sistem işverenin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. İş sözleşmesinin devamına ilişkin katı hükümler içeren bir sistem Anayasa'nın 48'inci maddesine de aykırılık teşkil edecektir.

Sözleşmenin diğer tarafını temsil eden işçinin menfaatleri ise işvereninkine kıyasla daha ağır basmaktadır. Feshe karşı korumaya ilişkin önlemler, işçiyi hem iş sözleşmesinin devamı noktasında hem de sözleşme içeriğinin değiştirilmesine (İŞK. m.22) karşı korumaktadır. Sözleşmenin feshi işçi açısından işverene kıyasla daha büyük olumsuzluklar doğuracaktır. İşveren, fesih karşılığı elde ettiği menfaati başka yöntemlerle de kazanabilirken, bu durum işçi açısından her zaman mümkün olmamaktadır.

Feshe karşı korumaya ilişkin hükümler aynı zamanda işçinin bireysel menfaatlerine de hizmet etmektedir. Çoğu zaman işçinin, emek karşılığı elde ettiği ücreti dışında kendisi ve ailesinin geçimini sağlayacak başkaca bir gelir kaynağı bulunmamaktadır. Ülkemizdeki işsizlik oranı ve işsizlik sigortasının işini kaybeden kişilere sağladığı sınırlı koruma göz önünde bulundurulduğunda, feshe karşı korumaya ilişkin önlemlerin işçiye sağladığı menfaatler daha önemli bir boyut

⁵³⁷ **TULUKCU**, s. 266, Yazara göre, ölçülülük denetimi yapılırken işverenin almış olduğu işletmesel kararın yerindeliği denetlenemez, yalnızca bu karar sonrasında işçinin çalıştırılma imkânının bulunup bulunmadığı denetlenir; Y. 9. HD., 26.02.2018, 2017/27203, 2018/4223, “İşletmesel nedene dayanan fesih halinde, işletmesel kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme ve değerlendirme yapılamayacağı gibi yerindelik denetimi de yapılamaz.”; Y. 22. HD., 14.02.2017, 2997/2226; Y. 22. HD., 27.12.2016, 22529/29269; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.11.2018.

kazanmaktadır⁵³⁸. İşçi açısından yaşamsal öneme sahip bu güvencelerin devlet desteği olmadan sağlanması mümkün değildir.

Anayasa'nın 2'nci ve 49'uncu maddeleri, iş güvencesi hükümlerinin temel dayanağını oluşturur. Nitekim 49'uncu maddede çalışma, herkes bakımından bir hak olarak düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin 2'nci fıkrasında da devlete, çalışanların hayat standartlarını yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışma barışını sağlamak vs. gibi birtakım ödevler yüklenmiştir⁵³⁹.

Bugün içinde bulunduğumuz anlayış, temel hak ve özgürlüklerin fonksiyonunun, yalnızca kişileri devletten gelen müdahalelere karşı korumaktan ibaret olmadığını göstermiştir. Sosyal hukuk devleti prensibi aynı zamanda tarafların çatışan menfaatlerini adil bir dengeye kavuşturmayı da hedefler. Bu sebeple işverenin iş sözleşmesinin sona ermesindeki menfaati ile işçinin sözleşmenin devamına ilişkin menfaati arasında adil bir denge kurmak sosyal hukuk devletinin görevidir. Anayasa'nın 49'uncu maddesinde düzenlenen çalışma hakkına ilişkin hükmün, işçinin feshe karşı korunması açısından bir anlam ifade edebilmesi için devletin bu husustaki yükümlülüklerini yerine getirmesi şarttır.

İşçi, iş sözleşmesinin ekonomik bakımdan zayıf tarafını temsil eden bağımlı çalışan konumundadır. İşçinin içinde bulunduğu bu konum, onu işverenin keyfi davranışları karşısında hedef haline getirebilir. Sermayenin gücünü elinde bulunduran işveren, feshe karşı korumaya ilişkin hükümlerin bulunmadığı güvencesiz bir sistemde, dilediği zaman işçinin iş sözleşmesini feshedebilir veya sözleşmenin içeriğinde kendi istekleri doğrultusunda değişiklikler yapabilir. Kanun koyucu böyle bir durumda herhangi bir müdahalede bulunmaz ve taraf iradelerine

⁵³⁸ 16.04.2018 tarihi itibarıyla Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre, işsizlik oranı 2018 yılı Ocak ayında beklentilerin üzerine çıkarak yüzde 10,8 olarak kaydedilmiştir. 2017 yılı Aralık ayı işsizlik oranı yüzde 10,4 olarak kayıtlara geçmiştir, Bkz., <https://www.cnnturk.com/ekonomi/turkiye/2018in-ilk-issizlik-rakami-belli-oldu>, ET.: 16.11.2018.

⁵³⁹ **BİRBEN**, s. 71, Yazara göre çalışma hakkı, kişinin hayatını devam ettirmesini mümkün ve sürekli kılan her türlü faaliyeti içine alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu bakımdan bir işi seçme, onu koruma (çalışmaya devam etme) ve çalışmaya son verme de bu hakkın içerisinde değerlendirilir. Ancak çalışma hakkına ilişkin bu hüküm, belli bir çalışma yeri talep etme ve bir kez elde edilen çalışma yerini sürekli olarak koruma konusunda işçiye herhangi bir talep hakkı vermemektedir.

mutlak bir üstünlük tanırrsa, çalışma hakkına ilişkin hükmün de pratikte bir önemi kalmayacaktır. Bu sebeple işverenin fesih hakkının kanunlar tarafından belli sınırlamalara tabi tutulması gerekmektedir. Ancak bu sınırlamalar, işverenin fesih hakkını mutlak şekilde sona erdirecek ve iş sözleşmesinin sürekli olarak devamını sağlayacak nitelikte de olmamalıdır. İşte ölçülülük ilkesi, her iki tarafın çatışan menfaatleri arasında uygun bir dengenin kurulmasına hizmet eder⁵⁴⁰.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin temel amacı, işçi ve işverenin çatışan menfaatleri arasında mümkün olduğu ölçüde adil bir dengenin kurulmasını sağlamaktadır. Anayasa’da yer alan çalışma hakkı ile çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin hükümler her iki tarafın da birbirleriyle çatışan menfaatlere sahip olduğunu baştan göstermektedir. Kanun koyucunun görevi ise her iki tarafın çatışan menfaatleri arasındaki hassas dengeyi sağlamaktır. Gerçekten de feshe karşı koruyucu önlemler işçi ve işveren açısından bir terazinin iki kefi gibidir. İşverene tanınan sınırsız fesih özgürlüğü, işçiler bakımından olumsuz bir sonuç doğurabileceği gibi aşırı bir sınırlama da işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğünün özüne dokunabilir.

Anayasa’da düzenlenen temel hak ve hürriyetler, kişiler bakımından genel bir çerçeve çizmektedir. Bu çerçevenin içini doldurmak ise kanun koyucunun görevidir. Gerçekten de feshe karşı koruyucu önlemlerin Anayasa’nın 49’uncu maddesinden yola çıkılarak belirlenmesi mümkün değildir. Kanun koyucu her iki tarafın çatışan menfaatlerini tespit edecek ve bu menfaatler arasında bir değerlendirme yaparak işverenin fesih hakkını ölçülü bir şekilde belirli sınırlamalara tabi tutacaktır. Ancak bu sınırlamalar, işverenin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak veya kullanımını imkânsız kılacak nitelikteyse ölçülü bir düzenlemeden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde işverenin fesih hakkı birtakım şartlara bağlanmıştır. Bu hükümle birlikte fesih hakkının kullanımına ilişkin öyle sınırlamalar getirilmiştir ki, kanun koyucu hem sosyal devlet yükümlülüğünü hem de

⁵⁴⁰ **BİRBEN**, s. 72, 73, Yazara göre feshe karşı koruma, sosyal devlet anlayışının da bir tezahürüdür. Sosyal devlet ilkesi, zayıf konumda bulunanlar için “*güçlendirme*”, kuvvetli konumda bulunanlar içinse “*zayıflatma*” fonksiyonunu içerir. Devletin görevi, asgari düzeyde de olsa feshe karşı koruyucu hükümler getirerek insan onurunun korunmasına da hizmet etmektir.

işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğünün özünü korumuştur. Anılan hüküm, işçi ve işverenin çatışan menfaatlerinin kanun koyucu tarafından dengelenmesine örnektir. Şöyle ki, bu hüküm işçiyi işveren tarafından yapılacak keyfi fesihlere karşı korurken, işveren de geçerli fesih sebeplerinin varlığı halinde iş sözleşmesini feshedebilecektir⁵⁴¹.

2.4. İş Güvencesi Bakımından Ölçülülük İlkesi

2.4.1. Elverişlilik İlkesi Bakımından

Ölçülülük ilkesinin iş güvencesi hukukunda uygulanabilmesi için öncelikle işverenin sözleşmeyi fesihle güttüğü amacın belirlenmesi gerekir⁵⁴². Bu belirleme, özellikle elverişlilik alt ilkesi bakımından gerekli ve önemlidir. Nitekim elverişlilik ilkesi gereğince sınırlamada başvurulacak araç (fesih), işverence hedeflenen amacın gerçekleştirilmesine elverişli (uygun) olmalıdır. Ancak işverenin fesih ile güttüğü amacın her zaman belirlenmesi mümkün değildir. Neticede “amaç” dediğimiz kavram soyutluk içermekte ve bir düşünceyi ifade etmektedir. İşverenin iç dünyasında gerçekleşen bu düşüncenin işçi tarafından bilinmesi mümkün değildir. Bu amaç yalnızca tahmin edilebilir. Üstelik işveren, iş sözleşmesinin feshiyle birden fazla amaç da güdebilir. Yargısal denetimin görevi ise işverenin sözleşmenin feshiyle tasarladığı amaçlar arasında tahmin yürütmek değil, işverence açıklanan amaç üzerinden denetim yapmaktır. Şayet bu amaç, feshe ilişkin olaylardan yola çıkılarak tespit edilebilir nitelikteyse, yargı organı izlenen amacın objektif olarak geçerli bir amaç olup olmadığını değerlendirecektir⁵⁴³.

⁵⁴¹ **BİRBEN**, s. 77, 78, Yazara göre İşK. m.18 hükmü, işyerinin çalışma kapasitesini aşan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesine de imkân tanımaktadır. Nitekim işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde işveren, işçinin kusurlu bir davranışı olmasa dahi iş sözleşmesini sona erdirmeye imkânına sahip olmaktadır. Dolayısıyla İşK. m.18’in amacı, önlenemez fesihlere karşı işçinin korunması; ancak geçerli sebeple yapılan, keyfilik içermeyen fesihlere de imkân tanınması şeklinde değerlendirilebilir.

⁵⁴² **TURGUT**, s. 72, Yazara göre, fesih ile güdülen amacın belirlenmesi, feshin doğuracağı sonuçların işçi açısından etkilerini değerlendirmeye yardımcı olur. Fesih ile izlenen amaç ve feshin doğurduğu sonuçlar arasında dengeli bir ilişki olmalıdır. Fesih ile izlenen amacın belirlenmesi feshin; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkeleri bakımından denetlenmesine de fayda sağlar.

⁵⁴³ **BİRBEN**, s. 108, Yazara göre işverenin güttüğü amaç, kanun koyucu tarafından kabul edilen değerler ile bağdaşmalı, yasanın öngördüğü çerçeve içerisinde (İşK. m.18) kalmalıdır. İşverenin izlediği amaç, kanun koyucunun ortaya koyduğu kurallara aykırı olamaz. Genel olarak işverenin amacı işletmesinin işlevselliğini korumaktır. Ancak her somut olayda işverence izlenen amacın

Feshe alternatif araçlar belirlenirken önem arz eden husus, bu araçların işverenin fesih ile elde ettiği menfaatleri gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığıdır. Öncelikle her somut olay bakımından tartışılması gereken ilk husus feshi doğuran nedenlerdir. Bu hususların tespiti yapılmadan feshe alternatif daha hafif bir aracın tartışılması doğru değildir. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesindeki amaç tespit edilirse, hangi alternatif tedbirin uygulanacağı da daha rahat belirlenecektir.

Elverişlilik ilkesi iş güvencesine uygulanırken yargı denetimine esas teşkil eden husus, iş sözleşmesinin feshinin, işverenin fesih ile güttüğü amaca elverişli olup olmadığıdır. Dolayısıyla bu alt ilke bakımından denetim yapılırken işverence güdülen amaç esas alınır. Her somut olayda işverence izlenen amacın belirlenmesi önemlidir⁵⁴⁴.

2.4.1.1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesihlerde

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde amaç, işçinin kişisel özellikleri veya iş görme ediminin ifası için gerekli olan niteliklere artık sahip olmaması sebebiyle ekonomik açıdan sürdürülmesi imkânsız hale gelen iş ilişkisine son verilmesidir⁵⁴⁵. İş sözleşmesi her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁴⁶. İşçinin sahip olduğu birtakım nitelikleri artık kaybetmesi veya bazı kişisel özellikleri sebebiyle edimini ifa edememesi halinde edimlerin karşılıklı mübadelesinden söz edilemez. Bu durumda işveren açısından katlanılmaz hale gelen bir iş ilişkisi söz konusu olduğundan iş sözleşmesinin işverence feshi gündeme gelecektir.

2.4.1.2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlali söz konusudur. Bu ihlal neticesinde işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisi sarsılmış olabilir. İşverence izlenen amaç ise, iş sözleşmesinin işçi tarafından

kesin ve net bir biçimde ortaya konulması, bu amaca ulaşma noktasında başvuru tedbirleri de sınırlandırmış olacaktır.

⁵⁴⁴ **BİRBEN**, s. 110, Yazara göre, her fesih sebebi bakımından ortak amaç, iş sözleşmesinin devamı halinde işverenin sözleşmeye veya işletmeye ilişkin menfaatlerinin büyük ölçüde zarara uğrayacağı ihtimalidir. Yine de bu genel tespitin yanı sıra her somut olay bakımından ayrıca amaç tespitinin yapılması gerekir.

⁵⁴⁵ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 188.

⁵⁴⁶ **YAVUZ**, Cevdet (2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (B.10), İstanbul, Beta, s. 867 vd.; **EREN**, s. 194.

yeniden ihlal edilmesi rizikosundan kaçınmak, güven ilişkisinin sarsıldığı iş sözleşmesine son vermektir. Burada işçinin kusurlu bir davranışı söz konusudur; ancak işverence izlenen amaç bu kusurlu davranışı cezalandırmak değil, iş sözleşmesinin yeniden ihlal edilmesini engellemektir⁵⁴⁷.

2.4.1.3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde

İşletme gereklerine dayalı fesihlerde işverence izlenen amaç, işyerindeki mevcut işçi sayısını ekonomik, teknolojik veya yapısal sebeplerle işyerinin ihtiyacı olan kapasiteyle uyumlu hale getirmektir. İşyerinde işgücü fazlalığının doğduğu hallerde, işverenin ekonomik sebeplerle iş sözleşmesini sona erdirmesi gündeme gelmektedir. Nitekim bu durumda işyerindeki işçi fazlalığı işverene ekonomik açıdan yük teşkil etmektedir⁵⁴⁸.

Bütün fesih türleri bakımından iş sözleşmesinin feshinin işverence izlenen amaca elverişli olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, işyerinde daha önce insan gücüne ihtiyaç duyularak yapılan paketleme işi artık makine kullanılarak yerine getiriliyorsa, o işyeri açısından istihdam fazlalığı gündeme gelecektir. İşveren, istihdam fazlalığının doğurduğu ekonomik yükten bazı işçilerin iş sözleşmelerini feshetmek suretiyle kurtulabilir. Yine işçinin performansının düşmesi ve bu düşüşün süreklilik göstermesi halinde işveren, iş sözleşmesini feshederek işyerindeki verimi koruyabilir⁵⁴⁹.

2.4.2. Gereklilik İlkesi Bakımından

İş güvencesi hukuku açısından gereklilik ilkesi şu şekilde tanımlanabilir: *“İşçinin hukuki alanına daha az müdahalede bulunacak bir başka elverişli tedbirin mevcudiyeti halinde, iş sözleşmesinin feshedilmesi gerekli değildir”*⁵⁵⁰. Gereklilik ilkesinin uygulanabilmesi için fesih dışında işverenin güttüğü amaca uygun alternatif

⁵⁴⁷ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 188; TURGUT, s. 73.

⁵⁴⁸ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 188, 189; KAR, s. 436.

⁵⁴⁹ BİRBEN, s. 111, 112, Yazara göre, tüm bu hallerde elverişlilik ilkesi, işverence izlenen amacı gerçekleştirmeye yardımcı olmaktan ziyade doğrudan bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla elverişlilik alt ilkesinin sözleşmenin feshi bakımından diğer ilkelere kıyasla daha az bir öneme sahip olduğu söylenebilir.

⁵⁵⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 189; BİRBEN, s. 112.

bir tedbirin bulunması ve bu tedbirin feshe kıyasla işçiyi daha az olumsuz etkilemesi gerekir. Hangi aracın işveren açısından daha basit ve kolay olduğu gereklilik ilkesinin konusu değildir. Zira işverenin penceresinden bakılacak olursa, amaca ulaşmak bakımından en kolay araç genellikle iş sözleşmesinin feshidir. Bu sebeple yargısal denetim yapılırken esas alınacak kriter, işçiye feshe kıyasla daha az zarar verecek ve fakat en az fesih kadar elverişli aracın seçilip seçilmediği olacaktır⁵⁵¹.

Gereklilik ilkesini kavrayabilmek açısından “*işçiye daha az zarar verecek araç (daha hafif tedbir)*” kavramının üstünde durmak gerekir. Bilindiği üzere iş sözleşmesinin feshi, taraflar arasındaki iş ilişkisini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla daha hafif tedbirden kasıt, iş ilişkisini ortadan kaldırmayan her türlü tedbir olabilir. O halde iş ilişkisinin devamını sağlayan her türlü tedbir, feshe kıyasla daha hafif bir tedbirdir. Sözleşmenin varlığına müdahale etmeyen, yalnızca sözleşmenin içeriğine müdahalede bulunan, fesih dışındaki tüm tedbirler daha hafif tedbir kavramı içerisinde değerlendirilir⁵⁵².

Burada önemle vurgulanması gereken bir diğer husus ise işverence başvuru daha hafif tedbirin, en az fesih kadar elverişli olup olmadığıdır. Nitekim gereklilik ilkesi aynı zamanda elverişlilik ilkesini de içinde barındırır. Zira başvuru daha hafif tedbir, işverence izlenen amacın gerçekleştirilmesinde fesih kadar etkili değilse, o halde gereklilik ilkesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Daha hafif tedbirin uygulanabilmesindeki ön koşul, işverenin izlediği amaca en az fesih kadar hizmet edebilmesidir⁵⁵³.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, işverence işçiye uyarıda bulunulması gerek doktrin gerekse Yargıtay kararları ile kabul edilmektedir⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ **BİRBEN**, s. 112; **TULUKCU**, Karar İncelemesi, s. 137.

⁵⁵² **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Ultima-Ratio, s. 190; **BİRBEN**, s. 113, Yazara göre, bu noktada ikili bir ayırım yapılması gerekir. Şayet kanunda feshe seçenek oluşturan herhangi bir tedbir varsa, bu tedbirin dikkate alınması gereklilik ilkesinin bir sonucu değildir. Bizatihi normun uygulanmasıdır. Örneğin, daha önce İşK. m.65’te düzenlenen kısa çalışmaya ilişkin hüküm bu şekildedir. Kanunda yer almayan diğer tüm alternatif tedbirler ise gereklilik ilkesi kapsamında uygulanabilirler.

⁵⁵³ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Ultima-Ratio, s. 190; **BİRBEN**, s. 113 vd.; **TULUKCU**, Karar İncelemesi, s. 137.

⁵⁵⁴ **SÜZEK**, s. 599; **TULUKCU**, s. 183 vd.; **MANAV**, s. 124, 125; **KAR**, Ölçülülük, s. 64, Yazara göre, işçinin davranışlarından kaynaklı bir ihlal söz konusu ise davranışın ağırlığı ve işyerinde

Geçerli sebep teşkil edecek davranışlar genellikle İşK. m.25/1-II'de sayılanlar kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen davranışlardır. Bu sebeple işverene derhal fesih hakkı vermez. Gerçekten de işçinin davranışları işçinin iradesi sonucu ortaya çıktığından, bu davranışların gelecekte değiştirilmesi mümkündür. Kural olarak, iş sözleşmesinin geçerli sebeple sona ermesine yol açan her davranıştan önce işçinin işverence uyarılması gerekmektedir. Buna rağmen işçi sözleşmeyi ihlal eden davranışlarını tekrarlamakta ısrar ederse, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilebilir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, işverence izlenen temel amaç bu davranışın (sözleşmenin ihlalinin) sona ermesini sağlamaktır. Nitekim sözleşmenin ihlali sonucunu doğuran davranış devam ettiği sürece, iş ilişkisinin devamı işveren açısından mümkün değildir. İşveren, uyarı neticesinde de sözleşmenin ihlaline neden olan davranış sona erdirebilir. Bu durumda işveren, zararın tekrarlanması rizikosundan kurtulmuş olur. Sonuç olarak işveren, fesihle izlediği amaca, ihtar gibi daha hafif fakat en az fesih kadar elverişli bir araçla ulaşmış olacaktır. Ancak işçi, sözleşmeyi ihlal sonucunu doğuran davranışa devam ederse ya da bu davranışlarından vazgeçmeyeceğini işverene belli ederse artık uyarı, elverişlilik fonksiyonunu yitirecek ve işverence izlenen amaca yalnızca sözleşmenin feshi ile ulaşılacaktır⁵⁵⁵.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler de İşK. m.18'de geçerli fesih sebebi olarak öngörülmüştür. İşçinin yetersizliği fiziki veya mesleki yetersizlik olarak iki türlü karşımıza çıkmaktadır. Yetersizliğe dayalı fesihlerde işverence izlenen amaç, işyerinin ekonomik verimini ve yeterlilik kapasitesini korumaktır. Ayrıca işçinin yetersizliği sonucu ortaya çıkan ekonomik yükün bertaraf edilmesi de

olumsuzluklara yol açıp açmamasına göre işçinin uyarılması veya sözleşmenin feshi arasında bir tercih yapılmalıdır; Y. 9. HD., 04.02.2019, 2018/5826, 2019/2607, "Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse fesihden önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19'uncu maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır."; Y. 9. HD., 10.12.2018, 8660/22749; Y. 9. HD., 12.11.2018, 2003/20195; Y. 9. HD., 24.10.2018, 7411/16468; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.03.2019.

⁵⁵⁵ **KILIÇOĞLU/ŞENÖKAK**, Ultima-Ratio, s. 191, Yazarlara göre, işveren tarafından işçinin bazı davranışlarına göz yumulmuş ve o davranışın sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği hususunda işçide bir güven oluşturulmuşsa, bu güvenin ortadan kaldırılması bakımından da uyarı elverişli bir araçtır. Zira işveren, daha önce göz yumduğu bazı davranışların işçi tarafından tekrarlanması halinde doğrudan iş sözleşmesini fesih yoluna başvurursa bu durum, TMK. m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve bu kuralın dayanak teşkil ettiği çelişkili davranış yasağına da aykırı olacaktır.

işverenin izlediği bir diğer amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda alternatif tedbir olarak işçinin daha farklı bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı gündeme gelecektir. Nitekim işverenin fesih ile izlediği amaç, işçinin başka bir işyerinde çalıştırılması ile de gerçekleşecekse feshe başvurulamaz. Alternatif tedbirler değerlendirilirken yalnızca işçinin mevcut işiyle aynı veya buna benzer işlerde değil, daha ağır koşullarda çalışma ihtimali de göz önünde bulundurulur. Başka bir işte çalışma imkânının bulunmadığı hallerde bu tedbirinin işverence izlenen amaç bakımından elverişli olmadığı sonucuna varılacak ve iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilecektir⁵⁵⁶.

İşçinin borçlandığı edimi geçici olarak yerine getiremediği hallerde fesih dışında başvurulacak daha hafif diğer tedbirler gündeme gelecektir. Aynı işin başka bir işçiye yaptırılması, yeni bir işçi alınması, iş organizasyonunun değiştirilmesi veya fazla çalışma yaptırılması gibi tedbirler buna örnek verilebilir. Ancak başvurulacak bu tedbirlerin işveren açısından ciddi bir maliyet doğurmaması ve katlanılabilir olması gerekir. İşverenin fesihle izlediği amaç, işyerinin mali yükünü azaltmaktır. Dolayısıyla feshe seçenек tedbirler fesihle izlenen amaca aynı ölçüde hizmet etmiyorsa, iş sözleşmesinin feshi gereklidir⁵⁵⁷.

Gerekliklik ilkesinin işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih sebepleri bakımından incelenmesi için öncelikle işverenin bu türden fesihlerde izlediği amacın ortaya konulması gerekir⁵⁵⁸. İşletme gereklerine dayalı fesihlerde işverenin temel amacı işyerinde mevcut işçi sayısını ihtiyaç duyulan işçi sayısı ile uyumlu hale getirmektir. İşyerindeki işçi sayısının ihtiyaç duyulan işçi sayısı ile uyumlu hale getirilmesi, yalnızca işçi çıkarma suretiyle gerçekleşir. Bu durumda

⁵⁵⁶ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 192.

⁵⁵⁷ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 193, Yazarlara göre, bu durumda incelenmesi gereken bir diğer husus ise feshe seçenек oluşturan, fakat fesihle aynı derecede etkili olmayan bu tedbirlerin işveren açısından katlanılabilir olup olmadığıdır. Bu değerlendirme yapılırken başvuru tedbirinin işverene yüklediği ekonomik külfet ve iş sözleşmesinin sona ermesiyle ulaşılabilecek amaç arasında bir karşılaştırma yapılır. Ancak başvuru tedbirinin işverenin ekonomik olarak mahfına sebep olması şart değildir.

⁵⁵⁸ **KAR**, Ölçülülük, s. 66, Yazara göre, feshe sebep olan işletmesel karar incelenirken öncelikle iş görme edimine engel olan, istihdamı engelleyen durumlar araştırılmalı, bahsi geçen işletmesel karar neticesinde işgücü fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin alınan kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar neticesinde feshin kaçınılmaz olup olmadığı araştırılmalıdır.

işverenin fesih dışında herhangi bir alternatif tedbire başvuramayacağı düşünülebilir. Ancak bu yanılıgılı bir değerdendir. Nitekim işverenin izlemiş olduğu bu amacın ardında aslında başka bir amaç saklıdır. Bu da işletmenin ekonomik veriminin, kâr marjının korunması veya üst seviyeye çıkarılmasıdır. Dolayısıyla işveren bu amaca, fesih dışında başka bir tedbirle ulaşabiliyorsa, iş sözleşmesinin feshi gerekli değildir. Örneğin, iş sözleşmesinin feshi gündeme gelen işçinin başka bir birimde değerlendirilmesi mümkünse öncelikle bu seçeneğin dikkate alınması gerekir. Ancak başvuru bu tedbir işveren açısından ek mali külfet getiriyorsa bu külfetin işverence katlanılabilir olup olmadığı da araştırılmalıdır⁵⁵⁹.

Feshe alternatif oluşturan birden fazla seçenek mevcutsa işverence bunlar arasından hangisinin tercih edileceğı hususunda açıklık bulunmamaktadır. Başka bir deyişle işveren, feshe seçenek oluşturan tedbirler arasından herhangi birine öncelik vermek zorunda mıdır? Bu tedbirler arasında hafıften ağıra doğru kademeli bir seçim mi yapılmalıdır, yoksa dilediğini seçmekte özgür müdür? Kural olarak, işverenin feshe seçenek oluşturan birden fazla tedbirden herhangi birine öncelik verme zorunluluğı bulunmamaktadır. Ancak doktrinde işverenin, sözleşme şartlarında değışikliğe neden olmayacak tedbire öncelikli olarak başvurması gerektiğı ileri sürülmektedir⁵⁶⁰. Kanaatimizce de birden fazla alternatif tedbirin bulunduğı hallerde işçinin sözleşme şartlarında esaslı değışiklik meydana getiren, şartları ağırlaştıran tedbirlerden ziyade işçinin hukuki alanına daha az müdahalede bulunacak ve çalışma şartlarını değıştirmeyecek tedbirlerin tercih edilmesi daha uygundur.

⁵⁵⁹ **KILIOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 195; **TULUKCU**, Karar İncelemesi, s. 137, Yazara göre işverenden, karar verme serbestisini ortadan kaldıracak, mali külfeti artıracak, işletmesine zarar verecek yöntemleri denemesi beklenmemelidir.

⁵⁶⁰ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 196, Yazarlara göre işveren, işletme planını en iyi şekilde nasıl gerçekleştirecekse ve sahip olduğı niteliklere göre işçiyi en faydalı şekilde nasıl değerlendirecekse o şekilde karar verebilmelidir. Ancak işverence yapılan seçimin işçi açısından doğurduğu olumsuzluklar da göz önünde bulundurulmalıdır. İşverenin, işçiyi mevcut çalışma yeri ile aynı şartlara sahip bir başka çalışma yeri dışında daha iyi şartlara sahip bir birimde çalıştırma zorunluluğı ise bulunmamaktadır; **BİRBEN**, s. 117, Yazara göre, İşK. m.22’de düzenlenen hüküm, İşK. m.18 ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun yalnızca iş sözleşmesinin sürekliliğini değil, aynı zamanda içeriğini de korumak istediğı görülecektir. Dolayısıyla işverenin birden fazla alternatif tedbir içerisinden değışiklik feshine sebebiyet vermeyecek tedbiri seçmesi gerekir; **KAR**, Ölçölülük, s. 66.

2.4.3. Orantılılık İlkesi Bakımından

Bu ilkeye göre, iş sözleşmesinin feshi ile izlenen amaç ve sözleşmenin feshi arasında orantılı bir ilişki bulunmalıdır. Şüphesiz ki işverenin amacı ve menfaati iş ilişkisini sona erdirmektir. Ancak işçi bakımından iş ilişkisinin hem varlığının hem de içeriğinin korunması önemlidir. Sözleşmenin feshinden daha hafif bir tedbir mevcutsa işverenin öncelikle bu tedbiri uygulaması gereklilik ilkesinin bir sonucudur. Bazı durumlarda ise iş sözleşmesinin feshi dışında daha hafif alternatif bir tedbir bulunmamaktadır. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin feshinin gerekli olduğu düşünülebilir. Nitekim işveren, yalnızca ortada daha hafif alternatif tedbirlerin bulunduğu hallerde bu tedbirlere başvurarak, iş sözleşmesini devam ettirme yoluna gidebilir. Dolayısıyla feshe alternatif bir veya birden fazla tedbirin bulunduğu hallerde, işverenin orantılılık ilkesi bağlamında herhangi bir değerlendirme yapmasına gerek yoktur. Ayrıca bu tedbirlerin işverence izlenen amacı gerçekleştirmeye en az fesih kadar uygun olması gerekir.

İşverence gereklilik ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapıp, feshe alternatif herhangi bir tedbirin bulunmadığı (veya bu tedbirlerin izlenen amacı gerçekleştirmeye en az fesih kadar elverişli olmadığı) hallerde orantılılık denetimi yapılacaktır. Orantılılık denetimi kapsamında işverenin ve işçinin menfaatleri bir kefiye konulup her iki menfaat arasında orantılı bir ilişkinin varlığı aranır. Başka bir deyişle, sözleşmenin feshi neticesinde işverenin elde edeceği menfaat ile işçinin sözleşmenin devamına ilişkin menfaati arasında açık bir orantısızlık varsa fesih ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır⁵⁶¹.

Örneğin, bir kahve dükkanında barista sıfatıyla çalışan işçi, herhangi bir karşılık ödmeden kendisi de bir kahve içmiş olursa, işveren öncelikle işçiyi bu davranışı bir daha tekrarlamaması konusunda uyarmalıdır. Çünkü gereklilik ilkesine göre yapılacak denetim bunu gerektirir. İşçi bu davranışı çok sık tekrarlamamakla birlikte bir kez daha yaparsa, işveren doğrudan iş sözleşmesini fesih yoluna gidememelidir. Her ne kadar gereklilik ilkesi kapsamında bir tedbir uygulanmışsa da

⁵⁶¹ **KILIÇOĞLU/ŞENÖKAK**, Ultima-Ratio, s. 197, Yazarlara göre bu ilke, yalnızca işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesihlerde uygulama alanına sahiptir; **TURGUT**, s. 79, 80.

işçinin davranışı orantılılık ilkesi kapsamında da değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. İşçinin bu davranışı ve işverenin iş sözleşmesini fesihle izlediği amaç arasında açık bir orantısızlık varsa fesih ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır⁵⁶².

2.5. Ölçülülük İlkesi ve Son Çare İlkesi Arasındaki İlişki

Son çare ilkesi, iş sözleşmelerinin feshinde uygulanan genel bir ilkedir. Bu ilkeye göre fesih, işveren tarafından başvurulacak son araç (tedbir) olmalıdır. İşveren iş sözleşmesini feshetmeden önce sözleşmenin devamını sağlayacak tüm önlemleri almış olmalıdır. Buna rağmen feshin geçerli olabilmesi için kaçınılmaz olması gerekir⁵⁶³.

Son çare ilkesi ilk kez Alman Federal İş Mahkemesi'nin 30 Mayıs 1978 tarihli kararında vurgulanmıştır. Bahsi geçen kararda mahkeme, ölçülülük ilkesinden ilk kez bahsetmiş ve olağanüstü feshin yalnızca muhatabı bakımından son çare (ultima ratio) olarak kaçınılmaz olması halinde geçerli olacağını belirtmiştir⁵⁶⁴. Bu kararda Alman Federal İş Mahkemesi, son çare ilkesi ile ölçülülük ilkesini aynı anlamda kullanmıştır⁵⁶⁵. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde vermiş olduğu ilk kararlarında da son çare ilkesi ve ölçülülük ilkesi genellikle aynı anlamda kullanılmıştır^{566, 567}.

Gerekliklik ve elverişlilik alt ilkeleri, somut olayda hangi araçların esas alınacağını belirlemektedir. Oysa son çare ilkesinde böyle bir belirleme

⁵⁶² **BİRBEN**, s. 122, Yazara göre orantılılık ilkesi, gerekliklik ilkesi denetimi sonucunda ortaya çıkan ve muhatap bakımından çok ağır sonuçlar doğuran feshin, düzeltilmesi işlevini yerine getirmektedir. Bu durumda işlem sahibi, izlediği amaç doğrultusunda en hafif aracı uygulamış olsa da bunun sonuçları muhatap bakımından oldukça ağırdır. Bu sebeple işlem sahibinden beklenen, amacından küçük sapmalar yapması hatta bazı hallerde amacından tümüyle vazgeçmesidir.

⁵⁶³ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 198 vd.; **BİRBEN**, s. 85.

⁵⁶⁴ Karar metni ve incelemesi için bkz., BAG., 30.05.1978, NJW. 1979, s. 332, 333 = BAGE. 30, s. 310 = AP. § 626 BGB. Nr. 70 (Hueck) = EzA. § 626 BGB. Nr. 66 (Käppler) = SAE. 1979, s. 45 (Beitzke), Aktaran: **BİRBEN**, s. 85, dn. 291.

⁵⁶⁵ **BİRBEN**, s. 85.

⁵⁶⁶ Y. 9. HD., 08.07.2003, 12242/13123; Y. 9. HD., 29.12.2003, 23204/22988; Y. 9. HD., 15.12.2003, 19696/22188; Kararlar için bkz., **BİRBEN**, s. 90, 91.

⁵⁶⁷ **BİRBEN**, s. 85, Yazara göre, iş sözleşmesinin feshinin son çare olup olmadığı, ondan önce işverence izlenen amaca ulaşmaya elverişli ve daha hafif tedbirlere başvurma mümkün olup olmadığının denetlenmesiyle tespit edilir. Bu sebeple son çare ilkesi ve gerekliklik alt ilkesi özdeştir; **TURGUT**, s. 80.

yapılmamaktadır. Son çare ilkesi, bu tespiti her somut olayın özelliğine göre yargı organının takdirine bırakmıştır. Bu bakımdan son çare ilkesi ve ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri arasında farklılık bulunduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca gereklilik ilkesinde işveren, fesih dışındaki birden fazla tedbir içerisinde işçinin hukuki alanına en az zararı verecek olan tedbiri seçmektedir. Son çare ilkesinde ise muhatabın hukuki alanına en fazla zarar verecek olan tedbire en son çare olarak başvurulması gerektiği kabul edilmektedir. Yine son çare ilkesinde seçilen aracın, izlenen amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli olup olmadığına bakılmaz. Dolayısıyla her iki ilke arasında yapısal bir farkın bulunduğunu söyleyebiliriz⁵⁶⁸.

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden orantılılık ilkesi ve son çare ilkesi arasında da farklılık bulunmaktadır. Orantılılık ilkesinde işverenin menfaatleri ve işçinin bu menfaat karşısında uğrayacağı zarar arasında bir değerlendirme yapılır. Her iki tarafın menfaatleri arasında aşırı bir orantısızlık bulunmaması gerektiği kabul edilir. Ancak son çare ilkesinin uygulaması daha farklıdır. Son çare ilkesinde, işverence izlenen amaca ulaşmak için başvurulacak araçlar içerisinde en ağır olanının en son seçilmesi söz konusudur. Burada son tedbire yaklaşıldıkça işverenin menfaatine ulaşma şansı artmakta; ancak işçinin uğrayacağı zarar da ağırlaşmaktadır. Son çare ilkesinde işverene, fesihle izlediği amaca başka şekilde (daha hafif bir araçla) ulaşması mümkün ise feshe başvurmaması gerektiği emredilir. Ancak burada tarafların menfaatleri arasında orantının bulunup bulunmadığına bakılmaz. Son çare ilkesinde henüz fesih dışında da bir araç bulunduğu için iş sözleşmesinin feshine cevaz verilmemektedir. Dolayısıyla her iki ilke aynı amaca hizmet etse de yapısal olarak uyuşmazlar. Üstelik son çare ilkesi, orantılılık ilkesinin bir parçası da değildir⁵⁶⁹.

Alman Federal İş Mahkemesi 30 Mayıs 1978 tarihli kararında ölçülülük ilkesi ve son çare ilkesini aynı anlamda kullanmıştır. Mahkeme bu kararında; fesih türü ve sebebine bakılmaksızın tüm fesihlerde ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiğini, iş

⁵⁶⁸ **BİRBEN**, s. 86.

⁵⁶⁹ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, Ultima-Ratio, s. 199, Yazarlara göre son çare ilkesinde, orantılılık ilkesinde olduğu gibi menfaatlerin karşılaştırılması veya ölçülmesi söz konusu değildir. Bu bakımdan son çare ilkesini, ölçülülük ilkesinden ziyade onun bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesi ile aynı anlamda kullanmak gerekir; **BİRBEN**, s. 87.

sözleşmesinin feshinin son tedbir olarak düşünüleceğini ve somut olayın özelliklerine göre gerekirse işçinin ağırlaşan şartlarda çalıştırılmaya devam etmesinin mümkün olmadığı hallerde bu tedbire başvurulabileceğini vurgulamıştır⁵⁷⁰. Ancak mahkeme bu kararında ilkenin hukuki dayanağına ilişkin herhangi bir açıklık getirmemiştir⁵⁷¹. Alman doktrininde birçok yazar son çare ilkesini fesih yerine daha hafif tedbirlerin alınması olarak kabul etmektedir⁵⁷².

Kanaatimizce son çare ilkesi ve gereklilik ilkesi arasında hizmet ettikleri amaç yönünden herhangi bir fark bulunmamaktadır. Nitekim her iki ilkede de feshe başvurmadan önce daha hafif tedbirlerin tüketilmesi gerektiği, bu tedbirlere başvurulmadan yapılan feshin geçersiz olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla gereklilik ilkesi için yapılan açıklamaların birçoğu son çare ilkesi bakımından da geçerlidir⁵⁷³. Ancak ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelerini son çare ilkesi ile aynı anlamda kullanmak mümkün değildir.

3. SOSYAL SEÇİM İLKESİ VE OBJEKTİF SEÇİM KRİTERLERİ⁵⁷⁴

İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal açıdan zayıf olan tarafın korunması amacıyla işverenin, iş sözleşmesini sona erdireceği işçiler arasında belirli kriterler yoluyla seçim yapma yükümlülüğüne sosyal seçim ilkesi denir⁵⁷⁵. İşçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, fesih sebebi bizzat

⁵⁷⁰ BAG. 30.05.1978, NJW. 1979, s. 332, 333, Aktaran: **BİRBEN**, s. 88, dn. 302; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 198.

⁵⁷¹ **BİRBEN**, s. 88, Yazara göre, her ne kadar mahkeme, kararında ilkenin hukuki dayanağına ilişkin herhangi bir açıklık getirmemişse de “*feshin son çare olması*” formülüne yer vererek aslında ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesi ile son çare ilkesini aynı anlamda kullanmıştır.

⁵⁷² **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 199; **BİRBEN**, s. 90, dn. 312.

⁵⁷³ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 199.

⁵⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.; **GÜRKAYNAK**, Gönenç/ **KARAOĞLAN**, Ceyda/ **ULUAY**, Tolga (2014), Yargıtay Uygulamasındaki Değişiklikler Işığında İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal ve Objektif Seçim Kriterleri, Sicil, S.32, s. 171 vd.; **ALPAGUT**, Gülsevil (2006), İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? (Karar İncelemesi), Sicil, S.4, s. 95 vd. (Sosyal Seçim).

⁵⁷⁵ **CENGİZ URHANOĞLU**, İftar (2008), Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmuş Olan Tenkiset Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C.9, S.4, s. 77 (Karar İncelemesi); **ALPAGUT**, Sosyal Seçim, s. 99; **MANAV**, s. 152.

işçinin kendisinden kaynaklandığı için bu tür durumlarda işçiler arasında herhangi bir seçim yapmak gerekmez⁵⁷⁶.

Sosyal seçim ilkesi, Türk Hukuku'nda yasal dayanağı bulunan bir ilke değildir. Ancak taraflar toplu iş sözleşmesine koyacakları hükümlerle, işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde ya da toplu işçi çıkarmalarda sosyal seçim kriterleri belirleyebilirler⁵⁷⁷. Yine bu tür düzenlemelerin bireysel iş sözleşmelerinde veya iç yönetmelik ve işyeri uygulaması ile kararlaştırılmasında da herhangi bir engel yoktur. Zira bireysel iş sözleşmeleri, iç yönetmelik ve işyeri uygulamaları da tıpkı toplu iş sözleşmesi gibi tarafları bağlar niteliktedir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da sözleşme eki niteliğindeki iç yönetmelik yahut işyeri uygulaması ile herhangi bir sosyal seçim kriteri düzenlenmemişse bu ilkenin uygulanabilirliği hususu tartışmalıdır.

Yargıtay 2005 ve 2006 yıllarında vermiş olduğu kararlarında, yasal dayanağı bulunmasa da Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndaki gibi (KSchG. § 1/3) sosyal seçim ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde dikkate alınması gerektiğini içtihat ediyordu⁵⁷⁸. Yargıtay, iş sözleşmesi feshedilen işçiler arasında verimlilik, hizmet süresi, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma ya da yaş gibi birtakım kriterlere göre belirlenecek sıranın dikkate alınması gerektiğini kararlaştırıyordu⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY, s. 172; KAR, s. 443; MANAV, s. 152.

⁵⁷⁷ CENGİZ URHANOĞLU, Karar İncelemesi, s. 77; GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY, s. 172; SÜZEK, s. 597, 598.

⁵⁷⁸ BİRBEN, İşletme Gerekleri, s. 8, İlgili Kanun'da, acil işyeri gerekleri ile iş sözleşmesi feshedildiğinde, işverenin işçi seçiminde kıdem, yaş, bakım yükümlülükleri ve ağır sakatlık gibi hususları dikkate alması gerektiği düzenlenmiştir; GÜZEL, Ali/ ERTAN, Emre (2007), Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İSGHD., S.16, s. 1244 vd., Hollanda Hukuku'nda sosyal seçim kriteri olarak "kıdem", Fransa Hukuku'nda "bakım yükümlülüğü, kıdem, engellilik, yaşlılık ve mesleki vasıflar" belirlenmiştir.

⁵⁷⁹ Y. 9. HD., 06.03.2006, 1999/5479, "... işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.", GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY, s. 172, 173; Y. 9. HD., 03.04.2006, 4878/8253, ORAL, Sıla (2008), Yargıtay'ın Sosyal Seçim Uygulamasıyla İlgili Verdiği Bir Kararın Düşündürdükleri (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.9, s. 273, Yazara göre Yargıtay'ın bu kararında, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndan etkilendiği görülmektedir.

Üstelik Yüksek Mahkeme'ye göre, bu kriterlerin bireysel ya da toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelik yahut işyeri uygulaması yoluyla kabul edilmesine de gerek yoktu.

Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir. Bir görüşe göre Yargıtay'ın kesin çizgilerle belirlediği sosyal seçim kriterlerinin her somut olaya uyum sağlaması mümkün değildir. Ayrıca özen gösterme veya hastalık sebebiyle işe gelmeme gibi sübjektif nitelikteki ölçütler, objektif kriter kavramı ile de çelişmektedir⁵⁸⁰. Yine kararda bahsedilen sosyal seçim kriterlerinin her somut olayda nasıl uygulanacağı veya hangisine ağırlık verileceği noktasında da açıklık bulunmamaktadır⁵⁸¹.

Bir diğer görüş ise, sosyal seçim ilkesi ve son çare ilkesinin aynı anlamda kullanımını eleştirmekte ve sosyal seçim ilkesinin, feshin son çare olması ilkesinin bir uzantısı niteliğinde olmadığını, her iki ilkenin de birbirlerinden farklı olduğunu ve yan yana kullanılmamaları gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁸².

Başka bir görüş ise, sosyal seçim kriterlerinin özünde, sözleşmesi sona erdirilecek çalışanların arasında yapılacak bir karşılaştırmanın olduğunu, sözleşmesi feshedilen ve feshe itiraz eden işçinin ise korunmaya daha layık olduğunu, dolayısıyla bir başka çalışan tarafından sözleşmesi feshedilen işçinin hukuki alanına müdahale edildiğini, bu müdahalenin ise yasal zemine oturtulmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir⁵⁸³.

Bir diğer görüş, Türk Hukuku'nda sosyal seçim kriterlerinin uygulanabilmesi için, bu kriterlerin toplu iş sözleşmeleri tarafından düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁸⁴.

Yargıtay'ın sosyal seçim kriterlerinin uygulanmasına ilişkin ilk tarihli kararlarını destekleyen bir görüş ise, sosyal seçim ilkesinin İş Kanunu'nda ayrıca düzenlenmesi gerekmediğini, bu ilkenin iş güvencesinin işlerliğini sağlayan etkili bir

⁵⁸⁰ **ORAL**, s. 274, 275.

⁵⁸¹ **ÇELİK**, Nuri (2006), İşletmenin İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil, S.4, s. 6 vd. (Eşit Davranma).

⁵⁸² **ULUCAN**, Devrim (2007), İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İSGHD., S.14, s. 498.

⁵⁸³ **BİRBEN**, İşletme Gerekleri, s. 19.

⁵⁸⁴ **ALPAGUT**, Sosyal Seçim, s. 105.

araç olduğunu, işletme gereklerine dayanan fesihlerde işverene geniş bir takdir hakkı tanınmanın iş güvencesi anlayışı ile bağdaşmadığını ileri sürmektedir⁵⁸⁵.

Kanaatimizce sosyal seçim kriterlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir yasal dayanak bulunmadığı gibi, bu kriterlerin sınırlarının belli olmaması, hangi kriterlere öncelik tanınacağına muğlak olması gibi hususlar dikkate alındığında, Yargıtay'ın konuya ilişkin ilk kararlarını isabetli bulmak mümkün değildir. İş Kanunu'nda işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde işverenin hangi işçileri tercih edeceği konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla işveren, yönetim yetkisi kapsamında dilediği işçinin iş sözleşmesini serbestçe feshedebilmelidir. Bunun için herhangi bir sosyal seçim kriterini dikkate alması gerekmez. Burada önemli olan, işverenin fesih hakkını kötüye kullanıp kullanmadığıdır⁵⁸⁶.

Yargıtay 2006 yılından sonra vermiş olduğu kararlarında ise isabetli olarak sosyal seçim kriterlerinin, yalnızca bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da sözleşme eki niteliğindeki iç yönetmelik yahut işyeri uygulaması yoluyla öngörülmesi halinde uygulanabileceğini belirtmiştir⁵⁸⁷. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde veya sözleşme eki niteliğindeki iç yönetmelik yahut işyeri uygulamasında herhangi bir sosyal seçim kriteri öngörülmemişse, Yargıtay'a göre bu durumda "*objektif seçim kriteri*" kavramı uygulama alanı bulacaktır^{588, 589}.

⁵⁸⁵ GÜZEL/ERTAN, s. 1304.

⁵⁸⁶ ÇELİK, Eşit Davranma, s. 10, 11; BİRBEN, İşletme Gerekleri, s. 7 vd.; ALPAGUT, Sosyal Seçim, s. 95 vd.; GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY, s. 173; SÜZEK, s. 597; TULUKCU, s. 257, 258; NARTER, s. 83.

⁵⁸⁷ KESER, Toplu İş Sözleşmesi, s. 158, 159; Y. 22. HD., 20.10.2011, 1304/3158, "... işvereni sosyal seçim kriterlerini gözetme zorunluluğu altında tutan bir sözleşme ya da toplu iş sözleşmesi düzenlemesi de bulunmamaktadır."; Y. 9. HD., 01.12.2009, 42088/32333; Kararlar için bkz., GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY, s. 173 vd.; Y. 9. HD., 27.04.2009, 10026/11699, TAŞKENT, İş Kanunu, s. 278; Y. 9. HD., 20.07.2009, 27271/27272, "İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunmasının tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulması gerekir.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 05.01.2019.

⁵⁸⁸ ALPAGUT, Sosyal Seçim, s. 96; KESER, Toplu İş Sözleşmesi, s. 159.

⁵⁸⁹ Y. 7. HD., 18.04.2016, 12016/8453, "Davalı işverence, yoğun işçi alımı suretiyle işletmesel neden ile çelişki oluşturacak şekilde davranışlarda bulunulması ve özellikle emeklilik sosyal seçim

Objektif seçim kriteri; sosyal seçim kriterlerinin uygulama alanı bulamadığı hallerde, işverence iş sözleşmesi feshedilecek çalışanlar belirlenirken objektif kriterlerin esas alınmasını ve bu kriterlerin tutarlı bir şekilde uygulanmasını ifade eder. Yargıtay konu ile ilgili bir kararında; iş sözleşmelerinin feshinde İşK. m.5'te düzenlenen “*eşitlik ilkesi*” dışında işvereni sınırlayan herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını, buna rağmen tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile iş sözleşmesinin feshinde birtakım kriterler öngörebileceklerini, bu kriterlerin hukuken geçerli olabilmeleri için de objektif nitelikte olmaları gerektiğini, eşitlik ilkesine aykırı ya da taraflarca öngörülen kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin geçersiz olduğunu, şayet taraflar arasında iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin nasıl belirleneceğine ilişkin bir anlaşma bulunmaması halinde işverenin fesihte dikkate alacağı kriterlerle bağlı olduğunu, performans düşüklüğü, yaş, kıdem ve emekliliğe hak kazanma gibi birtakım kriterlerin objektif kabul edileceğini belirtmiştir⁵⁹⁰. Dolayısıyla işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde işçi ve işveren arasında hangi işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin herhangi bir anlaşma mevcut değilse işveren, öncelikle İşK. m.5'te düzenlenen eşitlik ilkesine uygun bir işlem tesis etmelidir. Ayrıca işverenin, sözleşmenin feshinde uygulayacağı kriterlerin tutarlı ve objektif olması gerekir⁵⁹¹. Aksi takdirde fesih geçersiz sayılacaktır.

Objektif seçim kriterleri, yasal dayanağını Anayasa'nın 10'uncu ve İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenen “*eşitlik ilkesi*”nde bulmaktadır. Zira işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde işveren, bir kısım işçilerin iş sözleşmelerini feshederken bir kısım işçiler ise çalışmaya devam etmektedir. İşveren bu ayrımı

kriterinin objektif olarak uyguladığına dair ispatına yarar delil sunulmaması karşısında yapılan fesih işleminin geçerli nedene dayanmadığı, Dairemizin anılan kararının maddi hataya dayandığı anlaşılmalı Dairemizin bozma kararı ortadan kaldırılmalıdır.”; Y. 7. HD., 18.04.2016, 12013/8451; Y. 7. HD., 11.04.2016, 4175/7851; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.01.2019.

⁵⁹⁰ Y. 9. HD., 05.12.2006, 24004/31985, **TAŞKENT**, İş Kanunu, s. 279, 280; Y. 9. HD., 19.02.2007, 2006/32546, 2007/4329, **GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY**, s. 178, Yazarlara göre bahsi geçen kararda, iş sözleşmeleri sona erdirilirken öncelikle gönüllü olanların sözleşmeleri sonlandırılmalıdır. Ayrıca emekliliğe hak kazanmış olma da bu kapsamda objektif bir kriter olarak değerlendirilebilir.

⁵⁹¹ **GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY**, s. 178; **KAR**, s. 443, 444.

yaparken İşK. m.5'teki düzenlemeye uygun hareket etmelidir⁵⁹². Ayrıca bu kriterlerin hukuken korunabilir⁵⁹³ olması ve genel anlamda uygulanması⁵⁹⁴ gerekir⁵⁹⁵.

İşverenin, bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmelik yahut işyeri uygulaması ile kararlaştırılan sosyal seçim kriterlerine uygun davranmadığını ispat yükü işçiye aittir. Yine sosyal seçim kriterlerinin uygulanmadığı durumlarda işverenin, objektif seçim kriterlerine uygun işlem tesis etmediğini ispat yükü de işçiye aittir. Ancak iş sözleşmelerinin feshinde hangi kriterlerin dikkate alındığını ve bu kriterlerin nasıl uygulandığını bildirme yükümlülüğü ise işverene aittir. İşçi, işverenin objektif seçim kriterlerine veya eşitlik ilkesine aykırı davrandığı ihtimalini ispat ederse, bu durumda ispat yükü işverene geçecektir⁵⁹⁶.

4. EŞİT İŞLEM İLKESİ⁵⁹⁷

4.1. Genel Olarak

Eşit işlem ilkesi, işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer alır. Bu ilke yalnızca iş sözleşmelerinin sona ermesinde değil, kurulması ve devamında da uygulanması gereken bir ilkedir. İlkenin hukuki dayanakları Anayasa'nın 10'uncu maddesi ve İş Kanunu'nun 5'inci maddesidir. Eşitlik ilkesinin felsefi temelinde ise “*adil davranma ve hakkaniyet*” düşünceleri yatar.

⁵⁹² **DOĞAN YENİSEY**, Kübra (2005), Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD., S.7, s. 973 vd. (Eşit Davranma), Yazara göre, işverene yüklenen bu külfet dar yorumlanmalıdır ve sadece keyfi ve kötüniyetli fesihleri engellemek amacıyla uygulanmalıdır; **DOĞAN YENİSEY**, Kübra (2006), İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, ÇT., S.4, s. 66, 67 (Eşitlik).

⁵⁹³ **BİRBEN**, İşletme Gerekleri, s. 22, Yazara göre, hukuken korunabilir olma, işverence belirlenen kriterlerin genel hukuk kurallarına ve İş Hukuku ilkelerine aykırı olmaması anlamını taşır.

⁵⁹⁴ **BİRBEN**, İşletme Gerekleri, s. 20, Yazara göre, genel anlamda uygulanmadan kasıt, işverence belirlenen kriterlerin işyerinde genel ve tutarlı olarak uygulanması, işverenin bu kriterlere aykırılık oluşturacak şekilde işlem tesis etmemesi, çelişkili davranmaması anlamına gelir.

⁵⁹⁵ Y. 9. HD., 11.12.2006, 24963/32630, “... işgücü fazlalığı durumunda, iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate alınmış ise ölçütün hukuken korunabilir olması, objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir.”, **GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY**, s. 180.

⁵⁹⁶ **GÜZEL/ERTAN**, s. 1302; **GÜRKAYNAK/KARAOĞLAN/ULUAY**, s. 180, 181; **BİRBEN**, İşletme Gerekleri, s. 15, 16.

⁵⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., **ÇOLAKOĞLU**, Ebru (2011), Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.

Eşitlik ilkesi bakımından çözülmesi gereken ilk sorun, bu ilkenin yalnızca ayrımcılık yasaklarını mı yoksa genel anlamda eşit davranma borcunu mu güvence altına aldığıdır. Ayrımcılık yasaklarının temelinde yer alan nedenler, kişinin insan olmasından kaynaklanan ve iradesine bağlı olmayan, değiştiremeyeceği niteliklerdir⁵⁹⁸. Genel anlamda eşit davranma borcu ise aynı veya benzer durumda olan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması ve bu nitelikteki kişilerin bazılarında imtiyaz tanınmaması şeklinde tanımlanır⁵⁹⁹. Gerek doktrinde⁶⁰⁰ gerekse Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında⁶⁰¹; Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin hem ayrımcılık yasaklarını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu kapsadığı belirtilmektedir. Ayrıca eşitlik ilkesi, taraf olduğumuz uluslararası bildiri ve sözleşmelerde de yer almıştır⁶⁰².

Ayrımcılık yasakları, İşK. m.5'te "*Eşit davranma ilkesi*" başlığı altında düzenlenmiştir. Yine 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda⁶⁰³ da ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde iş ilişkilerinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yapılamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, maddede belirtilen nitelikler sınırlı sayıda sayılmamıştır. Nitekim maddede "*benzeri sebepler*" ifadesine de yer verilmiştir.

⁵⁹⁸ SÜZEK, s. 450; DOĞAN YENİSEY, Eşit Davranma, s. 976, 977.

⁵⁹⁹ SÜZEK, s. 450.

⁶⁰⁰ ÖDEN, Merih (2003), Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (B.1), Ankara, Yetkin, s. 129, 130; YUVALI, Ertuğrul (2012), İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu (B.1), Ankara, Turhan Kitabevi, s. 36, 37; SUR, Melda (2017), İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil, S.37, s. 35; ÇİL, Şahin (2007), Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.5, s. 298 (Karar İncelemesi); SÜZEK, Sarper (2008), İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, S.12, s. 25 (Eşit Davranma), Yazara göre, Anayasa'nın 10'uncu maddesi hem dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep vb. nedenlerle doğan ayrımcılık yasaklarını hem de bunlar dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir.

⁶⁰¹ İlgili kararlar için bkz., KARAN, Ulaş (2015), Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik, AYD., S.32, s. 299 vd.

⁶⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz., DOĞAN YENİSEY, Kübra (2002), Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş, C.6, S.4, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan, s. 31 vd.; DOĞAN YENİSEY, Eşit Davranma, s. 975, 976; DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 69, 70.

⁶⁰³ RG., 20.04.2016, 29690.

İş Kanunu’nda eşitlik ilkesine ilişkin tek hüküm İŞK. m.5 hükmü değildir. Bu genel hükmün dışında her iş sözleşmesi bakımından eşitlik ilkesinin uygulanması gerektiğine ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin, haklı bir sebep olmadıkça belirli veya belirsiz süreli (İŞK. m.5/2, 12/1) ya da tam veya kısmi süreli (İŞK. m.5/2, 13/2) iş sözleşmeleri yapılması, işçilerin farklı işlemlere tabi tutulmasını gerektirmez. İş Kanunu dışında STİSK. m.25’te de işçiler arasında sendikal nedenlere dayalı farklı işlem yapmak yasaklanmıştır.

İş Kanunu’nun 5’inci maddesindeki düzenleme yalnızca ayrımcılık yasaklarını kapsamaktadır. Aynı maddede genel anlamda eşit davranma borcunun düzenlendiğini söylemek güçtür. Çünkü madde metninde 2’nci fıkra dışında yalnızca ayrımcılık yasağına ilişkin durumlar öngörülmüştür. Genel anlamda eşit davranma borcu ise dışlanmıştır⁶⁰⁴. İş Kanunu’nun 5’inci maddesinde yalnızca ayrımcılık yasaklarının düzenlenmiş olması, iş ilişkilerinde genel anlamda eşit davranma borcunun uygulanmayacağı anlamına gelmez. Nitekim genel anlamda eşit davranma borcuna ilişkin hükümler Anayasa’nın 10’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin iş ilişkilerinde de uygulanması gerekmektedir. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir⁶⁰⁵.

Eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, eşitliğin uygulanacağı işçilerin aynı işyerinde çalışıyor olmaları, ikincisi yapılacak işlemlerin aynı zaman

⁶⁰⁴ SÜZEK, s. 452; YUVALI, s. 45; DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 68, Yazara göre, ayrımcılık yasaklarına ilişkin ayrıntılı yasal düzenlemeler bulunmasına rağmen, işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu doğrudan düzenleyen bir hükme hukukumuzda rastlanmamaktadır. Bu borç doğası gereği iş ilişkisi kurulmuş işçiler arasında uygulanabilecek olup, sosyal yardımların verilmesi ve yönetim hakkının kullanılmasına ilişkin konularda işverenin genel anlamda eşit davranma borcunun varlığı konusunda görüş birliği vardır; SUR, s. 36, Yazara göre bu madde, ayrımcılık yasağına ilişkin olup, genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü içermemektedir. Yargıtay ise bu maddeyi genel anlamda eşit davranma borcunu da kapsayacak şekilde uygulamaktadır.

⁶⁰⁵ Y. 9. HD., 11.09.1967, 8479/7519, “Aynı nitelikte olan işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak, hem Anayasa’nın eşitlik ilkesine hem de iş hukukunun temel kuralına uygun düşmez.”; Y. 9. HD., 26.09.1968, 9127/11140; Kararlar için bkz., SÜZEK, s. 452, dn. 9, Yazara göre, genel anlamda eşit davranma borcu Anayasa’da düzenlenmemiş olsaydı bile, eşitlik ilkesi hukukun genel prensipleri arasında yer aldığı için iş ilişkilerinde de uygulanması gerekirdi.

dilimi içerisinde meydana gelmesi ve son olarak da yapılacak işlemin birden fazla işçiyi ilgilendirmesidir⁶⁰⁶.

Eşitlik ilkesinin en önemli özelliği nispi nitelikte oluşudur. Yani işverenin eşit davranma borcu, tüm işçilere mutlak anlamda eşit davranılmasını gerektirmez. Yalnızca aynı veya benzer nitelikteki işçilerin eşit işlemlere tabi tutulması yeterlidir. İşçiler arasında işçinin; yaptığı iş, performansı, çalışma şartları, kıdemi vs. gibi objektif kriterlere bağlı birtakım farklılıklar bulunabilir. İşvereni, tüm işçilere mutlak anlamda eşit davranmaya zorlamak, işverenin fesih serbestisine ciddi bir müdahale teşkil edecektir⁶⁰⁷.

Ölçülülük ilkesi gereğince işveren, işçiler arasında haklı sebebe dayalı bir ayırım gözetmişse, bu ayrımı haklı kılan objektif bir neden mevcutsa, işverenin davranışı eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez⁶⁰⁸. Anayasa Mahkemesi de kanun önünde eşitliği; aynı durumda olanlara aynı işlemde bulunulması (yatay eşitlik), farklı durumda bulunanlara ise farklı işlem yapılması (dikey eşitlik) şeklinde tanımlamıştır⁶⁰⁹.

4.2. İş Sözleşmesinin Kurulması ve İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit İşlem İlkesi

İş Hukuku'na hâkim olan genel görüşe göre işverenin “işe almada genel anlamda eşit davranma borcu” söz konusu değildir. Nitekim işveren, hangi işçiyle daha verimli ve uyum içerisinde çalışacağını belirleme yetkisine sahiptir. Bu durum aynı zamanda Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenen “sözleşme hürriyeti” ve Borçlar Hukuku'na hâkim olan “sözleşme serbestisi” ilkesinin bir sonucudur. Ayrıca işverenin eşit davranma borcundan bahsedebilmek için taraflar arasında bir iş

⁶⁰⁶ DOĞAN YENİSEY, Kübra (2006), İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri (Karar İncelemesi), Sicil, S.2, s. 61, 62 (Karar İncelemesi); SÜZEK, s. 453; ÇELİK, Eşit Davranma, s. 5, 6; ÖDEN, s. 17, 18; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 196, 197; YUVALI, s. 47 vd.; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 148; ÇOLAKOĞLU, s. 32 vd.

⁶⁰⁷ SÜZEK, s. 453, 454; DOĞAN YENİSEY, Eşit Davranma, s. 996 vd.

⁶⁰⁸ SÜZEK, Eşit Davranma, s. 26, 27; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 194, 195; SUR, s. 39.

⁶⁰⁹ AYM., 29.09.2004, 86/110, RG., 17.05.2006, 26171, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, ET.: 10.01.2019.

ilişkisinin mevcudiyeti şarttır. Henüz işçi sıfatını kazanmayan birine karşı işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır⁶¹⁰. İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin gerekçesinde, işverenin “işe almadan başlayarak” eşit davranma borcundan bahsedilmektedir. Ancak aynı maddenin 1'inci fıkrasında “iş ilişkisi” kavramından söz edilmiş ve iş ilişkilerinde ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu ibarenin bir anlam ifade edebilmesi için öncelikle işçi ve işveren arasında bir iş ilişkisinin mevcudiyeti gerekir. Yine aynı maddenin 6'ncı fıkrasında ise “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeden de anlaşılabacağı üzere, genel anlamda eşit davranma borcunun işe almada uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir yasal dayanak bulunmamaktadır⁶¹¹.

Buna karşılık “işe almada ayrımcılık yasağı” bazı kanunlarda açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, İşK. m.5/3'te iş sözleşmesi kurulurken herhangi bir işçiye cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir. Yine STİSK. m.25/1'de işçilerin işe alınmasının belli bir sendikaya üye olma veya olmama şartına bağlı tutulamayacağı düzenlenmiştir. 5378 sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁶¹² 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında engellilerin işe alınması durumunda engelliliğe dayalı ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler istisnai düzenlemelerdir. Bu istisnai hükümlerden de anlaşılabacağı üzere Türk İş Hukuku'nda işe almada kural olarak ayrımcılık yasağının varlığından da söz edilemez⁶¹³.

İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen iş sözleşmesinin kurulması sırasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin hükmün ise herhangi bir tazminat yaptırımını bulunmamaktadır. Nitekim aynı maddenin 6'ncı fıkrasında düzenlenen ayrımcılık

⁶¹⁰ SÜZEK, s. 454; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 141 vd.; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 150, 151.

⁶¹¹ SÜZEK, s. 455.

⁶¹² RG., 07.07.2005, 25868.

⁶¹³ SÜZEK, s. 455; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 235, Yazara göre, bazı işe alımlarda işin doğası gereği ayrımcılık yapmak gerekebilir. Köy camisine imam olarak girecek kişinin Müslüman olması şartının aranması buna örnektir.

tazminatı sadece iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi halinde gündeme gelecektir. Dolayısıyla işe almada ayrımcılık yapılması halinde işçi, yalnızca genel hükümlere (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk - culpa in contrahendo) göre tazminat talep edebilir⁶¹⁴. Ancak İşK. m.99/1-a'da (işe almada ayrımcılık yasağına aykırı davranılması da dahil olmak üzere) eşitlik ilkesine aykırı davranışlar bakımından idari para cezası öngörülmüştür.

Sonuç olarak, işverenin işe almada genel anlamda eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerekmez. Ayrımcılık yasakları bakımından ise bazı istisnai düzenlemeler dışında (İşK. m.5/3, STİSK. m.25/1), işverenin işe almada herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

İşverenin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağına uygun hareket etmesi, “iş ilişkisinin devamı” sırasında da söz konusudur. İşveren, iş ilişkisi devam ederken işçiler arasında ücret veya çalışma koşulları bakımından eşitlik ilkesine aykırı işlem yapamaz. Bu husus İşK. m.5'te açıkça düzenlenmiştir. Konuyu Yargıtay kararları ile somutlaştıracak olursak:

Yargıtay'a göre işveren, aynı veya aynı nitelikteki benzer işi yapan işçilere daha az ücret ödenmesini veya daha az ücret zammı verilmesini haklı ve objektif bir sebebe dayandıramadığı takdirde eşit davranma borcunu ihlal etmiş sayılacaktır⁶¹⁵. Ayrıca seyyanen (herkese eşit olarak) yapılan ücret zamlarından emekli olacağı düşünülen işçilerin yararlandırılmaması da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁶¹⁶.

Yüksek Mahkeme'ye göre, işverenin belli bir performans değerlendirmesi veya objektif standardı olmaksızın seyyanen zam uygulaması halinde, bu zammın tüm işçiler bakımından eşit şekilde uygulanması gerekir⁶¹⁷. Ancak işveren, objektif

⁶¹⁴ DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 67, 68; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 28; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 142, 143; YUVALI, s. 170.

⁶¹⁵ Y. 9. HD., 10.12.2018, 2015/28698, 2018/22722; Y. 9. HD., 05.04.2005, 9518/12140; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶¹⁶ Y. 9. HD., 09.02.2004, 2003/12524, 2004/167; Y. 9. HD., 21.09.1992, 2267/10314; Kararlar için bkz., GÜNAY, Cevdet İlhan (2016), İş Davaları (B.5), Ankara, Yetkin, s. 374 vd.; Y. 9. HD., 06.10.2003, 3501/16308, SÜZEK, s. 456, dn. 26.

⁶¹⁷ Y. 9. HD., 02.11.2015, 17540/30641, SÜZEK, s. 457, dn. 28.

niteliklere göre işçiler arasında bir ayırım yapmış ve buna göre ücret zammı uygulamışsa, Yargıtay böyle bir uygulamanın geçerli olduğunu kabul etmiştir⁶¹⁸. Yine ikramiye dağıtılırken de aynı nitelikteki işçilere farklı işlem uygulanması⁶¹⁹ ya da ikramiye dağıtıldığı tarihte işyerinde çalışmayan işçinin bu sebeple ikramiye hakkından yoksun bırakılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder⁶²⁰.

İşveren birtakım objektif kriterler ortaya koyarak ücret zamları, ikramiye ve sosyal yardımların dağıtılmasında işçiler arasında sınıflandırmalar yapabilir. Örneğin, ağır ve tehlikeli işte çalışan veya vasıflı işçileri ya da evli ve çocuk sahibi olan işçileri farklı işleme tabi tutabilir. Ancak işveren bu uygulamayı yaparken keyfî hareket etmemeli ve aynı sınıfa mensup işçiler arasında farklı işlem yapmamalıdır⁶²¹. Toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ücret, ikramiye, prim ve diğer parasal yardımlar ise işverenin eşit davranma borcunun istisnasıdır.

İşveren, yönetim yetkisini kullanırken veya disiplin hükümleri bağlamında işçilere birtakım cezalar uygularken de eşit işlem ilkesine aykırı hareket etmemelidir. Örneğin, aynı niteliklere sahip iki işçi arasından yalnızca birini ağır işlerde görevlendirmemeli veya ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yapılacaksa bu çalışmaya katılan işçileri eşitlik ilkesine uygun biçimde belirlemelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki cinsiyet ve gebeliğe dayalı ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin İşK. m.5/3 hükmü iş ilişkisinin devamı bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla işveren, işçilerin çalışma koşullarında ve yine iş ilişkisinin devamı süresince cinsiyet veya gebeliğe bağlı ayrımcılık yapamaz. Bu hükmün istisnası ise biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin ayrımcılık yapılmasını zorunlu kılmasıdır.

⁶¹⁸ Y. 9. HD., 30.03.1973, 37337/8164, **SÜZEK**, s. 457, dn. 29.

⁶¹⁹ Y. 9. HD., 09.03.2005, 3551/7831, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶²⁰ Y. 9. HD., 13.06.2005, 18241/21007, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶²¹ **SÜZEK**, s. 458; **DOĞAN YENİSEY**, Eşit Davranma, s. 997; **YUVALI**, s. 181.

4.3. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem İlkesi

4.3.1. Genel Olarak

İş sözleşmelerinin feshinde genel anlamda eşit davranma borcunun uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar kural olarak iş sözleşmelerinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığını; ancak işverene tanınan bu hakkın sınırsız olmadığını ve kötüye kullanılmaması gerektiğini savunurlar⁶²². Bazı yazarlar ise genel anlamda eşit davranma borcunun iş sözleşmelerinin feshinde de uygulanması gerektiğini savunur⁶²³. Ayrımcılık yasakları bakımından ise böyle bir tartışma bulunmamaktadır. İşveren, iş sözleşmesini feshederken ayrımcılık yasaklarını ihlal etmemelidir.

Kanaatimizce iş sözleşmelerinin feshinde genel anlamda bir eşit davranma borcundan bahsedilemez. Nitekim işveren yönetim yetkisi kapsamında dilediği işçinin iş sözleşmesini sona erdirebilir. Aksi bir görüşün kabulü işverenin karar alma özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelir. Üstelik Anayasa'nın sözleşme hürriyetini düzenleyen 48'inci maddesi ile Borçlar Hukuku'na hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesi de bunu gerektirir. Ancak işverenin sahip olduğu bu serbestisinin sınırlarını, TMK. m.2'de düzenlenen "*hakkın kötüye kullanımı yasağı*" ve "*keyfilik denetimi*" oluşturur.

4.3.2. Ayrımcılık Yasaklarında

İş sözleşmelerinin feshinde ayrımcılık yasaklarına uygun davranılması gerektiği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Nitekim bu husus hem Anayasa'nın 10'uncu maddesinde, hem de İşK. m.5 ve 18/3'te açıkça düzenlenmiştir. Üstelik her üç düzenlemede de "*benzeri sebepler*" kavramına yer verilerek, yalnızca madde

⁶²² ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 407, Yazarlara göre işveren, aynı durumdaki işçilerden dilediğinin iş sözleşmesini süreli fesih bildirimi ile sona erdirebilir; DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 69, Yazara göre iş sözleşmelerinin feshinde, işverenin genel anlamda eşit davranma borcu son derece sınırlı bir şekilde uygulanmalıdır. Bu ilke fesihlerde, yalnızca işverenin objektif ve haklı sebeplere dayanmayan, kötüniyetli fesihlerinin önlenmesi amacıyla uygulanmalıdır; YUVALI, s. 183, 184; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 195; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 150; ÇİL, Karar İncelemesi, s. 299 vd.

⁶²³ ALP, Mustafa (2007), Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.3, s. 49 vd. (Karar İncelemesi).

metinlerinde sayılan konularda değil, buna benzer diğer tüm konularda da ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir⁶²⁴.

İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde ayrımcılık yapan işverenin, işçiye yoksun bırakıldığı hakları ve dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödeyeceği düzenlenmiştir. Tazminat yükümlülüğünün yanı sıra iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yapılması, duruma göre fesih hakkının kötüye kullanılması, haksız ya da geçersiz fesih sonucunu da doğurabilir⁶²⁵.

4.3.3. Genel Anlamda Eşit Davranma Borcunda

4.3.3.1. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesihlerde

Genel anlamda eşit davranma borcunun işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde uygulanabilmesi için birden fazla işçi açısından aynı veya benzeri yetersizlik sebeplerinin varlığı aranır. Yargıtay, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde işverenin eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini isabetli olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme konu ile ilgili bir kararında; işverenin eşit işlem borcu kapsamında ilgili tüm işyeri kayıtlarının getirtilmesi, işçinin çalıştığı zaman dilimi içerisinde aynı performansı sergileyen diğer işçilerin de yetersizlik gerekçesiyle iş sözleşmelerinin feshedilip edilmediğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁶²⁶.

4.3.3.2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde

İşveren, geçerli veya haklı neden teşkil edecek davranışlar sebebiyle işçilerin iş sözleşmelerini İş Kanunu'nda gösterilen usule uygun olarak feshedebilir. Ancak birden fazla işçinin aynı davranışta bulunması halinde işverenin tüm işçilere eşit işlem yapmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı görüş, aynı davranış sebebiyle işçilerin iş sözleşmeleri feshedilecekse; işçiler arasında olayın

⁶²⁴ SÜZEK, s. 460, Yazara göre, ne Anayasa'da ne de İş Kanunu'nda "yaşlılık" konusunda ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Her ne kadar böyle bir düzenlemeye yer verilmese de "benzeri sebepler" kavramı içerisinde yaşlılığın da değerlendirilmesi gerekir.

⁶²⁵ Y. 9. HD., 11.09.2006, 18576/21357, "... davalı işverenin sadece bayan işçileri çıkarmasının eşit davranma borcuna aykırı davranış olduğu belirlenmiştir. ... Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶²⁶ Y. 9. HD., 02.02.2009, 2008/9781, 2009/996, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

özelliğine göre hakkaniyete uygun bir seçim yapılması gerektiğini, genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı işlem yapılmamasını, işten çıkarılacak işçilerin keyfi ve kötünietli şekilde seçilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar işverenin, yapmış olduğu seçimi objektif olarak haklı kılması gerektiğini ileri sürmektedir⁶²⁷. Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır⁶²⁸.

Önemle üzerinde durulması gereken hususlardan biri de işverenin iki işçinin kavga etmesi halinde hangisinin iş sözleşmesinin feshedilmesi gerektiğidir. Yargıtay'a göre bu durumda işveren, kavganın kim tarafından çıkarıldığına bakmaksızın İşK. m.25/1-II-d uyarınca her iki işçinin de iş sözleşmelerini feshedebilir⁶²⁹. Ancak işveren, kavga eden işçilerden bir kısmının iş sözleşmesini feshedip, diğerlerininkini feshetmezse ve işverenin bu tercihi hakkaniyet düşüncesine açıkça aykırılık teşkil ederse yapılan fesih hukuka uygun bir fesih olmaz⁶³⁰.

⁶²⁷ SÜZEK, Eşit Davranma, s. 31; DOĞAN YENİSEY, Karar İncelemesi, s. 62, 63; SUR, s. 43 vd.

⁶²⁸ Y. 9. HD., 31.01.2017, 2015/8730, 2017/1000, "İşveren açısından fesih nedeni olarak kabul edilecek davranışta bulunan ve aynı konumda olan işçilerden bir kısmının iş sözleşmesi feshedilmezken, bu davranışın bazı işçiler için fesih sebebi olarak kullanılması, dolaylı ayrımcılık ve dolayısı ile eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶²⁹ Y. 7. HD., 14.09.2015, 14309/14840, "Somut olayda, davacı savunmasında diğer işçi ...'ın soyunma odasında kıyafetlerini değiştirdiğini, kendisinin '...hadi hadi...' dediğini ve tartışmalarını beyan etmiş, ... ise kıyafetlerini değiştirirken davacının geldiğini '...her gün seni mi bekleyeceğim...' deyip bağırıldığını, kahvaltılık poşetini yere vurduğunu beyan etmiştir. Mahkemece dinlenen taraf tanıkları da davacı ile ... isimli diğer çalışanın kavga ettiklerini doğrulamış olup, iki işçinin birbirleri ile önce sözlü olarak münakaşa edip daha sonra birbirlerine vurdukları sabittir. İşveren tarafından her iki işçi de işten çıkarılmıştır. Dosya içeriğine göre; davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara sebep olduğu, davalı şirket feshinin geçerli nedene dayandığı anlaşılmakla davanın reddine karar vermek gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır."; Y. 9. HD., 23.06.2015, 2014/10100, 2015/22616, "İş yerinde güvenliği sağlama sorumluluğunu taşıyan iki işçinin, aynı vardiyada sözlü olarak tartışması, ardından durumu fiziki kavgaya varıracak şekilde devam ettirmesi, 4857 sayılı Kanun'un 25/II. maddesi anlamında haklı feshi gerektirecek ağırlıktadır. İş sözleşmesinin işverence feshi haklı sebebe dayandığından, ..."; Y. 9. HD., 14.05.2015, 12815/17900; Y. 22. HD., 12.02.2015, 91/4480; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶³⁰ Y. HGK., 13.12.2017, 2015/9-2795, 2017/1752, "Bilindiği üzere, kavga eden diğer işçinin iş sözleşmesini fesih yoluna gitmeyen işveren eşit işlem borcuna aykırı davranmış olacağından, feshin haklı olduğundan bahsedilemeyecektir. Somut olayda ise kavga olayının ardından iş yerinde soruşturma yapılmış ve her iki işçi de disiplin kuruluna sevk edilerek iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Dolayısıyla işverenin eşit işlem borcuna uygun davrandığı da açıktır. Hâl böyle olunca, açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önüne alındığında, iş sözleşmesi haklı sebeple feshedilen davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekmektedir."; Y. 22. HD., 20.03.2017, 6352/5569; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

Kanaatimizce işverenin kavga eden her iki işçinin iş sözleşmelerini feshetmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Nitekim İşK. m.25/1-II-d hükmü işverene bu hakkı tanımıştır. Ancak işveren, adalet ve hakkaniyet düşüncelerine aykırı davranarak kavga eden işçilerden yalnızca birinin iş sözleşmesini feshedip, diğerini çalıştırmaya devam ederse eşit davranma borcunu ihlal etmiş olur⁶³¹. Örneğin, aynı işyerinde çalışan iki işçinin kavga etmesi neticesinde işveren, kavgayı başlatan ve kavgada haksız olduğu açıkça belli olan işçi yerine, daha az kusuru bulunan işçinin iş sözleşmesini feshederse adalet ve hakkaniyet düşüncesine aykırı davranmış olur ve bu fesih eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelir.

4.3.3.3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde

Genel anlamda eşit davranma borcu, işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde de uygulanır. İşletme gereklerinden ötürü işveren, birden fazla işçinin iş sözleşmelerini feshetmek durumunda kalabilir. Bu hallerde işverenin adalet ve hakkaniyet düşüncelerini gözeterek eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde yapılan fesih hukuka aykırı bir fesih olacaktır⁶³².

Genel anlamda eşit davranma borcunun ihlaline yönelik bir iddia varsa, işveren iş sözleşmesini hangi sebeple feshetmiş olursa olsun işçiler arasında yapmış olduğu seçimi haklı bir zemine oturtmalıdır. İşverenin yapmış olduğu tercih haklı gerekçelere dayanıyorsa, bu durumda genel anlamda eşitlik borcuna aykırı davranıldığı ileri sürülemez. Örneğin işveren, tercih ettiği işçinin geçmiş yıllardaki olumlu sicili, performansı, işçiye duyduğu ihtiyaç vb. gerekçelerle yapmış olduğu seçimi haklı kılabilir⁶³³.

⁶³¹ SÜZEK, Eşit Davranma, s. 30, 31; DOĞAN YENİSEY, Karar İncelemesi, s. 62; SUR, s. 44.

⁶³² SÜZEK, Eşit Davranma, s. 32, Yazara göre işveren, aynı performansı gösteren iki işçiden kıdemli olanın değil de kıdemli olanın iş sözleşmesini feshederse veya emekliliğe hak kazananlar dururken emekliliğinin dolmasına kısa bir süre kalan işçilerin iş sözleşmelerini feshederse, bu işlem adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmayacağından genel anlamda eşitlik borcuna aykırılık teşkil edecektir.

⁶³³ SÜZEK, Eşit Davranma, s. 32; DOĞAN YENİSEY, Karar İncelemesi, s. 62 vd.; ALP, Karar İncelemesi, s. 72, 73.

4.4. Eşit İşlem İlkesine Aykırılığın Yaptırımı

4.4.1. Ayrımcılık Yasaklarında (Ayrımcılık Tazminatı)

Ayrımcılık yasaklarına aykırı davranmanın yaptırımı İşK. m.5/6’da düzenlenmiştir. Buna göre ayrımcılık yasaklarına aykırı davranılmışsa işçi, hem dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat hem de yoksun kaldığı diğer haklarını talep edebilecektir⁶³⁴.

Doktrinde “*ayrımcılık tazminatı*” olarak adlandırılan bu tazminata, işe almada yapılan ayrımcılık hallerinde ise hükmedilemez. Nitekim İşK. m.5/6’da bahsi geçen tazminatın yalnızca iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi hallerinde talep edileceği belirtilmiştir. İşe almada ayrımcılığa maruz kalınması halinde ise sözleşme öncesi sorumluluk çerçevesinde (culpa in contrahendo) iş başvurusunda bulunan kişi, uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir⁶³⁵.

Ayrımcılık tazminatı hesaplanırken işçinin asıl ücreti esas alınır. Ücret ekleri (prim, ikramiye ve para ile değerlendirilebilen sosyal yardımlar vb.) tazminatın hesabında dikkate alınmaz⁶³⁶. Tazminatın miktarı ise her somut olayın özelliği göz önünde bulundurularak hâkim tarafından tayin edilir. Miktar belirlenirken özellikle işçinin maruz kaldığı ayrımcılığın ağırlığı, işçinin yapmış olduğu iş ve konumu, kıdemi gibi hususlar dikkate alınır. Tazminata hükmedilebilmesi için işçinin herhangi bir zarara uğraması gerekmez. Zira bu tazminat, işçinin salt ayrımcılığa maruz kalması neticesinde hükmedilmesi gereken bir tazminattır. Ayrımcılık tazminatına ilişkin hüküm “*nispi emredici nitelik*” taşıdığından, sözleşmelerle işçi lehine düzenleme yapılabilir⁶³⁷.

7036 sayılı Kanun’un 15’inci maddesiyle İş Kanunu’na eklenen ek m.3/1-e’ye göre ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresi beş yıl olarak belirlenmiştir. Bu

⁶³⁴ DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 77, Yazara göre, ayrımcılık tazminatının üst sınırının dört ay ile sınırlandırılması Avrupa Birliği normlarına uyum sağlama açısından yerinde bir düzenleme değildir.

⁶³⁵ DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 67, 68; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 28; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 142, 143; YUVALI, s. 170.

⁶³⁶ Gerekçe, İşK. m.5.

⁶³⁷ DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 77; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 201; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 34; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 414, 415; SUR, s. 49; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 239.

düzenlemeden önce ayrımcılık tazminatı on yıllık genel zamanaşımı süresine tabiydi⁶³⁸.

Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla ilişkisine gelince; İşK. m.5/6 hükmünün son cümlesi uyarınca ayrımcılık tazminatı ve sendikal tazminat birlikte talep edilemeyecektir. Nitekim sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatının özel bir türünü oluşturmaktadır⁶³⁹. Ayrıca her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğine ilişkin açık kanun hükmü bulunmaktadır⁶⁴⁰. Buna karşılık Yargıtay 22'nci Hukuk Dairesi bir kararında, işe iade kararı sonrasında işe başlamadığı için sendikal tazminata hak kazanamayan işçinin, ayrımcılık tazminatı talep edebileceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre bu durumda artık her iki tazminat arasında mükerrerlik bulunmamaktadır⁶⁴¹.

Doktrinde ağırlıklı görüş, ayrımcılık tazminatı ve kötünîyet tazminatının da aynı anda talep edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, ayrımcılığın, kötünîyetin özel bir türü olduğunu, işverenin aynı davranışının iki ayrı

⁶³⁸ SÜZEK, s. 466, Yazara göre, bahsi geçen hükümdeki beş yıllık zamanaşımı süresi, iş sözleşmesinin eşitlik ilkesine aykırı şekilde feshinden kaynaklanan haller için öngörülmüştür. Bu durumda iş ilişkisinin devamı sırasında ayrımcılık yapılması halinde TBK. m.146'da düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 239.

⁶³⁹ ÇELİK, Nuri (2007), İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD., S.14, s. 489, 490 (Tazminatlar); SÜZEK, Eşit Davranma, s. 35; Y. HGK., 22.02.2017, 2015/305, 2017/323, "Somut olay bu çerçevede irdelendiğinde; davacı, sendika üyesi olmayan işçilere daha fazla ücret ödenmek suretiyle ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen dört aylık ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatının tahsilini talep etmiştir. Ancak bu davada ileri sürdüğü olaylar açmış olduğu işe iade davasında tartışılmış ve davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği için feshin geçersiz olduğu kabul edilerek davacının işe iadesine ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca 12 aylık ücret tutarındaki sendikal tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. O halde davalı işveren sendikalaşmaya karşı olan eylemi nedeniyle yaptırıma maruz kaldığı için aynı eylem nedeniyle ikinci defa yaptırım uygulanmasının hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturduğu dikkate alınarak istemin reddine karar verilmesi gerekmektedir.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶⁴⁰ Y. HGK., 22.02.2017, 2015/305, 2017/323, "İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında dört aya kadar ücret tutarında ayrımcılık tazminatı öngörüldükten sonra '2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi hükümleri saklıdır' düzenlemesi getirilmiştir. Bu açık yasal düzenleme sebebiyle sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir.", www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 11.01.2019.

⁶⁴¹ Y. 22. HD., 05.05.2016, 9901/13560, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019; DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 80, Yazara göre, işverenin sendikal nedenle ayrımcılık yaptığı durumlarda, işçi herhangi bir sebeple sendikal tazminat talep edememişse ayrımcılık tazminatı talep edebilmelidir.

tazminat yaptırımına tabi tutulamayacağını ileri sürmektedirler⁶⁴². Yargıtay da her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceği görüşündedir⁶⁴³.

Doktrinde ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceğine ilişkin husus ise oldukça tartışmalıdır. Her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğine dair görüşü savunan yazarlar, işverenin aynı davranışına iki ayrı yaptırım uygulanamayacağını ileri sürmektedir⁶⁴⁴. Aksi görüş ise, İşK. m.5/6 hükmünün son cümlesinde ayrımcılık tazminatı ile birlikte yalnızca sendikal tazminat talep edilemeyeceğinin düzenlendiğini, her iki tazminatın hizmet ettiği amaçların birbirinden farklı olduğunu bu sebeple her iki tazminatın birlikte talep edilebileceğini savunmaktadır⁶⁴⁵.

Ayrımcılık yasaklarına aykırılığın bir diğer yaptırımı ise İşK. m.99/1-a'da düzenlenmiştir. Bahsi geçen hükme göre, İşK. m.5'te düzenlenen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekili ayrımcılığa maruz kalan her işçi için idari para cezası ödemek zorunda kalacaktır.

⁶⁴² ÇELİK, Tazminatlar, s. 489; DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 80, 81; Aksi görüş için bkz.; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 35, Yazara göre, İşK. m.5/6'da yalnızca ayrımcılık tazminatı ve sendikal tazminatın birlikte talep edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden de ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatının birlikte istenebileceği sonucu çıkmaktadır; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 202, Yazarlara göre, her iki tazminatın da hukuki dayanakları ve öngörülme amaçları farklıdır. Bu sebeple her iki tazminata da birlikte hükmedilebilmelidir; YUVALI, s. 227.

⁶⁴³ Y. 22. HD., 27.03.2018, 2015/28332, 2018/7866, "Somut olayda, davacı aynı anda hem kötüniyet tazminatı hem de ayrımcılık tazminatı talep etmiş olup, Dairemiz uygulamasına göre, bu iki tazminatın aynı anda ödenmesi mümkün bulunmamaktadır."; Y. 9. HD., 05.11.2014, 2012/39721, 2014/32640, "Somut olayda davacının iş akdinin davacının hamile olduğunun öğrenilmesi üzerine işverence feshedildiğinin dosya kapsamından anlaşılması karşısında, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi isabetli ise de, kötüniyet tazminatının koşullarının gerçekleşmemesi nedeniyle ve aynı hukuki nedenden dolayı ikinci bir tazminata hükmedilemeyeceği göz ardı edilerek kötüniyet tazminatı talebinin kabulü isabetsiz olup, hükmün açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir."; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.01.2019.

⁶⁴⁴ ÇELİK, Tazminatlar, s. 493; Y. 9. HD., 14.04.2016, 2015/29051, 2016/9441, "Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. ... Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. Bu açıdan davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddi gerekirken bu konuda karar verilmesi hatalıdır."; Y. 9. HD., 17.09.2015, 18686/26045; www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 11.01.2019.

⁶⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 202; DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 79; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 35.

4.4.2. Genel Anlamda Eşit Davranma Borcunda

İşverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı hareket etmesi halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilemez. Ancak işçinin yoksun kaldığı haklarını talep etmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Örneğin, eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde işçinin ücreti eksik ödenmişse işçi, eksik ödenen ücretini talep edebilecektir. Ücretin eksik ödenmesi halinde işçi, İşK. m.24/1-II-e ve f hükümleri gereğince iş sözleşmesini haklı sebeple ve derhal feshedebilir⁶⁴⁶.

İşveren, tam veya kısmi süreli çalışanlar ile belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmesine dayalı çalışanlar arasında farklı işlem yapmışsa, işçi yalnızca bu sebeple yoksun kaldığı haklarını talep edebilecektir. Ancak bu durumlar İşK. m.5/1'de düzenlenen ayrımcılık yasakları içerisinde sayılmadığından, ayrımcılık tazminatı talep edilemez⁶⁴⁷.

İşverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı hareket etmesi geçersiz, haksız ya da kötüniyetli fesih sonucunu doğurursa işçi, ayrımcılık tazminatı talep edemese bile bahsi geçen fesih türlerine ilişkin hukuki yaptırımlardan faydalanabilir.

4.5. İspat Yükü

İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin son fıkrasına göre; işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını işçi ispat etmelidir. Ancak aynı hüküm gereğince işçiden tam bir ispat beklenmemekte, işçi aykırılığın ispatına ilişkin güçlü deliller sunduğunda ispat yükü işverene geçmektedir⁶⁴⁸.

4.6. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Düzenleme

İşverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile de yaptırıma bağlanmıştır. Kanun'da, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesinden zarara uğrayan her gerçek ve tüzel kişiye Kurum'a başvuru hakkı tanınmıştır (m.17). Kurum, Kanun'da öngörülen ayrımcılık yasaklarını ihlal eden davranışlarla ilgili idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir (m.25).

⁶⁴⁶ SÜZEK, s. 469.

⁶⁴⁷ SÜZEK, s. 469.

⁶⁴⁸ DOĞAN YENİSEY, Eşitlik, s. 75, Yazara göre bu düzenleme, gerek Avrupa Birliği ilkelerine gerekse çağdaş İş Hukuku anlayışına daha uygundur.

Kanun'a göre ilgililer Kurum'a başvurmadan önce Kanun'a aykırılık teşkil ettiğini düşündükleri uygulamaların düzeltilmesini ilgili taraftan talep etmelidirler. Bu talep reddedilir veya otuz gün içerisinde talebe cevap verilmezse Kurum'a başvuru yapılabilir. Ancak telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali varsa, bu şart aranmadan da başvurular kabul edilebilir (m.17/2).

Kanun'a göre; İşK. m.5'te düzenlenen ayrımcılık hallerine ilişkin başvurular yapılmadan önce, İş Kanunu'ndaki ve ilgili mevzuattaki şikayet usulleri tüketilmeli ve herhangi bir yaptırım kararı alınamamış olmalıdır (m.17/5). Ancak maddede geçen "*şikayet usulleri*" ile neyin kastedildiği açık değildir⁶⁴⁹.

Kanun'un 25'inci maddesine göre; Kanun kapsamında başvuru üzerine veya kendiliğinden yapılan inceleme sonucunda, Kurul tarafından cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ya da yaş ayrımcılığı yasağının ihlal edildiğinin tespiti halinde, ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine idari para cezası uygulanır (m.25/1). Ayrıca Kanun'un 18'inci maddesinde Kurum Başkanı'na ilgilileri uzlaşmaya çağırma yetkisi de tanınmıştır.

5. MENFAATLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ İLKESİ

Menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesi, iş sözleşmelerinin feshinde doğrudan uygulanan bir ilke değildir. Bu ilkenin İş Kanunu'nda herhangi bir yasal dayanağı da bulunmamaktadır. Bu ilke gereğince, iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işverenin sözleşmenin feshiyle elde edeceği menfaatleri ve işçinin sözleşmenin devamına ilişkin ekonomik ve sosyal menfaatleri arasında bir kıyaslama yapılır. Bu kıyaslama neticesinde hangi tarafın menfaatleri daha ağır basıyorsa ona göre iş sözleşmesinin feshine veya iş ilişkisinin devamına karar verilir⁶⁵⁰.

Yasal düzenlemelerin amacı menfaatlerin değerlendirilmesine ilişkin karar vermektir. Bir yasal düzenlemenin öngörülmesindeki ve uygulanmasındaki amaç,

⁶⁴⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 417, Yazarlara göre bu hükümle, öncelikle İş Teftiş Kurulu'na başvuru mu aranmaktadır? Şayet böyle ise diğer iş kanunları kapsamına giren işçiler bakımından bu şartın aranmaması başka bir sorundur.

⁶⁵⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 178; KAR, s. 162; MANAV, s. 165; TULUKCU, s. 267.

çatışan menfaatlerin değerlendirilmesi ve bu menfaatler arasından birinin tercih edilmesidir. Aslında bütün hukuk düzenleri çatışan menfaatlerin çözümü kavuşturulmasını hedefler. Dolayısıyla bütün hukuk düzenleri açısından geçerli olan bu hedef münferit normlar için de geçerlidir. Bu görev yalnızca kanun koyucunun değil, hâkimin de görevidir. Ancak hâkimin bu görevi, sadece kanun koyucu tarafından menfaatlerin değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı takdirde doğar. Gerçekten de kanun koyucunun tüm menfaatlerin değerlendirilmesine ilişkin düzenlemeleri yapması her zaman mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda çatışan menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak hâkimin görevidir. Hâkim ortaya çıkan kanun boşluğunu doldururken öncelikle kıyas veya yoruma başvurur. Bu bağlamda menfaatlerin değerlendirilmesi yöntemi de ihtilafın çözümünde hâkime yol gösterecektir⁶⁵¹.

Her iki menfaati de koruyan farklı yasal düzenlemelerin bulunması halinde de bu menfaatlerin çatışması gündeme gelebilir. Bu durumda da tarafların çatışan menfaatlerinin kanun koyucu tarafından kesin olarak çözüldüğünden bahsedilemeyeceği için bu görev yine hâkime düşecektir. Hâkim, menfaatlerin değerlendirilmesinde tamamen serbest hareket edemez. Hukukun genel ilkeleri ve menfaat çatışmasının doğduğu hukuk alanına ilişkin özel prensiplere bağlı kalmalıdır.

Menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesi aslında ölçülülük ilkesinden kaynaklanan bir ilkedir. Nitekim ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesinde de her iki tarafın menfaatleri arasında açık bir orantısızlık bulunmaması gerekir. Ancak orantılılık ilkesinde yalnızca araç ve amacın karşılıklı kıyaslanmasıyla sınırlı bir değerlendirme yapılır. Oysa menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesinde böyle bir sınırlama olmaksızın somut olayın tüm özellikleri değerlendirmeye tabi tutulur⁶⁵². Bu

⁶⁵¹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 104, 105, Yazarlara göre, kanun koyucu gibi hareket etmekle yükümlü olan hâkim, tıpkı kanun koyucu gibi tarafların menfaatlerini tespit edecek ve bunları hakkaniyet duygusu içinde kıyaslayarak hukuk düzeni ve hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşan bir kural yaratacaktır. Menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesi, hâkimin yaratacağı hukuk kuralının temel noktasıdır. Zira bunun tespiti ile taraflar arasındaki menfaat çatışması çözülmüş olur; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 167, 168; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 179.

⁶⁵² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 200.

ilke gereğince iş ilişkisinin devamına ilişkin leh ve aleyhteki tüm hususlar dikkate alınır.

Bu ilkenin iş sözleşmelerinin feshinde uygulanabilmesi için öncelikle iş güvencesi hukuku açısından hangi menfaatlerin değerlendirmeye esas alınması gerektiği tespit edilmelidir. Bu bağlamda iş sözleşmelerinin kurulması ve devamına ilişkin tüm menfaatlerin değerlendirmesi yapılır. Ancak iş sözleşmesi ile bağlantılı olmayan menfaatler, değerlendirmede dikkate alınmaz. Örneğin, işverenin özel hayatına ilişkin menfaatleri iş sözleşmesini fesih imkânı vermez⁶⁵³.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, yetersizliğe sebep olan hususlar iş sözleşmesinin devamına olumsuz bir etkide bulunuyorsa, yani işverenin sözleşmeden kaynaklanan menfaatleri işçinin yetersizliği sebebiyle ihlal edilmişse sözleşmenin feshi gündeme gelecektir. Burada özellikle işçinin iş görme edimi ve edim karşılığı elde ettiği ücret arasındaki dengesizlik işveren açısından ciddi bir olumsuzluk yaratmaktadır⁶⁵⁴.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde ise işçinin kıdemi ve daha önceki sicili menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Menfaat değerlendirmesi yapılırken işçinin daha önceki sicili hem leh hem de aleyhteki hususlar bakımından incelenir. Yine tarafların sözleşme ile birbirlerine vaat ve taahhüt ettikleri şeyler de menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınır. İş sözleşmesinin ihlal edilmiş sayılabilmesi için işçinin davranışının iş ilişkisine somut bir etkide bulunması gerekir⁶⁵⁵.

İş sözleşmesiyle bağlantılı menfaatlerin değerlendirilmesinde feshe sebep olan durumların kimin riziko alanında gerçekleştiği önem arz eder. Örneğin, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde kusurlu davranış doğrudan işçinin riziko

⁶⁵³ NARTER, s. 83.

⁶⁵⁴ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 180.

⁶⁵⁵ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 180.

alanında doğmaktadır. Bu durumda işveren iş sözleşmesini feshederken, davranışın ağırlığını, sonuçlarını ve türünü göz önünde bulundurmalıdır⁶⁵⁶.

İşçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan sebeplerin iş sözleşmesinin feshini geçerli kılabilmesi için işçi tarafından ihlal edilen yükümlülüğün somut olarak işverene etkisi araştırılmalıdır. Bu ihlalin işvereni ekonomik ve işletmesel açıdan etkilediği yine işveren tarafından ispat edilmelidir.

Menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesi, işçinin kişisel durumuyla ilgili menfaatlerin de iş sözleşmesinin feshinde dikkate alınmasını emreder. Ancak bu menfaatler, yalnızca iş ilişkisinden kaynaklanmışsa veya işçinin iş ilişkisini kurarken hedeflediği amaçla bağlantılıysa dikkate alınabilir. Örneğin, işçinin kıdemi kişisel durumuyla alakalı bir menfaattir. Aynı zamanda iş ilişkisi ile de bağlantılı olduğu için menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Ancak işçinin ailevi durumu iş ilişkisiyle ilgili olmadığından menfaatler değerlendirilirken ne lehte ne de aleyhte dikkate alınmaz⁶⁵⁷.

İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Alman Hukuku'na hâkim olan görüşe göre, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesi uygulanamaz⁶⁵⁸. Zira işletmesel kararlar sınırlı bir denetime tabi olduğu için menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesinin uygulanması halinde mahkemelerce işletmesel kararların keyfilik denetimini aşacak boyutta denetlenmesi gündeme gelebilir⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 181, Yazarlara göre, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, kusurun varlığı aranmasa da bu durum, menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesi bakımından önemlidir.

⁶⁵⁷ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 181; **MANAV**, s. 167.

⁶⁵⁸ **STAHLHACHE**, Eugen (1994), Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB., s. 1367, 1368; **WANK**, Rolf (1987), Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA., s. 136; Aktaran: **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 183, dn. 647; Aksi görüş için bkz.; **TULUKCU**, s. 267, 268, Yazara göre, işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde de menfaatlerin değerlendirilmesi ilkesinin uygulanması mümkündür; **KAR**, s. 162.

⁶⁵⁹ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 183, 184.

6. BEKLENMEZLİK İLKESİ

Beklenmezlik ilkesi, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal niteliğindeki davranışı sebebiyle diğer taraf açısından iş ilişkisinin devamının çekilmez ve beklenmez hale gelmesidir. İş sözleşmeleri, taraflar arasında güven ilişkisini gerektiren ve sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşmedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması halinde taraflardan sözleşmeyi devam ettirmeleri beklenmemelidir. Bu ilke gereğince taraflar arasındaki ilişkinin sürdürülmesi katlanılmaz hale gelmiştir⁶⁶⁰.

Beklenmezlik ilkesi, özellikle işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde uygulama alanı bulur. Bu ilkenin yasal dayanağı ise TMK. m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Beklenmezlik ilkesi, özellikle geçerli sebep ve haklı sebep ayırımında önemli bir kriterdir. Buna göre, işçinin davranışı taraflar arasındaki güven ilişkisini temelden sarsmış, iş ilişkisinin devamını işverenden beklenmez hale getirmişse işveren, iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshedebilecektir. Ancak böyle olmamakla birlikte, işçinin davranışı işin ve işyerinin normal işleyişini bozuyor ve işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa, iş sözleşmesi İşK. m.18/1 uyarınca geçerli sebeple feshedilebilir⁶⁶¹.

7. ÖNGÖRÜ (TAHMİN) İLKESİ

Öngörü ilkesi Türk Hukuku'nda yasal olarak düzenlenmiş bir ilke değildir. Öngörü, ileride farklı bir durumun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hakkında bir ihtimal savıdır. Öngörü, geçmişte gerçekleşmiş olaylara dayanılarak yapılır. Yapılan öngörünün geçerli bir fesih meydana getirebilmesi için tutarlı olması gerekir⁶⁶².

Öngörü ilkesinde işverenin geleceğe yönelik olumsuz bir tahmini söz konusudur. Bu tahmin sonucunda işveren, (o işçi ile ilgili) geçmişteki tecrübelerinden yola çıkarak iş ilişkisinin gelecekte de zarar göreceğini ve iş ilişkisinin devamının beklenilmez bir hal alacağını düşünüyorsa iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedebilir.

⁶⁶⁰ KAR, s. 162.

⁶⁶¹ KAR, s. 162, 163; MANAV, s. 168.

⁶⁶² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 211; KAR, s. 310; MANAV, s. 172, 173; NARTER, s. 84.

Öngörü ilkesinin temel fonksiyonu sözleşmelerin feshinde veya feshin geçerli ya da haklı sebebe dayanıp dayanmadığının tespitinde, geçmişte yaşanmış olayların gelecekte de tekrarlanma rizikosunun bulunup bulunmadığını, bu olayların geleceğe olan etkisini belirlemektir.

Bu ilkenin amacı, geçmişte yaşanmış olayların gelecekte de yaşanmasını engellemektir. Amaç işçinin cezalandırılması değildir. Bu ilke gereğince işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışının tekrarlanması tehlikesini ortadan kaldırmak amaçlanır. Aynı zamanda işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde de bu yetersizliğin gelecekte devam edip işin ve işyerinin normal işleyişini bozmasının önüne geçmek amaçlanır⁶⁶³. Bu ilke tüm fesih sebepleri bakımından uygulanabilir⁶⁶⁴.

Yargıtay, yeni tarihli kararlarında bu ilkeyi ölçülülük ilkesi ile birlikte kullanmıştır⁶⁶⁵. Bu ilkeye dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için geleceğe dair olumsuz bir tahminin varlığı şarttır. Başka bir deyişle, işyerinde olumsuzluklara yol açan durumların gelecekte de devam edeceği ve işçinin iş görme edimini tamamen veya kısmen yerine getiremeyeceği, bu nedenle de işverenin işletmeye ilişkin ekonomik menfaatlerinin zarar göreceği işveren tarafından kanıtlanmalıdır⁶⁶⁶.

⁶⁶³ **KAR**, s. 164; **MANAV**, s. 175 vd.

⁶⁶⁴ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, s. 216 vd.; **MANAV**, s. 175.

⁶⁶⁵ Y. 9. HD., 19.06.2017, 2016/15221, 2017/10917, “Davacının hizmet süresi boyunca feshe konu olay dışında hiçbir herhangi bir ihtar, ücretten kesme vb. bir disiplin cezası almadığı da anlaşılmaktadır. Disiplin cezasına gerekçe yapılan TİS.’nin 37/34 maddesinde, işte çalışmadığı veya gelmediği halde saat kartını başkası aracılığı ile bastırma veya bu işe aracı olma durumunun düzenlendiği, dosyadaki Disiplin Kurulu Kararı ve tutanaklardan ise, davacının 15.07.2015 tarihinde 08:00-16:00 vardiyasına geldiği, ancak işyerini 15 dakika erken terk ettiği saptanmıştır. Bu durumda davacının iş sözleşmesinin TİS. hükümlerine aykırı ve de ölçüsüz olarak feshedildiği anlaşılmaktadır. TİS.’nin ilgili maddesinde işe hiç gelinmemesi halinde işten çıkarma cezasının öngörüldüğü, oysaki davacının vardiyasında çalışmakla birlikte 15 dakika önce işten izinsiz ayrıldığı ve kartını okutması için diğer bir işçiye verdiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı, işyeri kurallarına aykırı olmakla birlikte, işyerinde ne tür olumsuzluklara yol açtığı kanıtlanamadığı gibi, davacının bu davranışının iş ilişkisinin devam etmesi halinde ileride tekrarlanacağına dair bir olgu da yoktur. Yaptırımının işten çıkarma olarak uygulanması gerek TİS. hükümleri gerekse çalışma güvenliği açısından ağır bir sonuç olup, aynı zamanda yapılan fesih ölçülülük ilkesine de aykırıdır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 11.01.2019.

⁶⁶⁶ Y. 9. HD., 08.12.2016, 1000/21771, “İspat yükü kendisinde olan işveren, geçerli ve haklı nedende davacının davranışının veya yetersizliğinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş ilişkisinin çekilmez hal aldığını da ispat etmelidir. Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüye şart kılmalıdır (olumsuz öngörü ilkesi). Kısaca işçinin davranışlarının veya

§ II. İŞ GÜVENCESİNE HÂKİM OLAN İLKELER KAPSAMINDA FESHİN SON ÇARE OLMASI İLKESİ

1. SON ÇARE KAVRAMI

İş güvencesinin asıl amacı, iş sözleşmesinin devamını sağlamak ve işçinin işini kaybetmesini engellemektir. Her ne kadar UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nde işe iadeye alternatif olarak tazminat veya uygun görülen başka bir telafi biçiminden bahsedilse de iş güvencesi sisteminin temel amacı daima iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. Bu sebeple iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işveren, fesihden önce birtakım önlemlere başvurmuş ve herhangi bir sonuç alamamış olmalıdır. Aksi takdirde iş sözleşmesinin feshi geçersiz sayılacaktır. Gerçek anlamda bir iş güvencesi sisteminde son çare ilkesi en önemli denetim mekanizmalarından biridir. Son çare ilkesi de tıpkı iş güvencesi hükümleri gibi çağdaş İş Hukuku'nun gelişim süreci içerisinde anlam kazanmıştır.

Çağdaş anlamda İş Hukuku'nun gelişimi sanayi devriminin ortaya çıkmasıyla başlamıştır. Sanayi devrimi ile İngiltere'de ortaya çıkan teknolojik gelişmeler, zamanla tüm Batı Avrupa ülkelerini etkisi altına almıştır. Toplumlar, bireysel üretimden seri üretime geçmiş, küçük tezgâh ve atölyelere dayalı üretim birimlerinin yerini seri üretime dayalı fabrikalar almıştır. Bu gelişmeler toplumların yalnızca ekonomik alanda değil, hukuki ve sosyal alanda da yeni kavram ve kurumlarla tanışması sonucunu doğurmuştur. Sanayinin gelişimi, işgücüne duyulan ihtiyacı da artırmış ve köylerden sanayi kentlerine doğru büyük bir göç dalgası başlamıştır⁶⁶⁷.

Sanayi devriminin geliştiği dönemde işçi ve işveren arasında tam bir eşitlik mevcuttur. Nitekim sanayi devrimi, ekonomik liberalizm düşüncesinin hâkim olduğu bir ortamda ortaya çıkmıştır. Bu sebeple tarafların hukuki veya ekonomik yönden zayıf olup olmadığı gibi hususlar uzunca bir süre tartışılmamıştır. Taraflar arasında sözleşme serbestisi ilkesine itibar edilmiş ve tarafların bu serbesti çerçevesinde ücret,

verimliliğinin geçerli neden olması için, bunun gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir.”; Y. 9. HD., 28.11.2016, 417/20904; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 11.01.2019.

⁶⁶⁷ SÜZEK, s. 6, 7; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 5, 6; SÜMER, s. 4, 5.

çalışma koşulları, fesih gibi konularda diledikleri şekilde anlaşma yapmalarına imkân tanınmıştır. Yine bu dönemde sendikalaşmaya da müsaade edilmemiştir⁶⁶⁸.

Koruyucu düzenlemelerin hâkim olmadığı bu ortamda işçiler, sermaye tarafından tek taraflı belirlenen ağır çalışma şartlarına maruz kalmışlardır. Bu dönemde ücretin korunmasına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı gibi kadın ve çocuk işçilerin çalıştırılma şartlarına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Nitekim talebin yoğun olduğu bir ortamda işverenler, sözleşme şartlarını diledikleri şekilde belirlemiş, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin herhangi bir önlem alma gereği de duymamışlardır. Yine çalışma süreleri ve iş sözleşmelerinin feshine ilişkin bir düzenleme de liberal ekonomik düzenin hâkim olduğu 19'uncu yüzyılda mevcut değildir. Üstelik bu anlayış, yalnızca Avrupa'da değil, Amerika Birleşik Devletleri ve dünyanın birçok yerinde de aynıdır⁶⁶⁹.

İşçilerin maruz kaldığı ağır çalışma şartları, artan iş kazaları, emeğin sermaye karşısında ezilmesi gibi faktörler çalışma barışını bozmuş ve devleti işçi-işveren ilişkilerinde aktif bir rol üstlenmeye itmiştir. Ancak bu durum birdenbire gerçekleşmemiş, uzun bir sürece yayılmıştır. Bu sebeple başta İngiltere olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde iş ilişkilerini düzenleyen, özellikle işçi ve işveren arasındaki hukuki orantısızlığı işçi lehine gidermeye çalışan yasalar çıkarılmıştır⁶⁷⁰. İşçilerin korunmasını öngören bu yasalar zamanla iş güvencesi hükümlerinin de ortaya

⁶⁶⁸ **DURAND, Paul/ JAUSSAUD, Robert** (1947), *Traité de droit du travail*, T.I, Paris, Dalloz, s. 60, Aktaran: **SÜZEK**, s. 7, dn. 14.

⁶⁶⁹ **NEVINS, Allan/ COMMAGER, Henry Steele** (2016), *ABD. Tarihi*, (Çeviren: Halil İNALCIK), Ankara, Doğu Batı Yayınları, s. 345, 346, "... *Bitter Cry of the Children* adlı yapıtı, ülkede hayret ve dehşet uyandıran John Spargo, 20. Yüzyılın başlarında Pennsylvania ve West Virginia kömür madenlerinde gördüklerini şöyle anlatmaktadır: 'Çocuklar oluklar üzerinde eğilmiş, saatlerce oturup yıkama makinelerinden süratle geçmekte olan kömürün içinden taş parçalarını ve başka süprüntüleri toplarlar. Mecburen öyle ikiye katlandıklarından çocuğun biçimi bozulur, ihtiyar adamlar gibi kambur olurlar... Kömür serttir, bu yüzden elin kesilmesi kırılması veya parmakların ezilmesi gibi kazalar çocuklar arasında sık sık görülür. Bazen daha kötü bir kaza olur. Müthiş bir çığlık işitilir, bir çocuk kendini makineye kaptırmış ve parçalanmıştır veya oluğun içinde kaybolmuş ve sonra ölüsü çekip çıkarılmıştır. Kömür kırma makine dairesini toz bulutları kaplamıştır ve çocuklar bu havayı teneffüs ederler. Bir defasında böyle bir yerde yarım saat durdum ve on iki yaşında bir çocuğun her gün yapmakta olduğu işi yapmayı denedim... Bunu yapmak ve yaşamak benim için mümkün değildi, fakat bunu günde elli-altmış cent karşılığında yapan on iki yaşlarında çocuklar vardı. Bazıları ömürlerinde okuldan içeri adımlarını atmamışlardı. Aralarında çok azı alfabe kitabını okuyabiliyordu.'"; **DURAND/JAUSSAUD**, s. 74, 75, Aktaran: **SÜZEK**, s. 7, dn. 15.

⁶⁷⁰ **SÜZEK**, s. 8; **SÜMER**, s. 5.

çıkmasını sağlamıştır. İş güvencesi hükümlerinin varlığı birtakım yeni kavram ve kurumu da beraberinde getirmiştir. “Geçerli sebep, son çare (*ultima ratio*), işe iade, işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar, sosyal seçim, menfaatlerin değerlendirilmesi” gibi kavramlar bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Türkiye’de ise iş güvencesinin gelişimi Avrupa ülkelerine nazaran oldukça geç başlamıştır. Nitekim 4773 sayılı Kanun’un yürürlüğünden önce Türkiye’de iş güvencesine ilişkin hükümlerden bahsetmek mümkün değildir. Ancak bahsi geçen Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte ülkemizde de iş güvencesi kavramı ve bu kavramın ortaya çıkardığı yeni kavramlar tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu kavramların başında da “son çare ilkesi” gelmektedir. Son çare ilkesiyle birlikte, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında, özellikle de mahkemelerin görev ve yetkilerinde büyük bir değişim gerçekleşmiştir⁶⁷¹.

İş güvencesi sisteminin ön planda tuttuğu temel düşünce, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin ve bu ilişkinin temelini oluşturan iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaktır. İş güvencesi, öncelikle işçinin ekonomik açıdan kendisini güvende hissetmesine hizmet eder. Böylelikle işçinin yapmış olduğu iş, yalnızca bir hizmet edimi olmaktan çıkmış, işçinin onuru ve kişiliği ile bütünleşmiştir. Nitekim işçinin çalışma karşılığı elde ettiği ücret, yalnızca kendisi açısından değil, ailesi açısından da önemli bir geçim kaynağıdır. İş kazası ve meslek hastalıklarından sonra işçilerin karşılaşacağı en büyük tehlike işlerini kaybetmeleridir⁶⁷². Çağdaş İş Hukuku’nun amacı işçinin işini, iç ve dış etkenlerden ve özellikle de işverenin tek taraflı almış olduğu kararlardan korumaktır.

İşçi ve işveren arasındaki sözleşmeler, niteliği gereği diğer sözleşmelerden farklıdır. Sözleşmenin bir tarafında sermayeyi elinde tutan ve ekonomik bakımdan işçiye nazaran daha güçlü bir konumda bulunan işveren varken, diğer tarafında işverene bağımlı ve vermiş olduğu hizmet karşılığı elde ettiği ücretle hem kendisini hem de ailesini geçindirmek zorunda olan işçi bulunmaktadır. Ücret, işçi için hayati

⁶⁷¹ GÜZEL, Son Çare, s. 57.

⁶⁷² GÜZEL, Son Çare, s. 58.

bir öneme sahiptir. Ücretten yoksun kalmak, işçi bakımından yalnızca sözleşme karşılığı hak kazandığı alacağın yokluğu anlamına gelmez. İşçinin işi, çoğu zaman onun toplumsal kimliğini de belirler. Bu sebeple işini kaybeden işçi, yalnızca ekonomik açıdan değil sosyal açıdan da zor bir duruma düşecektir. Sözleşmenin zayıf tarafını korumaya yönelik tedbirler, sosyal devlet ilkesinin ve adalet kavramının bir sonucudur⁶⁷³.

Mutlak anlamda iş güvencesini savunan görüşler, işçinin işi üzerinde mülkiyet hakkına dayalı bir hakkı olduğunu ve işçinin kusurundan kaynaklanan sebepler dışında işverenin iş sözleşmesini feshedememesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁷⁴. Ancak ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak, işverenin girişim özgürlüğü ve yönetim yetkisinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bu yüzden fesih hakkının sınırlandırılması ve işverenin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulması şarttır. Çağdaş İş Hukuku'na hâkim olan ve işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin kurulmasını öngören bu anlayış, zamanla iş güvencesi sistemini de etkilemiş ve işçilere mutlak anlamda bir iş güvencesi hakkı tanınmamıştır. Nitekim iş güvencesi, işverenin fesih hakkının ortadan kaldırılmasını değil, sınırlandırılmasını amaçlamaktadır. Böylelikle işverenin iş sözleşmesini keyfi şekilde sona erdirmesi engellenmek istenmiştir. Bu keyfiliği engellemek için de iş sözleşmelerinin feshinde “geçerli bir sebebe dayanma” ve “feshin yargısal denetimi” gibi şartlar öngörülmüştür.

Birçok iş güvencesi sisteminde, işveren tarafından yapılan feshin geçerli sebebe dayanmaması halinde mahkemece işçinin işe iadesine ya da tazminat veya uygun görülen başka bir telafi biçimine karar verileceği düzenlenmiştir⁶⁷⁵. Bu husus UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi ile İşK. m.18 ve devamında da belirtilmiştir. Ancak iş güvencesinin temel amacı işçiyi tazminat veya başka bir şekilde maddi açıdan tatmin etmek değildir. İş güvencesi, öncelikle iş ilişkisinin devamını sağlamayı hedefler. Bu sebeple son çare ilkesi, iş sözleşmelerinin feshi açısından oldukça

⁶⁷³ **DURAND/JAUSSAUD**, s. 114, Aktaran: **SÜZEK**, s. 15, dn. 5.

⁶⁷⁴ **RIPERT**, George (1951), *Les Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, s. 305, Aktaran: **GÜZEL**, Son Çare, s. 58, dn. 3.

⁶⁷⁵ **SERDAN**, s. 12 vd.; **GÜZEL**, 2004 Yılı Toplantısı, s. 17.

önemlidir. Son çare ilkesiyle birlikte işveren, fesihten önce son bir kez düşünme fırsatı bulacak ve feshin gerçekten gerekli olup olmadığını değerlendirecektir. Bu açıdan son çare ilkesinin iş güvencesi sisteminin uygulanmasına doğrudan hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

İş sözleşmesinin feshinde yargı denetimi, özellikle işverenin fesihte geçerli bir sebep gösterip göstermediği veya işveren tarafından gösterilen sebebin geçerli bir sebep teşkil edip etmediğine ilişkindir. Ancak yargı denetiminin yalnızca bu hususlarla sınırlı kalması, iş güvencesinin etkin bir biçimde uygulanmasını engelleyecektir. Bu sebeple işveren tarafından dayandırılan geçerli sebep ve işçinin işyerinde ifa ettiği işi arasında illiyet bağının kurulmuş olması gerekmektedir. İlliyet bağının varlığı, bir taraftan geçerli sebeple fesih işlemi; diğer taraftan ise, işçinin işyerindeki işi ile bu geçerli sebepler arasında söz konusu olmalıdır. Yargı organı, feshin geçersizliğini denetlerken özellikle bu iki nokta üzerinde yoğunlaşacaktır. Şayet bu noktalar üzerinde etkin bir yargı denetimi sağlanırsa, iş sözleşmesinin keyfi feshi de engellenmiş olacaktır⁶⁷⁶.

İşveren tarafından dayandırılan sebebin geçerli bir sebep teşkil edebilmesi için, işçinin o işyerinde çalışma ve iş sözleşmesinin devamını sağlama olanağının kalmaması gerekir. Aksi halde geçerli bir fesihten söz edilemez. Etkin bir yargı denetimi, iş sözleşmesinin feshinin, başvurulması gereken en son çare (*ultima ratio* veya *ultimum remedium*) olması düşüncesine dayanır.

“*Ultima ratio*”, Latince bir deyim olup, düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son önlem anlamına gelmektedir. “*Ultimum remedium*” ise; bir kuralın, bir mekanizmanın veya bir yetkinin tali niteliğini açıklar. Bu son kavram, *ultima ratio* kavramından türemiş olmakla birlikte, genellikle her iki kavram eş anlamda kullanılmaktadır⁶⁷⁷.

Ultima ratio kavramı, ilk defa Fransız topları üzerinde “*ultima ratio regum*” şeklinde yer almıştır. Bu kavram, “*kralın son çaresi*” anlamına gelmektedir. Bu kavramla anlatılmak istenen, siyasi uyuşmazlıkların silah kullanılmadan çözülmesi

⁶⁷⁶ GÜZEL, Son Çare, s. 61.

⁶⁷⁷ GÜZEL, Son Çare, s. 62.

imkânının ortadan kalkması halinde, savaşa son çare olarak başvurulmasıdır. İş hukuku bakımından ise “*ultima ratio*”; iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması, işçinin işyerinde çalışma olanağının kalmaması, iş sözleşmesinin feshinden önce sözleşmenin devamlılığını sağlayama yönelik her türlü önlemin alınmış olmasını ifade eder⁶⁷⁸. İşveren, kendi imkânları dahilinde tüm önlemleri almasına rağmen yine de iş sözleşmesinin feshine engel olamıyorsa ve fesih geçerli bir sebebe dayanıyorsa bu durumda fesih işlemine başvurabilecektir.

Son çare ilkesi, Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde öncelikle dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık ilkesi dayanak yapılarak yargı kararlarıyla benimsenmiş, daha sonra ise bu hususta yasal düzenlemeler yapılmıştır. Türk İş Hukuku’nda ise yasal bir dayanağı olmamakla birlikte iş sözleşmesinin feshine ilişkin yargı denetiminde, son çare ilkesinin uygulandığını görmekteyiz⁶⁷⁹.

2. SON ÇARE İLKESİNİN AMACI VE ÖNEMİ

Son çare ilkesinin amacı ve önemi, aynı zamanda iş güvencesinin de amacı ve önemiyle paraleldir. Son çare ilkesinin en temel amacı, iş sözleşmesinin sürekliliğini sağlamak ve işçileri, işverenin keyfî davranışlarından korumaktır. İş güvencesi sisteminin etkin bir şekilde uygulandığı hukuk sistemlerinde sözleşmeye bağlılık kuralı, sözleşmenin feshi ise istisnadır. Dolayısıyla iş güvencesi sisteminin özünde de, iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması ve feshine son çare olarak başvurulması düşüncesi yatar⁶⁸⁰.

Son çare ilkesi; iş sözleşmesinin devamlılığını işverenin vicdanına bırakmayı engelleyen, feshin yargısal denetiminde önemli bir rol üstlenen ve iş güvencesi sistemine hâkim olan en temel ilkedir. İş güvencesi sisteminin temel amacı iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. İş ilişkisinin devamı yerine uygun görülecek tazminat veya başka bir telafi biçimi, işçiler açısından her zaman olumlu sonuçlar doğurmaz. Nitekim işçinin geçimini sağlayabilmesi için çoğu zaman elde ettiği tek gelir ücretidir. Ücretin devamlılığı ise işçinin geleceğe güvenle bakmasını sağlar. Bu

⁶⁷⁸ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, *Ultima-Ratio*, s. 199.

⁶⁷⁹ GÜZEL, *Son Çare*, s. 62.

⁶⁸⁰ SÜZEK, s. 593.

yüzden fesih için geçerli bir sebep olsa dahi iş sözleşmesinin feshinden önce, iş ilişkisinin devamlılığını sağlayan her türlü önlemin düşünülmesi gerekir. Bu önlemler göz ardı edilerek yapılan fesihlerin iş güvencesi sistemiyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir.

Son çare ilkesi, iş sözleşmesinin feshi noktasında işvereni doğru düşünmeye ve fesihten önce uygulanabilir nitelikteki her türlü önlemi almaya sevk eder. Nitekim fesih için yalnızca “*geçerli bir sebebin varlığı*”, işverenlerin fesih noktasında daha rahat davranmaları sonucunu doğurabilir. Gerçekten de son çare ilkesinin uygulanmadığı, iş ilişkisinin devamı noktasındaki önlemlerin dikkate alınmadığı bir iş güvencesi sisteminde, işverenler geçerli sebebin varlığını gerekçe göstererek iş sözleşmelerini kolaylıkla feshedebilir. Oysaki iş güvencesinin amacı, yalnızca geçerli fesih sebeplerinin varlığı halinde işverene fesih imkânı tanımak değildir. UÇÖ.’nün 158 sayılı Sözleşmesi ve İş Kanunu iş güvencesi hükümlerini, öncelikle iş ilişkisinin devamını sağlamak amacıyla öngörmüştür. Bu sebeple son çare ilkesinin, iş sözleşmelerinin feshinde kilit bir rol üstlendiğini söyleyebiliriz. İş sözleşmesini feshederken son çare ilkesine bağlı kalması gerektiğinin bilincinde olan işveren, sözleşmenin feshinden önce feshe neden olan temel sebepleri araştırarak ve bu sebepler doğrultusunda feshin gerekli olup olmadığına karar verecektir. Şayet fesih sonucunu engelleyecek ve işveren açısından büyük bir maliyet doğurmayacak başka önlemler varsa işveren, öncelikle bu önlemlere başvuracak ve iş ilişkisinin devamını sağlamayı hedefleyecektir.

Son çare ilkesi, feshin yargısal denetimi açısından da önemli bir rol üstlenmektedir. İş Kanunu’nda feshin son çare olması gerektiğine ilişkin herhangi bir zorunluluk öngörülmemiştir. Ancak iş güvencesini benimsemiş çağdaş hukuk sistemlerinde son çare ilkesi yargı kararları ve doktrin tarafından kabul görmüştür. Dolayısıyla feshin yargısal denetimini yapan mahkemeler, yalnızca geçerli sebeplerin varlığını değil, son çare ilkesinin dikkate alınıp alınmadığını da inceleyecektir. Mahkemeler, geçerli sebepler ile işçinin iş görme edimi üzerindeki olumsuzluklar ve işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığını araştıracaktır.

Son çare ilkesinin varlığı, işe iade konusundaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından önemli bir yol göstericidir⁶⁸¹.

Feshin son çare olması ilkesi, sosyal hukuk ve istihdam üzerinde de olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Bu durum özellikle işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde kendini gösterir. İşverenin son çare ilkesi kapsamında başvuracağı yöntemler (çalışma koşullarında esaslı değişiklik, kısa çalışma, ücretsiz izin, fazla çalışmaların kaldırılması, mesleki eğitim) istihdamın korunmasının da somut bir uygulamasıdır⁶⁸².

Sonuç olarak son çare ilkesi, geçerli sebeplerin varlığı dışında, iş sözleşmesinin feshinin zorunlu ve kaçınılmaz olmasını öngörür. Bu kaçınılmazlık; işveren tarafından olağan imkânlar çerçevesinde her türlü önlemin alınması, iş ilişkisinin devamı seçeneğinin ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Bu sebeple işveren açısından doğru ve makul düşünme yükümlülüğü öngören son çare ilkesi, işçiler açısından ise iş güvencesini tamamlayan ek bir güvence sağlamaktadır.

§ III. SON ÇARE İLKESİNİN KURAMSAL TEMELİ

1. GENEL OLARAK

İş Kanunu Tasarısı'na ilişkin madde gerekçesinde iş ilişkisi ve iş sözleşmeleri kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı, bu kullanımın Avrupa Birliği müktesebatına da uygun olduğu açıklanmıştır. İşçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin temeli kural olarak iş sözleşmesidir. Ancak iş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarının belli noktada ayrılarak incelenmesi hem teorik hem de pratik açıdan daha faydalıdır. Örneğin, iş sözleşmesinin hükümsüz olduğu hallerde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması işçi açısından birtakım sorunlar doğurabilir. Bu sorunların giderilmesinde iş ilişkisi kavramı önem taşımaktadır.

⁶⁸¹ GÜZEL, Son Çare, s. 61.

⁶⁸² BAŞTERZİ, s. 60.

Ancak iş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarını birbirinden tamamen bağımsız da düşünemeyiz. Bu bakımdan iş sözleşmesi, iş ilişkisini kuran ve düzenleyen veya işçiye iş görme edimi yükleyen bir anlaşma olarak tanımlanabilir⁶⁸³.

Günümüzde bu iki kavramın açıklanmasında sözleşme teorisi ve işletme organizasyonu (katılma) teorisi ortaya atılmıştır. Bu iki teori son çare ilkesinin kuramsal temelini ortaya konulmasında da esas alınır. Dolayısıyla son çare ilkesini kavrayabilmek bakımından öncelikle bu ilkenin kuramsal temelini açıklanması gerekir⁶⁸⁴.

Sözleşme kuramı gereğince işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin temelinde iş sözleşmesi yatmaktadır. İşletme organizasyonu kuramı ise taraflar arasındaki ilişkinin temelini işçinin işyerinde fiili olarak çalışmaya başlamasına dayandırır⁶⁸⁵.

Her iki kuram da Alman ve Fransız İş Hukuku'nda çok eskiden beri geliştirilmiş ve üzerinde çok tartışılmıştır. Alman ve Fransız hukukçuları bu iki kuramı özellikle iş ilişkisinin hukuki temelini açıklamak amacıyla kullanmışlardır⁶⁸⁶. Günümüzde ise her iki kuram da birbirine oldukça yakın anlamlarda kullanılmaktadır. Çalışmamızda bu kuramların ayrıntılı incelemesine girmeksizin yalnızca iş güvencesi ile ilgili hususlarda açıklamalar yapılacaktır.

2. SÖZLEŞME KURAMI

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin ne zaman başladığının tespiti, İş Hukuku açısından önem taşıyan bir meseledir. Bu konuda ileri sürülen sözleşme kuramı görüşüne göre taraflar arasındaki ilişki sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başlar. Bu kuram gereğince iş ilişkisinin oluşabilmesi bakımından iş sözleşmesinin “*yaratıcı veya kurucu*” bir işlevi bulunmaktadır. Başka bir deyişle iş ilişkisinin varlığı için iş

⁶⁸³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 162.

⁶⁸⁴ GÉA, Frédéric (2000), Le “principe de l'ultime remede” et l'obligation pretorienne de reclassement, pour motif économique, une manifestation du “principe de l'ultime remede”, (Auteurs: C. MARRAUD, F. KESSLER, F. GÉA), La rupture du contrat de travail en droits Français et allemand, Presses Universitaires De Strasbourg, s. 267 vd., Aktaran: GÜZEL, Son Çare, s. 62, dn. 7.

⁶⁸⁵ GÜZEL, Son Çare, s. 63 vd.

⁶⁸⁶ GÉA, s. 269 vd., Aktaran: GÜZEL, Son Çare, s. 63, dn. 9.

sözleşmesinin yapılması gerekli ve yeterlidir. Bu husus iş sözleşmesinin ilk işlevidir. İş sözleşmesinin ikinci işlevi ise tarafların karşılıklı hak ve borçlarını belirleme ve bunların yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu işlev de iş sözleşmesinin taraflar açısından bağlayıcı olduğu sonucunu doğurmaktadır⁶⁸⁷. Son çare ilkesi, iş sözleşmesinin ikinci (bağlayıcılık) işlevine dayanmaktadır.

Sözleşmelerin ifasına ilişkin genel kurallar iş sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Bu hususta normal sözleşmeler ile iş sözleşmeleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Son çare ilkesinin dayandığı temel düşünce ise “*ahde vefa*” ve “*sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yerine getirilmesi*” ilkeleridir⁶⁸⁸. Son çare ilkesine hâkim olan temel düşünce; işçi ve işverenin sözleşmenin sürekliliğini sağlamak için dürüstlük kuralları çerçevesinde üzerlerine düşen tüm önlemleri almaları, imkânları çerçevesinde ellerinden gelen tüm çabayı göstermeleridir. Ancak bu yükümlülük genellikle işveren bakımından söz konusu olmaktadır. Nitekim sözleşmenin devamına ilişkin işçinin elde ettiği menfaat genellikle işvereninkine kıyasla daha yüksektir.

Son çare ilkesini iş sözleşmelerine uyguladığımızda işveren açısından birtakım yükümlülükler doğabilir. Bu ilke gereğince işveren, iş ilişkisinin devamı için dürüstlük kuralı uyarınca öngörülen tüm seçenekleri denemeli, feshe son çare olarak başvurmalıdır.

Sözleşme yapma serbestisi yasal dayanağını öncelikle Anayasa’nın 48’inci maddesinden almaktadır. Bu madde uyarınca, herkes sözleşme hürriyetine sahiptir. Borçlar Hukuku’na hâkim olan temel düşünce de sözleşmenin her iki tarafının eşit olması prensibine dayanır. Ancak bu prensibin iş sözleşmeleri bakımından uygulanması mümkün değildir. İş sözleşmelerinde işçi, daima sözleşmenin zayıf tarafını temsil etmektedir. İş sözleşmesinin en önemli unsuru “*bağımlı çalışma*” unsurudur. Üstelik işçi ve işveren ekonomik açıdan da eşit şartlara sahip değildirler.

⁶⁸⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 163.

⁶⁸⁸ BAŞTERZİ, s. 58, Yazara göre son çare ilkesi, iş güvencesi sisteminin temelinde yatan sözleşmeye bağlılığın kural, feshin ise istisna olması düşüncesinin bir sonucudur. Bu düşünceye göre feshe gidilebilmesi için, işveren bakımından sözleşmeyi sürdürmenin beklenemez hale gelmesi ve feshin kaçınılmaz olması gerekir.

İş sözleşmelerinin bir diğer özelliği ise işçinin yalnızca sözleşmenin tarafını değil, aynı zamanda konusunu da oluşturmasıdır. Bu sebeple sözleşmenin devamı işçi açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. İşçinin genel olarak tek geçim kaynağı iş görme edimi karşılığı elde ettiği ücretidir. Ücretin sürekliliği ise iş ilişkisinin korunması suretiyle gerçekleşir. Taraflar arasındaki bu eşitsizlik, işveren açısından birtakım borçların doğumuna sebep olmuştur.

Fransız ve Alman hukuk düzenlerinde iş güvencesi sistemine hâkim olan son çare ilkesi yasal bir düzenleme ile ortaya çıkmamıştır. Fransız İş Hukuku'nda bu ilke, öncelikle Yargıtay kararı ile ortaya atılmış, daha sonra yasal düzenlemeler yapılmıştır⁶⁸⁹. Fransız Yargıtay'ının daha sonra yerleşik hale gelen bu içtihadına göre; ekonomik sebeplerle iş sözleşmesinin feshi, işçinin işyerinde başka bir işte çalıştırılma olanağının bulunmadığı hallerde gerçek ve ciddi bir fesih olarak kabul edilir. Bu içtihat özellikle ekonomik sebeplerle yapılan fesihlerde işverenin keyfi davranışlarını önleyeceği gerekçesiyle doktrin tarafından da benimsenmiştir⁶⁹⁰.

Alman Federal İş Mahkemesi ise 1978 yılında vermiş olduğu kararında aynı esasları benimsemiştir. Bu karara göre; *“Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun ya da geçerli bir nedene yahut haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırılma olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır”*⁶⁹¹.

Türk İş Hukuku'nda son çare ilkesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Ancak İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin gerekçesinde, özellikle işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde *“işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır”* ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade son çare ilkesi açısından anlamlıysa

⁶⁸⁹ GÜZEL, Son Çare, s. 64, Fransız Yargıtay'ı konuya dair yasal bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde son çare ilkesini, Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) 1134'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına dayandırmıştır. Bu fıkradaki düzenleme ise sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre ifa edilmesi gerektiğini öngörmektedir.

⁶⁹⁰ GÉA, s. 268 vd., Aktaran: GÜZEL, Son Çare, s. 65, dn. 16.

⁶⁹¹ BAG. 30.05.1978, NJW. 1979, s. 332, 333, Aktaran: BİRBEN, s. 88, dn. 302; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 198.

da yasal bir dayanak teşkil etmemektedir. Ancak açık bir yasal düzenleme bulunmasa bile son çare ilkesinin temelinde TMK. m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralının yattığını söyleyebiliriz. Bu ilke gereğince iş sözleşmelerinin feshinde de son çare denetimi yapılabilecektir. Nitekim dürüstlük kuralı, yalnızca medeni haklar veya özel hukuk alanına ilişkin hakların kullanımında değil, diğer tüm hakların kullanımında geçerli olan temel bir ilkedir⁶⁹².

Sözleşme kuramına göre, son çare ilkesinin kuramsal temelinde de sözleşmenin devamını sağlama düşüncesi yatar. Bu düşünce aynı zamanda dürüstlük kuralı ve ahde vefa ilkesinin de doğal bir sonucudur.

3. İŞLETME ORGANİZASYONU KURAMI

İşletme organizasyonu kuramına göre iş ilişkisinin kurulması için işçinin işyerinde fiilen işe başlaması şarttır. İşçi ve işveren arasında yapılan sözleşme taraflar arasında bir iş ilişkisi yaratmayıp, yalnızca işverene işçiyi işe alma işçiyi de işverenin hizmetine girme borcu yükler⁶⁹³.

Türk İş Hukuku bağlamında iş ilişkisinin ne zaman başlayacağı ise tam bir açıklık kazanmamıştır. Kural olarak, iş ilişkisi iş sözleşmesinin yapılmasıyla başlayacaktır. Ancak İş Kanunu’nda, bazı sürelerin işlemesi için işçinin fiilen işe başlaması gerektiği düzenlenmiştir. Buna örnek olarak, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izne hak kazanılması vs. verilebilir⁶⁹⁴. Yargıtay da iş ilişkisinin varlığı için işçinin fiilen işe başlaması gerektiği görüşündedir⁶⁹⁵.

⁶⁹² OĞUZMAN/BARLAS, s. 219, Yazarlara göre, dürüstlük kuralı bütün hakların kullanımında uyulması gereken temel bir kuraldır.

⁶⁹³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 163, Yazarlar, bu iki kuramı şu örnekle açıklamaktadır: İşçi ve işveren arasında yapılan iş sözleşmesinin tarihi 02 Mart’tır. Bu sözleşmede işçinin, 01 Nisan’da işe başlayacağı kararlaştırılmıştır. Fakat işçi herhangi bir nedenden ötürü 10 Nisan’da işe başlamıştır. Bu durumda taraflar arasındaki iş ilişkisi sözleşme kuramına göre 01 Nisan’da, işletme organizasyonu kuramına göre 10 Nisan’da başlamıştır.

⁶⁹⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 164, Yazarlara göre, iş ilişkisinin ne zaman başlayacağına ilişkin önceden kesin bir kural koymak yerine ikili bir ayırım yapılmalıdır. İşçi kendi kusuru ve iradesi ile sözleşmede kararlaştırılan tarihten sonra işe başlarsa, iş ilişkisinin kurulması bakımından fiilen işe başladığı tarih esas alınmalıdır. Ancak işçinin kusuru olmaksızın işe geç başlaması halinde ise sözleşmede kararlaştırılan günde iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir.

⁶⁹⁵ Y. 9. HD., 30.05.2005, 28726/19957, “Taraflar arasında noterde tanzim olunan taahhütname başlıklı sözleşme her ne kadar iş sözleşmesi ile çalışmayı öngörmüş ise de davacının davalıya ait

İşletme organizasyonu kuramının son çare ilkesi bakımından önemi ise “işletmenin devamlılığı” düşüncesine dayanır. İş ve istihdam kavramları öncelikle işletmenin sürekliliği ve korunmasını içerir⁶⁹⁶. Nitekim devamlılık arz etmeyen bir iş, gerçek anlamda bir iş değildir. İşin ve istihdamın sürekliliği, işletmenin sürekliliği sonucunu da doğurur⁶⁹⁷.

İşletme kavramı, genellikle iş yerine göre daha geniş, iktisadi ve mali bir amaç doğrultusunda (kâr sağlamak) sürekli bir faaliyetin yürütülmesi için örgütlenen bir veya birden fazla işyerinden meydana gelen organizasyonları ifade eder⁶⁹⁸. İşletmenin en önemli özelliği faaliyetlerinin devamlılık arz etmesidir. Devamlılıktan kasıt, daimilik değildir. Ancak bir organizasyonun işletme olarak kabul edilebilmesi için yapılacak faaliyetin belirli bir zaman dilimi içerisinde sürmesi, sürekli olması konusunda bir niyetin varlığı gerekir. Arızı ve tesadüfi olarak yapılan faaliyetler işletmenin varlığı için yeterli değildir⁶⁹⁹.

İşletmeyi meydana getiren bir diğer unsur da işçilerdir. İşçiler, işletmenin beşerî unsurunu oluştururlar. İşçinin yapmış olduğu işin işletmenin faaliyetinden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Bu faaliyet işletme organizasyonunun doğal bir parçasıdır. Dolayısıyla işletmenin sürekliliği için işçinin ifa ettiği işin de sürekliliği gerekir. Bu sürekliliğin sağlanması ise iş ilişkisinin korunmasına ilişkin birtakım güvencelerin varlığını gerekli kılmaktadır. Son çare ilkesinin de en temel amacı iş ilişkisinin sona ermesini engellemek, devamını sağlamaktır. Bu sebeple işletme organizasyonu kuramı ve son çare ilkesinin bütünlük gösterdiğini söylemek mümkündür⁷⁰⁰.

işyerinde fiilen çalışmadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İş sözleşmesi tanzim edilmiş olsa da işçi fiilen çalışmaya başlamadan iş sözleşmesinin kurulduğundan söz edilemez.”, TAŞKENT, İş Kanunu, s. 170.

⁶⁹⁶ GÉA, s. 273 vd., Yazara göre, iş ya da istihdam konusundaki bilimsel araştırmalar, bu kavramın belirli bir sürekliliği ve korumayı içerdiğine vurgu yapar, Aktaran: GÜZEL, Son Çare, s. 66, dn. 21.

⁶⁹⁷ GÜZEL, Son Çare, s. 66.

⁶⁹⁸ GÜZEL, Son Çare, s. 66; SÜZEK, s. 197, 198; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 146; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 63; SÜMER, s. 24; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 51, 52.

⁶⁹⁹ KAYAR, İsmail (2013), Ticaret Hukuku (B.2), Ankara, Seçkin, s. 57.

⁷⁰⁰ GÜZEL, Son Çare, s. 66, 67.

İş ilişkisinin devamını sağlayamaya yönelik güvenceler işverenin yönetim yetkisini sınırlayan çağdaş İş Hukuku anlayışına da uygun düşmektedir. Günümüzde işverenin işyeri üzerindeki yetkileri sınırsız değildir. 19'uncu yüzyılda sözleşmeler hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesi, bugün özellikle iş sözleşmeleri bakımından terk edilmiştir. Son çare ilkesi bağlamında düşünülürse, iş sözleşmesinin işveren tarafından herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın feshedilmesi mümkün değildir. Çağdaş İş Hukuku anlayışı işverenin fesih hakkını birtakım sınırlamalara tabi tutmuştur. Bütün bu sınırlamaların amacı iş sözleşmesinin devamını sağlamaya yöneliktir. Bu amaç da son çare ilkesinin meşruluk kazanmasına hizmet eder. Bu sebeple son çare ilkesinin hem sözleşme hem de işletme organizasyonu kuramından beslendiğini söyleyebiliriz. Ancak hangi kuram açısından bakılırsa bakılsın son çare ilkesinin dayandığı temel felsefe, işçi ve işveren arasındaki ekonomik dengesizliğin makul kurallar çerçevesinde giderilmesidir⁷⁰¹.

§ IV. SON ÇARE İLKESİNİN HUKUKİ TEMELİ

1. DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

Fransız ve Alman İş Hukuku'nda başlangıçta son çare ilkesinin hukuki temeline ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Bu ilke, yargı organları tarafından oluşturulmuş ve bu konudaki içtihatlar uzun bir süre uygulamaya da yön vermiştir. Daha sonra son çare ilkesi, kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. Türk İş Hukuku'nda ise son çare ilkesinin hukuki temeline ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında iş sözleşmelerinin feshinde son çare ilkesinin gözetilmesi gerektiğine ilişkin görüş birliği vardır. Bu başlık altında öncelikle son çare ilkesinin hukuki temeline ilişkin Fransız ve Alman İş Hukuku'ndaki, akabinde de Türk İş Hukuku'ndaki gelişmeler incelenecektir.

Fransız İş Hukuku'nda son çare ilkesinin uygulanmasına ilişkin ilk karar 1992 yılında verilmiştir. Daha sonraki aşamalarda ise bu ilke yargı organları tarafından istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır. Fransız Yargıtay'ı son çare ilkesinin hukuki

⁷⁰¹ GÜZEL, Son Çare, s. 67, Yazara göre, iş sözleşmesinin feshinde işverenin yönetim yetkisi ve bu yetkinin sınırlandırılması, son çare ilkesinin belirleyici özelliğini oluşturmaktadır.

temelini açıklarken dürüstlük kuralından (bonne foi) yola çıkmıştır. Yüksek Mahkeme, yasal bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde son çare ilkesini Fransız Medeni Kanunu'nun 1134'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen dürüstlük kuralına dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, ekonomik sebeplerle işçinin iş sözleşmesinin feshinin gerçek ve ciddi bir fesih kabul edilebilmesi için işçinin işyerinde başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olmaması gerekir⁷⁰².

Fransız kanun koyucusu, 19 Aralık 2001 tarihli Sosyal Modernizasyon Yasası (La Loi de Modernisation Sociale)⁷⁰³ ile Fransız İş Kodu'nun ekonomik nedenlerle işten çıkarmaları düzenleyen L.321-1'inci maddesine 3'üncü fıkra olarak son çare ilkesini eklemiştir. Bu hükme göre; ekonomik nedenlerle iş sözleşmesi feshedilmeden önce işçinin eğitimi ve başka bir işe uyumu için tüm çabalar gösterilmeli ve aynı işletmede veya bu işletmenin de bağlı bulunduğu aynı şirketler grubuna dahil başka bir işletmede, işçinin yapmakta olduğu işle aynı kategoride bulunan veya eş değerdeki başka bir işte çalışıp çalışamayacağı araştırılmalıdır. Tüm bunların mevcut olmaması halinde veya işçinin onayını almak şartıyla gerekirse daha alt kategorideki başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Görüldüğü üzere bahsi geçen maddede, işletme gereklerine dayalı fesihlerle ilgili son çare ilkesi açıkça düzenlenmiştir⁷⁰⁴.

Alman İş Hukuku'nda da son çare ilkesi öncelikle yargı kararlarında yer almıştır. Alman Federal İş Mahkemesi 1978 yılında vermiş olduğu bir ilke kararında son çare ilkesinin hem işçinin davranışları ve yetersizliğinden hem de işletme gereklerinden kaynaklanan, geçerli veya haklı sebeple yapılan tüm fesihlerde uygulanması gerektiğini, iş sözleşmesi feshedilmeden önce işçinin başka bir yerde ve

⁷⁰² GÉA, s. 268 vd., Aktaran: GÜZEL, Son Çare, s. 65, dn. 16; CENGİZ URHANOĞLU, Son Çare, s. 89.

⁷⁰³ İlgili Kanun'un Fransızca metni için bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000408905&dateTexte=20180412>, ET.: 20.01.2019.

⁷⁰⁴ GÜZEL, Son Çare, s. 68; CENGİZ URHANOĞLU, Son Çare, s. 90, Yazara göre, Fransız İş Hukuku'nda işyerinden kaynaklanan fesihlerde temel şart, meydana çıkan ekonomik sebebin işçinin işyerinde çalışmasına engel olmasıdır. Bu durumun tespiti için de iki yönlü bir araştırma yapmak gerekir. Öncelikle bahsi geçen durumun işçinin işini ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılacaktır. Daha sonra işçiyi başka şekilde çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Bu durum aynı zamanda son çare ilkesinin de uygulamasıdır.

gerekirse daha elverişsiz şartlarda çalışma imkânının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁰⁵.

Alman İş Hukuku'nda son çare ilkesi hukuki dayanağını Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun (Kündigungsschutzgesetz - KSchG.) 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasından alır. Buna göre; işverence yapılacak feshin sosyal açıdan haklı kabul edilebilmesi için fesih, işin devamını engelleyen “kaçınılmaz işyeri gerekleriyle” yapılmış olmalıdır. Feshi gerekli kılan sebeplerin bu feshi aynı zamanda sosyal açıdan da haklı kılabilmesi için “aciliyet” koşulunun varlığı gerekir⁷⁰⁶. Doktrinde, son çare ilkesine ilişkin bu düzenlemenin ölçülülük ilkesine dayandığı ileri sürülmektedir⁷⁰⁷.

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun 1'inci maddesinde son çare ilkesi çerçevesinde işverenin yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddenin 2'nci fıkrasına göre; özel hukuka tabi işletmelerde, işçinin aynı işyerinde başka bir işte veya işletmeye dahil başka bir işyerinde çalışma olanağı varsa bu yöneme başvurulmadan yapılan fesih, sosyal açıdan haklı bir fesih olarak nitelendirilemeyecektir. Bu maddeye göre, işverence yapılan feshin sosyal açıdan da haklı bir fesih sayılabilmesi için öncelikle işçinin aynı işyeri içerisinde başka bir işte veya aynı işletmeye bağlı başka bir işyerinde değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu hüküm yalnızca ekonomik sebeplerle yapılan fesihlerde değil, işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesihlerde de uygulanmaktadır⁷⁰⁸. Kamu hukukuna tabi işletmeler ve kamu kurumlarında ise

⁷⁰⁵ BAG. 30.05.1978, NJW. 1979, s. 332, 333, Aktaran: **BİRBEN**, s. 88, dn. 302; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 198.

⁷⁰⁶ **LAÇİNER**, Vedat (2005), Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları, ÇOMÜYBD., C.3, S.2, s. 151 vd.; **GÜZEL**, Son Çare, s. 69, Yazara göre, aciliyet koşulundan kasıt; feshin kaçınılmaz hale gelmesi, fesih dışındaki diğer teknik, örgütsel veya ekonomik önlemlerin işletmenin içinde bulunduğu güçlüklerin aşılmasında yeterli olmamasıdır. Aciliyet koşulu, işverenin fesih dışında alabileceği başka hiçbir önlemin kalmamasıdır. Ancak bu koşulu çok dar ve mutlak anlamda da yorumlamamak gerekir. Makul ölçüler çerçevesinde işçinin işyerindeki faaliyetinin artık gerekli olmadığı sonucuna varılabiliyorsa, yapılan fesih sosyal açıdan da haklı bir fesih olarak nitelendirilir.

⁷⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., **BİRBEN**, s. 88 vd.; **GÜZEL**, Son Çare, s. 68, 69; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 199, Yazarlara göre son çare ilkesi, ölçülülük ilkesi ile değil, onun bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesi ile aynı anlamda kullanılabilir.

⁷⁰⁸ **GÜZEL**, Son Çare, s. 69.

işçinin aynı serviste başka bir görevde veya aynı kamu kurumunun aynı çevre ve bölgedeki birimi dahil olmak üzere, aynı yerdeki başka bir servisinde (veya hizmet biriminde) çalıştırılmasının mümkün olması halinde yapılacak fesih, sosyal yönden haklı bir fesih olmayacaktır. Aynı maddeye göre, söz konusu hüküm, kabul edilebilir mesleki değişim veya işçinin onayını almak şartıyla, başka koşullara tabi olarak işçinin çalıştırılmasının mümkün olması halinde uygulanabilecektir (KSchG. § 1/2)⁷⁰⁹.

Türk İş Hukuku'nda son çare ilkesinin hukuki temeline ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman ve Fransız İş Hukuku'ndan farklı olarak son çare ilkesi Türk İş Hukuku'nda oldukça geç ortaya çıkmıştır. Ancak bu durum son çare ilkesinden ziyade iş güvencesi hükümlerinin hukukumuzda uzunca bir süre yer almamasından kaynaklanmaktadır.

Hukukumuzda iş güvencesi hükümlerine ilk kez 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte yer verilmiştir. Bu Kanun'la birlikte 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen 13/A maddesine göre; *“On veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olmayan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (f.1)”*. Görüldüğü üzere madde metninde işverenin fesih hakkı sınırlandırılmış; ancak son çare ilkesinin uygulamasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple madde metninden yola çıkarak son çare ilkesinin uygulanması gerektiğini söylemek güçtür. Ancak aynı maddenin gerekçesinde ise şu ifadelere yer verilmiştir: *“... işverenden beklenen, fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde 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*

⁷⁰⁹ İlgili Kanun'un Almanca metni için bkz., <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html>, ET.: 20.01.2019; GÜZEL, Son Çare, s. 69.

kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır”⁷¹⁰. Madde gerekçesinde yalnızca son çare ilkesine değil, aynı zamanda bu ilkenin uygulanmasına ilişkin esaslara da yer verilmiştir.

İş güvencesi hükümlerinin düzenlendiği 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde de son çare ilkesine açıkça yer verilmemiştir. Son çare ilkesi yine aynı maddenin gerekçesinde düzenlenmiştir. Gerekçede şu ifadelere yer verilmiştir: “*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*”. Bu gerekçede, 4773 sayılı Kanun’un gerekçesinden farklı olarak feshi önleyecek yöntemler sayılmamıştır. Ancak bu durum son çare ilkesi bağlamında bahsi geçen önlemlere başvurulmayacağı anlamına gelmez. Nitekim her iki gerekçe de Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’ndan esinlenilerek kaleme alınmıştır⁷¹¹.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin gerekçesinden, son çare ilkesinin yalnızca işletme gerekleriyle yapılacak fesihlerde uygulama alanı bulacağı şeklinde bir yorum çıkarılabilir. Ancak gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan fesihlerde de son çare ilkesinin uygulanması gerektiğine ilişkin görüş birliği vardır⁷¹².

⁷¹⁰ Gerekçe, 4773 sayılı Kanun m.2.

⁷¹¹ GÜZEL, Son Çare, s. 70, 71.

⁷¹² GÜZEL, Son Çare, s. 71; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 290; SÜZEK, s. 594; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 491, 492; KAR, s. 165, 166; TULUKCU, s. 248; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 173; BAŞTERZİ, s. 58; Y. 9. HD., 24.10.2018, 7411/16468, “Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.”; Y. 9. HD., 02.04.2018, 2017/22597, 2018/7248, “İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. Özellikle işçinin davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise feshe son çare olarak bakılması işverenden beklenmemelidir.”; Y. 22. HD., 19.11.2018, 14827/24725; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 20.01.2019.

Yukarıda bahsedilen düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere hukukumuzda son çare ilkesine doğrudan değinen herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak bu durum Türk İş Hukuku'nda son çare ilkesinin hukuki temelini bulunmadığı anlamına gelmez. Feshin yargısal denetiminde son çare ilkesine uyulup uyulmadığı yargı organı tarafından incelenmek zorundadır. Bu ilke gereğince işveren, iş sözleşmesini feshetmeden önce işçinin başka bir işte çalıştırılması veya mesleki eğitimlerle yeni bir işe uyum sağlaması gibi tüm seçenekleri değerlendirmelidir. Bu seçeneklerden bir sonuç elde edilemezse, feshe son çare olarak başvurulmalıdır. Aksi takdirde yapılan fesih işlemi geçersiz sayılacaktır.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde son çare ilkesine yer verilmesi de bu ilkenin hukuki temeli aslında TMK. m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı, bütün hakların kullanımında uyulması gereken temel bir hukuk prensibidir. Pozitif hukukun bütün meseleleri en küçük ayrıntısına kadar düzenlemesine imkân bulunmamaktadır. İşte bu noktada TMK. m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı devreye girer⁷¹³.

2. TÜRK HUKUKU'NDAKİ GÖRÜŞLER

Son çare ilkesinin Türk İş Hukuku'nda yasal bir dayanağı bulunmadığı için, bu ilkenin hukuki temeline ilişkin doktrin görüşleri önem kazanmıştır. Türk İş Hukuku'nda ileri sürülen görüşler genel olarak son çare ilkesinin hukuki dayanağını “*dürüstlük kuralı*” çerçevesinde ele alır. Ancak bu ilkenin hukuki dayanağına ilişkin farklı görüşler de mevcuttur.

SÜZEK'e göre iş güvencesini temel alan bir hukuk sisteminde sözleşmeye bağlılık esas, sözleşmenin feshi ise istisnadır. Başka bir deyişle iş güvencesi sisteminin özünde iş ilişkisinin varlığının korunması ve feshe ancak son çare olarak başvurulması düşüncesi yatar. Bu bakımdan son çare ilkesinin hukuki dayanağı

⁷¹³ OĞUZMAN/BARLAS, s. 219; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 167, Yazarlara göre, dürüst davranmanın esas fonksiyonu, hukuk kurallarının genel, donmuş ve soyut kurallar olmasından doğan sertliği yumuşatmaktır; GÜZEL, Son Çare, s. 71, 72, Yazara göre, İşK. m.18'de son çare ilkesine yer verilmesi bile konu ile ilgili yasal bir boşluk olduğundan hâkim, TMK. m.1 hükmünü uygulayacak ve bu yasal boşluğu dolduracaktır. Hâkim bu hükmü uygularken yasama çalışmalarından ve özellikle de madde gerekçesinden faydalanacaktır. Bu sebeple İşK. m.18'in gerekçesinde yer alan son çare ilkesine ilişkin açıklamalar da belirleyici olacaktır.

TMK. m.2’de düzenlenen “*dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık (ahde vefa)*” ilkesidir. Bu kural gereğince, dürüst ve makul bir işveren, iş sözleşmesini feshetmeden önce sözleşmenin devamlılığını ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini sağlayacak bütün çabayı göstermelidir. Bu çaba ise iş ilişkisinin devamlılığı için öngörülen tüm yöntemlerin denenmesi ve son çare olarak feshe başvurulması halinde mümkündür⁷¹⁴.

EKONOMİ ise son çare ilkesinin uygulanabilmesi için yasal bir düzenlemeye gerek olmadığını, bu ilkenin “*iş güvencesinin temel amacından yola çıkılarak*” uygulanabileceğini belirtmiştir⁷¹⁵.

ÇELİK, İş Kanunu’nda düzenlenmemiş olsa bile son çare ilkesinin ve bu ilkeyi şekillendiren esasların bilimsel ve yargısal içtihatlarla ortaya konulması gerektiğini, “*ölçülülük ilkesi ve dürüstlük kuralının*” son çare ilkesinin hukuki temelini oluşturduğunu savunmaktadır⁷¹⁶.

Bir görüşe göre de son çare ilkesinin hukuki dayanağı TMK. m.2’de düzenlenen “*dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılma yasağı*”dır. Son çare ilkesine uyulmadan yapılan fesihlerde işçi, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ileri sürerek mahkemeden feshin geçersizliğinin tespitini talep edebilecektir⁷¹⁷.

GÜZEL, son çaresine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen TMK. m.2’den yola çıkarak iş sözleşmelerinin feshinde son çare ilkesine uygun davranıp davranılmadığının denetlenmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, bu ilkenin temelinde “*dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık*” ilkeleri yatar. Ancak yazar, İşK. m.18’de son çare ilkesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasını yasal bir boşluk olarak nitelendirmiş ve bu boşluğun TMK. m.1 uyarınca hâkim tarafından

⁷¹⁴ SÜZEK, s. 593, 594.

⁷¹⁵ EKONOMİ, İş Güvencesi, s. 23.

⁷¹⁶ ÇELİK, Nuri (2013), İş Hukuku Dersleri (B.26), İstanbul, Beta, s. 247, 248; Aynı yönde bkz., ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 491, Yazarlar, son çare ilkesinin hukuki temelini açıklarken ölçülülük ilkesinden yola çıkmış ve fesih sebebi araştırılırken ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelerinin bir arada bulunması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu alt ilkeler arasında en önemli olan ilke ise gereklilik ilkesidir ve son çare ilkesi aslında gereklilik ilkesine dayanmaktadır.

⁷¹⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 174.

doldurulması gerektiğini belirtmiştir. Hâkim bu boşluğu doldururken İşK. m.18'in gerekçesinden de yararlanabilecektir. Gerekçede de kanun koyucu son çare ilkesinin uygulanmasına ilişkin iradesini açıkça ortaya koymuştur⁷¹⁸.

KAR, son çare ilkesinin iş güvencesinin amacından kaynaklandığını, işçinin işinin ekonomik ve sosyal bakımdan güvence altına alınmasını amaçlayan iş güvencesi sisteminde, feshe en son çare olarak başvurulması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre son çare ilkesi, ölçülülük ilkesinin tipik bir unsurunu oluşturmaktadır⁷¹⁹.

ALP, son çare ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde uygulanabilmesi için yasal bir dayanağa ihtiyaç olmadığını, bu ilkenin doğrudan iş güvencesinin ana fikrinden kaynaklandığını, iş güvencesi sisteminin ana fikrinin de fesih özgürlüğünün sınırlandırılması ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin yollarının aranması olduğunu belirtmiştir⁷²⁰.

Bir diğer görüş ise son çare ilkesine İşK. m.18'in gerekçesinde yer verildiğini, bu sebeple iş sözleşmelerinin feshinde son çare ilkesine uygun hareket edilip edilmediğinin gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷²¹.

Hukukumuzda son çare ilkesinin açıkça düzenlenmemiş olması bu ilkenin hukuki temeline ilişkin çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Kanaatimizce son çare ilkesinin hukuki temeli tespit edilirken öncelikle bu ilkenin yasal bir zemine oturtulmasının mümkün olup olmadığı irdelenmelidir. Şayet bu ilkeye dayanak teşkil eden herhangi bir kanun hükmü yoksa, bu durumda iş güvencesi sisteminin amacı ve kanun koyucunun iradesini yansıtan İşK. m.18'in gerekçesi gündeme gelecektir. Ancak Türk İş Hukuku'nda son çare ilkesinin yasal zeminine ilişkin herhangi bir boşluk olduğunu düşünmemekteyiz. Nitekim TMK. m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı, son çare ilkesinin de hukuki temelini oluşturmaktadır. Bu hüküm gereğince fesih hakkını kullanan işveren, dürüstlük

⁷¹⁸ **GÜZEL**, Son Çare, s. 71, 72; Aynı yönde bkz., **ORAL**, s. 268, Yazara göre, bu ilke yasada düzenlemese bile TMK. m.1'e göre hâkim yasal bir boşluğun varlığı halinde yasama çalışmalarından ve özellikle madde gerekçelerinden yararlanarak son çare ilkesini uygulamalıdır.

⁷¹⁹ **KAR**, s. 165.

⁷²⁰ **ALP**, Karar İncelemesi, s. 57.

⁷²¹ **AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN**, s. 178.

kurallarına uygun davranmalı ve fesih hakkını açıkça kötüye kullanmamalıdır. İşveren, iş sözleşmesini feshetmeden önce sözleşmenin devamı için gereken tüm seçenekleri denemeli, feshe son çare olarak başvurulmalıdır. Kısacası fesih, işveren için kaçınılmaz olmalıdır. İşveren, üzerine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen fesihten kaçınmıyorsa, artık dürüstlük kuralına aykırı ve geçersiz bir fesihten de söz edilemeyecektir.

3. YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde hukukumuzda iş güvencesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu sebeple Yargıtay'ın son çare ilkesinin hukuki temelini açıklayan bir içtihadı da mevcut değildi. Yargıtay, son çare ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde dikkate alınması gerektiğine ilişkin ilk kararını 08 Temmuz 2003 tarihinde vermiştir. Bahsi geçen karara göre; talep ve sipariş azalması, ekonomik kriz vs. gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesi feshedilmeden önce fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin onayını almak şartıyla çalışma süreleri kısaltılmalı, yapılan iş zamana yayılmalı, kısaca feshe son çare olarak başvurulmalıdır⁷²².

Yargıtay güncel kararlarında iş sözleşmelerinin feshinde yalnızca son çare ilkesinin dikkate alınması gerektiğine değil, aynı zamanda bu ilkenin uygulanma esaslarına da yer vermektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; *"İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış imkanlarının azalması, talep ve sipariş azalması, ... sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini imkansız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir. 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*

⁷²² Y. 9. HD., 08.07.2003, 12242/13123, **BİRBEN**, s. 90.

yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihden kaçınma imkanlarını kullanması, kısaca feshe son çare olarak bakması gerekir”⁷²³.

Yargıtay, son çare ilkesinin hukuki temeline ilişkin herhangi bir açıklama getirmemiştir. Yüksek Mahkeme, son çare ilkesini iş güvencesi sisteminin bir parçası olarak görmekte ve feshin yargısal denetiminde bu ilkeyi uygulamaktadır. Son çare ilkesinin uygulanmasında Yargıtay’ın hareket noktası İşK. m.18’in gerekçesidir. Ancak Yargıtay’ın kanun gerekçesinden hareketle son çare ilkesini yasal bir zemine oturtmaya çalışması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁷²⁴.

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNİ SINIRLANDIRAN KANUN HÜKÜMLERİ VE SON ÇARE İLKESİ

4.1. 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Düzenlemeler

Kanun koyucu iş sözleşmesinin feshini sınırlandıran birtakım düzenlemelere yer vermiştir. Bu düzenlemelerde son çare ilkesinin uygulanmasına ilişkin doğrudan bir hüküm yer almamakla birlikte, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda son çare ilkesine ne derecede önem verildiğinin irdelenmesi gerekir.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilirken işverenin, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Madde metni incelendiğinde kanun koyucunun üç grup geçerli sebebe yer verdiği; ancak bu geçerli sebeplerin neler olduğuna ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapmaktan kaçındığı görülecektir. Kanaatimizce kanun koyucunun bu yaklaşımı

⁷²³ Y. 22. HD., 29.05.2018, 4636/13333; Aynı yönde bkz.; Y. 22. HD., 03.05.2018, 3692/10517; Y. 22. HD., 13.03.2018, 2431/6569; Y. 9. HD., 28.11.2017, 2016/31276, 2017/19166; Y. 9. HD., 27.11.2017, 2016/31457, 2017/19127; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 20.01.2019.

⁷²⁴ **BİRBEN**, s. 92, Yazara göre Yargıtay’ın, feshin son çare olması gerektiğini belirtmekle birlikte bu ilkenin dayanağı konusunda herhangi bir açıklama getirmemesi, genellikle kanun gerekçesine atıf yapmakla yetinmesi belirsizliğe yol açtığından, hukuki güvenlik ve açıklık ilkesi ile bağdaşmaz. Oysaki, özel hukuka ilişkin bir sorun, esasen kamu hukukuna ilişkin bir prensip yardımı ile çözülüyorsa (ölçülülük ilkesi), bunun hukuki dayanağının da açıklanması gerekir. Yasa gerekçesine yollama yapmak veya önceki içtihatlarla yapılan atıflar hukuki bir gerekçelendirme sayılmaz.

isabetlidir. Nitekim geçerli sebeplerin tek tek sayılması, karmaşık ilişkilerin hâkim olduğu çalışma yaşamında başka problemleri beraberinde getirebilir. Ayrıca kanun koyucu 18'inci maddede yalnızca işverenin geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğunu belirtmiş; ancak bu sebebin ağırlığı konusunda herhangi bir açıklama yapmamıştır. Madde hükmünden yola çıkarak geçerli sebeplerin hangi durumlarda iş sözleşmesinin feshine yol açacağı anlaşılmamaktadır⁷²⁵. Dolayısıyla geçerli sebeplerin iş sözleşmesinin feshini “*gerekli kılması*” ya da “*feshin kaçınılmaz olması*” gibi hususlar tamamen yargı organının takdirine bırakılmıştır⁷²⁶. Oysa model olarak alınan Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun 1’inci maddesinde, “*kaçınılmazlık (aciliyet)*” ve “*iş sözleşmesinin feshini gerektirme*” gibi koşullar ayrıca düzenlenmiştir. İş Kanunu’nda ise bu hususa, 18’inci maddenin gerekçesinde son çare ilkesi bağlamında yer verilmiştir. Ancak gerekçedeki ifadenin kanun metninin lafzına bağlı kalınarak anlaşılması mümkün değildir⁷²⁷.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde son çare ilkesine açık bir şekilde yer verilmemekle birlikte bu ilke tamamen dışlanmış da değildir. Kanun koyucu 18’inci maddede soyut ifadeler kullanarak bu maddenin içinin doldurulması ve yorumlanmasını yargı organına bırakmıştır. Uygulamada geçerli sebep teşkil edecek durumların ağırlığı yargı organı tarafından tayin edilecektir. Yargı organı, bu belirlemeyi yaparken genel hukuk prensiplerinden, ölçülülük ilkesinden, dürüstlük

⁷²⁵ **BİRBEN**, s. 96, 97, Yazara göre, kanunda yer alan “*kaynaklanan*” sözcüğüne bakılarak ölçülülük ilkesinin (ve dayanağını bu ilkedan alan son çare ilkesinin) anlaşılması mümkün olmayıp, bu sözcük iş sözleşmesinin feshinde aranan geçerli sebebin işletme gerekleri, işçinin davranışları ve yeterliliğinden doğabileceğine işaret etmekle yetinmektedir. Yine madde metninde yer alan “*dayanmak zorundadır*” ifadesi yalnızca işveren bakımından UÇÖ.’nün 158 sayılı Sözleşmesi’ne uygun olarak geçerli bir sebebe dayalı iş sözleşmesinin feshedilebileceği esasını, daha doğrusu işveren bakımından böyle bir yükümlülüğü hüküm altına almaktadır. Dolayısıyla bu hükümden yola çıkarak fesih için aranan sebeplerin ağırlık bakımından feshi zorunlu kılmaları gerektiğine dair bir işaret bulmak mümkün değildir.

⁷²⁶ **GÜZEL**, Karar İncelemesi, s. 163, Yazara göre, İş Kanunu’nun iş güvencesini düzenleyen 18’inci maddesinin 1’inci fıkrası, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde geçerli sayılan sebepleri, “*işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan*” sebepler biçiminde belirlemiştir. Ancak, bu belirleme çok soyut kalmakta; söz konusu sebeplerin somut anlam ve kapsamalarının ortaya konulması, örneğin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi koşullarda geçerli sebep sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerden sayılacağı ise ancak yargı kararları ve doktrin görüşleriyle zaman içinde belirlenebilecektir.

⁷²⁷ **BİRBEN**, s. 96.

kuralından ve madde gerekçesinden yola çıkacaktır. Temelini dürüstlük kuralından alan son çare ilkesi, 18'inci maddenin somutlaştırılmasında önemli bir dayanak noktasıdır. Bu sebeple feshin yargısal denetimini yapan mahkeme, yalnızca geçerli sebeplerin varlığını değil, bu sebeplerin feshi kaçınılmaz kılıp kılmadığını da inceleyecektir⁷²⁸.

Son çare ilkesi açısından önem arz eden bir diğer hüküm ise İşK. m.19/2'dir. Bu hükümde; hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili sebeplerle feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak işverenin, İşK. m.25/1-II'de düzenlenen fesih hakkı saklıdır. Doktrinde bu hüküm, feshin geçerlilik şartları bakımından ele alınmaktadır. Buna göre işçinin davranışları veya verimi ile ilgili sebeplerden ötürü iş sözleşmesi feshedilecekse işveren, öncelikle işçinin savunmasını almak zorundadır. Aksi takdirde fesih geçersiz sayılacaktır⁷²⁹. Bu hükmün son çare ilkesine doğrudan hizmet ettiği söylenemez. Her ne kadar anılan hüküm, geçerli fesih hakkının doğrudan kullanımını sınırılıyor gibi görünse de esasında uyulmaması halinde feshin geçersizliği sonucunu doğuran yalnızca usule ilişkin bir düzenlemedir⁷³⁰.

Son çare ilkesinin uygulanmasına örnek teşkil eden bir diğer hüküm ise İşK. m.25/1-II-h hükmüdür. İş Kanunu'nun 25'inci maddesinde işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu hükümde kural olarak son çare ilkesinin varlığına rastlanılmamaktadır. Ancak aynı maddenin 1'inci fıkrasının II numaralı

⁷²⁸ **BİRBEN**, s. 97 vd., Yazara göre, ölçülülük ilkesi ve buna bağlı olarak son çare ilkesinin yasada açıkça düzenlenmemesi isabetli bir seçim değildir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda olduğu gibi İş Kanunu'nda da hem işletme gerekleri sebebiyle hem de işçiden kaynaklanan sebeplerle yapılan fesihlerde, fesih sebebinin feshi gerekli kılacak ağırlıkta olup olmadığına açıkça yer verilmelidir. Bu bakımdan işçinin işverene ait aynı veya başka bir işyerinde aynı veya değişen şartlarda çalıştırılmasının mümkün bulunması halinde işverene öncelikle bu boş çalışma yerini işçiye teklif etme yükümlülüğü getirilmeli, işçinin bu teklifi kabul etmesine rağmen yapılan fesih geçersiz kabul edilmelidir. Yapılması gereken ayrı bir hükümle İş Kanunu'nun 18'inci maddesi ve 22'nci maddesi arasında doğrudan bir bağlantı kurulmasıdır. Ayrıca işçinin davranışları sebebiyle yapılan fesihlerde, işçinin fesihten önce uyarılmasının gerektiği, aksi halde yapılan feshin geçersiz olacağı da açık bir şekilde düzenlenmelidir.

⁷²⁹ **SÜZEK**, s. 603; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 292, 293; **KAR**, s. 136; **TULUKCU**, s. 275, 276.

⁷³⁰ **BİRBEN**, s. 100, 101, Yazara göre anılan hüküm, Devlet Memurları Kanunu'nun 130'uncu maddesinde memurlara tanınan hakkın, UÇÖ.'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 7'nci maddesine uygun olarak İş Kanunu ile işçilere de tanınmasından ibarettir.

bendinin “h” alt bendine göre; “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” durumunda iş sözleşmesi işveren tarafından haklı sebeple ve derhal feshedilebilir. Burada bahsi geçen “hatırlatıldığı halde” ve “yapmamakta ısrar etmesi” ifadeleri son çare ilkesi açısından anlamlıdır. Bu hüküm kapsamında işçinin yapmakla yükümlü olduğu bir işi yapmaması üzerine öncelikle bu görev kendisine hatırlatılmalıdır. Hatırlatmaya rağmen işçi görevini yapmamakta direnirse, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Ancak işverene, hatırlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden doğrudan fesih imkânı tanınmamıştır. Ayrıca 1475 sayılı İş Kanunu’nda yer alan düzenlemeden farklı olarak, İşK. m.25/1-II-h’de işçinin kendisine hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta “ısrar etmesi” koşuluna yer verilmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu’nda ise ısrar şartı aranmamakta, hatırlatma üzerine işçinin görevini yapmaması, haklı nedenle derhal fesih için yeterli görülmekteydi⁷³¹. Kanun koyucu bahsi geçen hükümle, son çare ilkesini somutlaştırmıştır⁷³².

Yukarıda bahsedilen örneklerden de anlaşılacağı üzere son çare ilkesi, yalnızca dayanağını TMK. m.2’deki dürüstlük kuralından alan, soyut ve uygulanması güç bir ilke değildir. İş Kanunu’nda yer alan bazı hükümlerde son çare ilkesinin pozitif düzenlemelere yön verdiğini söylemek mümkündür. Kanun koyucu kimi zaman işverene birtakım yükümlülükler getirerek, kimi zaman da ilkenin yorumlanmasını ve içinin doldurulmasını yargı organının takdirine bırakarak son çare ilkesinin somutlaştırılmasına imkân sağlamıştır.

4.2. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Düzenlemeler

Türk Borçlar Kanunu’nun 435’inci maddesinde genel hizmet sözleşmesinin haklı sebeplerle derhal fesih hali düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır (f.1). Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır (f.2)*”.

⁷³¹ Gerekçe, İşK. m.25.

⁷³² **BİRBEN**, s. 102, Yazara göre bu hüküm, aynı zamanda işçinin davranışları nedeniyle yapılan bildirimli fesihlerde “uyarı” kurumunun uygulanmasının da temelini teşkil etmektedir.

Madde metninde hangi sebeplerin haklı sebep teşkil edeceği sınırlı bir biçimde sayılmamış, yargı organının takdirine bırakılmıştır. Hizmet ilişkisini sürdürmenin dürüstlük kurallarına göre mümkün olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir⁷³³. Dolayısıyla işçi ve işveren arasındaki menfaat çatışmasının hâkim tarafından çözülmesi gerekir. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken, işveren tarafından ileri sürülen sebebin, sözleşmeyi derhal sona erdirecek ağırlıkta olup olmadığını tespit edecektir. İşte bu noktada hâkimden beklenen, işverenin son çare ilkesine uygun hareket edip etmediğini de belirlemesidir.

Madde metninde “dürüstlük kuralı” ve “beklenmezlik ilkesi”ne açıkça yer verilmiştir. Son çare ilkesi hukuki temelini dürüstlük kuralından aldığı için işverenin TBK. m.435’e göre derhal fesih hakkını kullanırken son çare ilkesini gözetip gözetmediği de hâkim tarafından incelenmelidir. Yine beklenmezlik ilkesi, son çare ilkesiyle iç içe geçmiş ve son çare ilkesini tamamlar nitelikte bir prensiptir. Bu ilkeye göre, hizmet ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenmez hale gelmesi için işverenin fesihten önce bütün seçenekleri tüketmiş olması gerekir. İşveren, son çare olarak feshe başvurmalıdır. Bu sebeple TBK. m.435’in uygulanmasında son çare ilkesinin gözetilmesi kanuni bir zorunluluktur.

§ V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE SON ÇARE İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ VE SINIRLARI

1. ARAÇ VE AMAÇ İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA SON ÇARE İLKESİ

Son çare ilkesinin uygulanması bakımından önem arz eden husus işverenin fesihle güttüğü amacın belirlenmesidir. Bu belirleme yapılmadan fesihten daha hafif tedbirlerin ortaya konulması mümkün değildir. Başka bir deyişle, işverenin fesihle neyi amaçladığı tespit edilirse son çare denetiminin yapılması da o ölçüde kolaylaşır.

Son çare ilkesi, genellikle ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan gereklilik ilkesi ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Gerçekten de her iki ilkede de işverenin fesihten daha hafif bir tedbiri değerlendirip değerlendirmedeği araştırılır. Fesihle izlenen amaca daha hafif bir araçla da ulaşılabiliriyorsa, iş sözleşmesinin feshi gerekli değildir ve son çare ilkesine de aykırıdır. Bu sebeple işverenin fesihle güttüğü

⁷³³ YAVUZ, s. 959.

amacın belirlenmesine ilişkin ölçülülük ilkesi başlığı altında yaptığımız açıklamalar son çare ilkesi için de geçerlidir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde amaç, işçinin kişisel özellikleri veya iş görme ediminin ifası için gerekli olan niteliklere artık sahip olmaması sebebiyle ekonomik açıdan sürdürülmesi imkânsız hale gelen iş ilişkisine son verilmesidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde ise işverence izlenen amaç, iş sözleşmesinin işçi tarafından yeniden ihlal edilmesi rizikosundan kaçınmak, güven ilişkisinin sarsıldığı iş sözleşmesine son vermektir. İşletme gereklerine dayalı fesihlerde, işyerindeki mevcut işçi sayısının ekonomik, teknolojik veya yapısal sebeplerle işyerinin ihtiyacı olan kapasiteyle uyumlu hale getirilmesi amaçlanır⁷³⁴.

Bu belirleme yapıldıktan sonra işverenin amacından sapması, fesihle ulaşmak istediği sonuca başka bir şekilde ulaşması için feshe seçenek oluşturan önlemlerin tespiti gerekir. Feshe seçenek oluşturan önlemler her fesih sebebi ve somut olay bakımından değişmekle birlikte, son çare ilkesi tüm fesih sebeplerinde uygulanması gereken temel bir ilkedir.

2. SON ÇARE İLKESİ KAPSAMINDA FESHE SEÇENEK OLUŞTURAN ÖNLEMLER

2.1. Genel Olarak

Son çare ilkesi gereğince iş sözleşmelerinin feshinde yalnızca geçerli sebebin varlığı değil, aynı zamanda işverenin sözleşmenin devamını sağlamak için her türlü önlemi alıp almadığı da araştırılır. Ancak son çare ilkesinin uygulanabilmesi için öncelikle ortada fesih için geçerli bir sebebin varlığı gerekir. İşveren tarafından yapılan fesih geçerli bir sebebe dayanmıyorsa, son çare denetimi yapmanın da bir anlamı yoktur⁷³⁵.

Son çare ilkesi bağlamında yapılacak yargısal denetim feshe seçenek oluşturan önlemlerin belirlenmesini de zorunlu kılar. Ancak bu önlemlerin kanun koyucu

⁷³⁴ KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, Ultima-Ratio, s. 188.

⁷³⁵ TULUKCU, s. 249; Aksi görüş için bkz., GÜZEL, Son Çare, s. 72, Yazara göre, mahkemece öncelikle İşK. m.20/1 kapsamında son çare ilkesi yönünden bir denetim yapılmalıdır. İkinci aşamada ise işverence ileri sürülen sebebin somut olay bakımından geçerli bir sebep teşkil edip etmediği incelenmelidir.

tarafından tek tek tespiti mümkün değildir. Her somut olayın özelliğine göre farklı bir önlemin uygulanması gündeme gelebilir. Bu sebeple konuya ilişkin temel esasların belirlenmesi ve feshe seçenek oluşturan, iş sözleşmesinin devamını sağlamaya yönelik işverence alınması gereken başlıca önlemlerin açıklığa kavuşturulması şarttır⁷³⁶.

Son çare ilkesi gereğince yapılacak yargısal denetimin temelinde işverenin keyfi davranışlarının önlenmesi ve iş ilişkisinin sürekliliğinin korunması amacı yatar. Ancak yargısal denetim, işverenin yönetim hakkının özüne dokunacak, bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte de olmamalıdır. İşletmenin ekonomik geleceği için işverenin karar alma serbestisi gözetilmelidir. Bu sebeple genel ve soyut formüllerden arınmış bir denetim sisteminin oluşturulması önem arz etmektedir. Bu sistem uygulanırken, işverenin keyfi kararları ve yönetim yetkisi arasında hassas bir dengenin kurulması gerekir. Bu dengeyi sağlamak hâkimin görevidir⁷³⁷.

Son çare ilkesi uygulanmadan önce kanunda feshe alternatif herhangi bir önlem bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Kanun koyucu bazen bu ilkenin uygulanmasına gerek kalmaksızın alternatif tedbiri kendisi belirlemiş olabilir. Diğer bir deyişle kanunda feshe alternatif olacak başka bir tedbirin varlığı halinde bu hususun dikkate alınması son çare ilkesinin değil, bizatihi normun kendisinin uygulanmasıdır. Zira kanunda konuya ilişkin bir düzenleme varsa genel hukuk prensiplerine başvurmaya gerek yoktur⁷³⁸.

Son çare ilkesi gereğince işverenden aşırı bir maliyet gerektiren, ağır külfet doğuran önlemler alması beklenmez. İşveren makul sınırlar çerçevesinde iş ilişkisinin devamını sağlayacak önlemleri alabilir. Ancak bu önlemlerin işvereni ekonomik yönden sıkıntıya sokması son çare ilkesinin amacı ile bağdaşmaz⁷³⁹.

⁷³⁶ GÜZEL, Karar İncelemesi, s. 177.

⁷³⁷ GÜZEL, Son Çare, s. 72, 73.

⁷³⁸ BİRBEN, s. 113.

⁷³⁹ GÜZEL, Son Çare, s. 69; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 178; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 173.

2.2. İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesihlerde Feshe Seçenek Oluşturan Önlemler

2.2.1. Genel Olarak

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde amaç, iş görme ediminin kısmen veya tamamen yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması halinde işveren açısından katlanılmaz hale gelen iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir. Bu tür fesihlerde, işçi işe uygunluğunu objektif olarak kaybetmiştir. İş sözleşmesi yapılırken kararlaştırılan iş görme edimi ile işçinin halihazırdaki nitelikleri arasında açık ve sürekli bir uyumsuzluk meydana gelmiştir⁷⁴⁰.

Yetersizlikten kaynaklanan sebepler bizzat işçinin şahsıyla alakalıdır. Bu fesih sebebinin ayırt edici özelliği işçinin işe elverişliliğini yitirmesidir. Ayrıca işçinin şahsında meydana gelen bu elverişsizlik sürekli olmalıdır. Yetersizliğe dayalı iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işverenin işletme ile ilgili menfaatlerinin önemli ölçüde zarar görmüş olması gerekir. Yetersizlik sebepleri işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkilemeli ve bu olumsuzluk somut olarak tespit edilebilir hale gelmiş olmalıdır⁷⁴¹.

Yetersizliğe dayalı fesihlerde aranan bir diğer şart ise işverenin geleceğe yönelik olumsuz tahminidir. İşveren, geçmişteki tecrübelerinden yola çıkarak yetersizliğe yol açan sebeplerin gelecekte de devam edeceğine ilişkin bir öngörü yürütmektedir. İşveren, işçinin iş görme edimini sürekli olarak yerine getiremeyeceğine ilişkin bu öngörüsünü ispatlayabilirse iş sözleşmesinin feshi gündeme gelecektir. Ancak bunun için işçinin başka bir şekilde çalıştırılmasının mümkün olmaması gerekir⁷⁴².

⁷⁴⁰ BİRBEN, s. 301; ALP, Karar İncelemesi, s. 59.

⁷⁴¹ BİRBEN, s. 302.

⁷⁴² KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 211 vd.; MANAV, s. 172 vd.; KAR, s. 164, Yazara göre, olumsuz tahmin ilkesinin temel amacı, geleceğe ilişkin olarak iş ilişkisinin devamını engelleyecek nedenlerin ortadan kaldırılmasıdır; Y. 9. HD., 24.05.2017, 2016/13884, 2017/8801, “Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenle feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörü şart kılmalıdır (olumsuz öngörü ilkesi). Kısaca işçinin yetersizliğinin geçerli neden olması için, bu yetersizliğinin gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin kanıtlanması gerekir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 22.01.2019.

Bazı durumlarda işçinin iş görme edimini yerine getirmesi geçici olarak ortadan kalkmış olabilir. Böyle durumlarda işverenden beklenen birtakım alternatif tedbirlere başvurarak işletmenin içinde bulunduğu durumun atlatılmasını sağlamaktır⁷⁴³. İşverence başvuru bu tedbirlerin feshe kıyasla daha hafif tedbirler olduğu noktasında şüphe bulunmamaktadır. Bu uygulamanın işverenden beklenmesi için başvuru tedbirlerin en az fesih kadar işverenin izlediği amaca hizmet etmesi gerekir. Ancak burada çözümlenmesi gereken sorun, feshe seçenek oluşturan tedbirler ile feshin aynı derecede etkili olmasının gerekip gerekmediğidir. Bu sorunun çözümü son çare ilkesi bakımından önemlidir. Nitekim feshin ve diğer tedbirlerin eşdeğer olması gerektiğine dair bir yorum yapılırsa, feshe seçenek oluşturan tedbirlerin neredeyse tamamı uygulama dışı kalacaktır. Çünkü alternatif tedbirlerin hiçbirisi fesihle mutlak anlamda eşit bir etkiye sahip değildir. Son çare ilkesi bakımından esas alınacak ölçü ise “*katlanılabilirlik*” ölçüsüdür. Buna göre feshe seçenek oluşturan tedbirler, fesihle eş değer olmasa bile işverenin izlediği amaca ulaşmasında etkili ve katlanılabilir nitelikteyse, alternatif tedbir olarak değerlendirilmesi gerekir⁷⁴⁴.

2.2.2. Uyarı (İhtar) Verme

İş sözleşmesinin feshinden önce işçinin uyarılması gerektiği gerek doktrinde gerekse Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁷⁴⁵. İşçinin uyarılmasına ilişkin İş Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, iş sözleşmesinin feshinden önce yapılan uyarı TMK. m.2 gereğince dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilir. Uyarı, feshe alternatif oluşturan daha hafif bir tedbir olduğu için uyarı neticesinde işçinin yetersizliği sonucunu doğuran sebep ortadan kalkacaksa, iş sözleşmesinin feshine başvurulamaz. Aksi halde yapılan fesih son çare ilkesine aykırı olduğu için geçersiz sayılacaktır.

⁷⁴³ KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, Ultima-Ratio, s. 202, 203.

⁷⁴⁴ BİRBEN, s. 304, Yazara göre, alternatif tedbirler bakımından kanun koyucunun tercihlerine aykırı düşmediği ölçüde bir “*katlanılabilirlik*” denetiminin yapılması uygun olur. Böylece, ancak bu denetimden sonra sözü edilen araçların feshi önlemlerinin mümkün olup olmadığı belirlenebilir.

⁷⁴⁵ SÜZEK, s. 599; KAR, s. 129 vd.

Yargıtay, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, uyarı yapılmadan iş sözleşmesinin feshedilmesinin son çare ilkesine aykırı olduğu görüşündedir⁷⁴⁶. Ancak doktrinde hâkim görüş, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih sebeplerinin işçi tarafından değiştirilmesinin mümkün olmadığını, bu tür sebeplerin işçinin iradesiyle meydana gelmediğini bu nedenle de fesihten önce uyarıda bulunmanın anlamsız olduğunu savunmaktadır⁷⁴⁷.

Kanaatimizce işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bazı fesih sebeplerinde son çare ilkesi gereğince uyarı yapılması gerekir. Nitekim yetersizlikten kaynaklanan fesih sebeplerinin tek tek sayılması mümkün olmadığı için kanun koyucu bu görevi yargı organının takdirine bırakmıştır. Bu sebeple yetersizlikten kaynaklanan tüm sebeplerin işçinin iradesi dışında gerçekleştiği ve ihtaraya gerek olmadığı yönündeki görüşe katılmıyoruz. Örneğin, performansla dayalı fesihlerde işçinin fesihten önce uyarılması, performansının düzelmesi sonucunu doğurabilir. Buna karşılık uyarı şartı, yalnızca değişme ihtimali bulunan durumlarda anlam kazanır. Uyarı neticesinde işçinin niteliklerinde herhangi bir değişim olması mümkün değilse, uyarıda bulunulmasına da gerek yoktur⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Y. 9. HD., 23.10.2017, 14784/16301, “Dosya içeriğine göre, davacıya performansını iyileştirmesi için eğitim, yönetici görevlendirilmesi, bire bir iletişim kurulması gibi şirket içi fesih öncesi tedbire başvurulmadığı görülmüştür. Bunun yanı sıra, performansta düşme eğilimi görülse bile, ilk akla gelen çözüm personelin iş akdini feshetmek olmamalıdır. Yapılması gereken, personele gerekli destekler sağlanmak ve varsa eksiklikler giderilmek suretiyle mevcut durumun düzeltilmesi için fırsat tanımaktır. İş akdini feshetmek son çare olmalıdır. Davalı işverenin fesih öncesi tedbire başvurmadan fesih yoluna gitmesi hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.”; Y. 9. HD., 18.12.2014, 24745/38593; www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 22.01.2019.

⁷⁴⁷ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 31 vd., Yazarlara göre, işçinin yetersizliği ve işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle yapılacak fesihlerde, işçi fesih nedeni olan vakıyı ortadan kaldıramaz, bertaraf edemez. Bu sebeple ihtaraya gerek yoktur; **BİRBEN**, s. 301, Yazara göre, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde işçi, işe olan elverişliliğini yitirmiştir. İşçi, bu durumu ortadan kaldırmak istese de bunu gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bu özelliği nedeniyle yetersizlikten kaynaklanan fesih türünde işçinin önceden uyarılmasına gerek bulunmamaktadır; **ALP**, Karar İncelemesi, s. 59, Yazara göre, yetersizlikten kaynaklanan fesihlerde işverenden işçiyi yeteneklerine uygun başka bir işte çalıştırması beklenebilir; ancak fesihten önce işçiye bir uyarıda bulunması beklenemez. İş görmek isteyen, ancak bunu yapamayan işçiyi uyarmanın bir anlam ve faydası yoktur; **KESER**, s. 100 vd.

⁷⁴⁸ **SÜZEK**, s. 600; **TULUKCU**, s. 248, Yazara göre, özellikle işçinin performansı ve uyumu gibi konularda iş sözleşmesinin feshinden önce işçinin başka bir işte çalıştırılması, buna ilişkin mesleki eğitime tabi tutulması veya uyarılması gibi yöntemler denenmelidir.

Uyarı, uygulamada daha çok işçinin davranışlarından kaynaklı fesihlerde başvurulmuş bir önlem olduğu için uyarının fonksiyonları, şekli, içeriği ve kim tarafından yapılması gerektiğine ilişkin diğer bilgilere daha sonra değinilecektir.

2.2.3. Mesleki Eğitime Tabi Tutma

Yetersizlikten kaynaklanan sebeplerde feshe seçenек oluşturmuş bir diğer önlem ise mesleki eğitim verilmesidir. Son çare ilkesi gereğince işveren, makul sınırlar çerçevesinde işçiyi mesleki eğitime tabi tutarak yetersizlik sebebinin ortadan kalkmasını ve işçinin işe uyumunu sağlamalıdır. Aksi takdirde iş sözleşmesinin feshi geçersiz sayılacaktır. Ancak işverenin bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, mesleki eğitim neticesinde kazanılacak niteliğe uygun boş bir kadronun varlığı şarttır. Ayrıca işçinin, mesleki eğitime hazır olması ve kapasitesinin mesleki eğitimle kazanılması amaçlanan nitelikleri öğrenmeye yeterli olması gerekir⁷⁴⁹.

Mesleki eğitim, işveren açısından ciddi bir zaman kaybı ve aşırı bir masraf gerektiriyorsa, buna rağmen bahsi geçen tedbire başvurulması son çare ilkesinin amacıyla bağdaşmaz. Yetersizliğe dayalı fesihlerde işveren, işyerinin ekonomik menfaatlerini korumayı hedefler. Bu sebeple işçinin alacağı eğitim ölçülü ve makul olmalı, uzun süre devam etmemeli ve işvereni ekonomik açıdan güç duruma sokmamalıdır⁷⁵⁰.

Yargıtay, yetersizlikten kaynaklı fesihlerde işçinin mesleki eğitime tabi tutulup tutulmadığının, performansını artırması için herhangi bir çaba harcanıp harcanmadığının yeterli ve inandırıcı delillerle ispat edilmesi gerektiği görüşündedir⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 203, Yazarlara göre işverenin, söz konusu işçi için boş bir çalışma alanı yaratmak veya yetersizliğe dayalı sebeplerin ortaya çıkacağını öngörerek hazır boş çalışma yerini tutmak gibi bir yükümlülüğü yoktur; GÜZEL, Son Çare, s. 79, 80.

⁷⁵⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 203; GÜZEL, Karar İncelemesi, s. 181; TURGUT, s. 108.

⁷⁵¹ Y. 22. HD., 19.10.2015, 24821/29009, “Somut olayda, davalıya ait iş yerinde 27.07.1998-23.08.2012 tarihleri arasında uzman tıbbi satış sorumlusu unvanıyla görev yapan davacı işçinin iş sözleşmesi, tüm sözlü ve yazılı uyarılara rağmen mesleki bakımdan beceri ve niteliklerini kullanma konusunda yetersizlik gösterdiği, yetersizliklerini giderme konusunda sorunlar yaşadığı, mevcut hedefleri yerine getireceğini dile getirmesine rağmen bu konuda herhangi bir iyileştirme göstermediği ve bu nedenle iş akışını olumsuz etkilediği gerekçeleriyle 4857 sayılı İş Kanunu’nun

Mesleki eğitim, yalnızca işçinin mesleki yetersizliğinden ve işletme gereklerinden kaynaklanan fesih sebeplerinde başvurulması gereken bir tedbirdir. Nitekim fiziki yetersizlik sebebiyle mesleki eğitime başvurmanın herhangi bir anlamı yoktur. Ancak işçinin fiziki yetersizliği, aynı zamanda mesleki yetersizliğe de sebebiyet vermişse bu durumda mesleki eğitime başvurulabilir.

2.2.4. Başka Bir İşte Çalıştırma

Yetersizlikten kaynaklanan sebeplerle yapılan fesihlerde, feshe seçenек oluşturulan bir diğer tedbir ise işçinin başka bir işte çalıştırılmasıdır. İşveren işçiyi, aynı işyeri içerisinde başka bir işte çalıştırabileceği gibi kendisine ait bir başka işletmede veya işyerinde de çalıştırabilir. Bu husus hem Yargıtay⁷⁵² tarafından hem de doktrinde⁷⁵³ kabul edilmiştir.

İşçinin mevcut çalışma yerindeki görevini yerine getirememesi, işverene ait diğer işletme ve işyerlerindeki tüm işlerde de çalışamayacağı anlamına gelmez. Bu bakımdan son çare ilkesi kapsamında işçinin başka bir işte çalıştırılma ihtimali değerlendirilmelidir. Son çare ilkesine egemen olan temel düşünce, iş ilişkisinin

17 ve 18. maddeleri uyarınca feshedilmiştir. Feshin geçerli sebebe dayandığının ispat yükü davalıda olup, davalı taraf davacının performans düşüklüğü gösterdiğini, bu düşüklüğün süreklilik arz ettiğini, davacının performansını geliştirmesi yönünde davacıya eğitim verildiğini ve davacının performansını artırmak için bir çaba harcamadığını yeterli ve inandırıcı delillerle ispatlayamamıştır. Bu durumda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, **ÇİL**, İlke Kararları, s. 402; Y. 7. HD., 03.12.2015, 25849/24175, “Bir an için davalı işyerinde gerçekten objektif bir performans değerlendirme sisteminin olduğu kabul edilse bile, davacıya performansını arttırmaya yönelik bir eğitim verilmemiştir. Davalı tanığının beyanına göre bankada performans düşüklüğü nedeniyle ek eğitim verilmesi gibi bir uygulama bulunmamaktadır. Yine davalı tanığının beyanına göre, bankacılık sektöründe performans düşüklüğü olduğunda birim değişikliği gibi uygulamalar yapılmasına karşın davacı hakkında bu şekilde bir önleme başvurulmadan iş akdi feshedilmiştir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davalı işveren tarafından feshin son çare olması ilkesine de uyulmadığı anlaşılmaktadır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 22.01.2019.

⁷⁵² Y. 22. HD., 15.01.2019, 2016/3612, 2019/909, “Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.”; Y. 9. HD., 22.05.2018, 2015/32556, 2018/11448, “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.”; Y. 22. HD., 15.11.2018, 2017/14541, 2018/24497; Y. 9. HD., 24.01.2018, 2015/7558, 2018/1181; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 20.03.2019.

⁷⁵³ **BİRBEN**, s. 305; **GÜZEL**, Son Çare, s. 83; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 203, 204; **ALP**, Karar İncelemesi, s. 59.

devamlılığının korunmasıdır. Bu sebeple işçinin başka bir işte değerlendirilmesi feshe seçenек oluşturаn en uygun tedbirlerden biridir. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi için kural olarak, fesih beyanının yapıldığı tarihte, işçinin işverene ait başka bir işte çalışma imkânının bulunması gerekir. İşyeri veya işletmede bu işçinin çalışabileceği şartlara uygun boş bir kadro yoksa, işverenden bu önleme başvurusu beklenemez⁷⁵⁴.

Özellikle hastalığа dayalı devamsızlık sebebiyle yapılan fesihlerde, işçinin başka bir işte çalıştırılması önem arz eder. Bu tür fesihlerde bahsi geçen önleme başvurulabilmesi için işçinin çalışacağı yeni birimde, hastalığа bağılı olarak daha az devamsızlık yapacağının öngörülmesi gerekir. Şayet alternatif çalışma yerinde de işçinin şikayetlerinin devam edeceği ve devamsızlığında ciddi bir azalmanın olmayacağı belirlenebiliyorsa, bu durumda işçinin başka bir yerde çalıştırılmasının anlamı yoktur⁷⁵⁵.

Fransız İş Hukuku'nda son çare ilkesi kapsamında işçinin başka bir işte çalıştırılması öncelikle Fransız Yargıtay'ı tarafından benimsenmiş, akabinde buna ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Sosyal Modernizasyon Yasası ile getirilen bu düzenleme, yalnızca ekonomik sebeple yapılan fesihleri kapsamaktadır⁷⁵⁶. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda ise bu husus tüm fesih sebepleri bakımından açıkça düzenlenmiştir (KSchG. § 1/2). Yine Alman Federal İş Mahkemesi 30 Mayıs 1978 tarihli kararında feshin daima en son çare olarak değerlendirilmesi ve feshe başvurmadan önce işçinin başka bir yerde ve gerekirse

⁷⁵⁴ GÜZEL, Son Çare, s. 81, 82; BİRBEN, s. 305; TURGUT, s. 102.

⁷⁵⁵ BİRBEN, s. 306, 307, Yazara göre, hastalık sebebiyle yapılacak fesihlerde birden fazla boş çalışma yerinin bulunması halinde işçinin edimini en iyi şekilde yerine getirebileceği çalışma yerinin seçilmesi gerekir; Y. 22. HD., 27.02.2017, 3483/3865, "Mahkemece yapılacak iş; davalı işverenin işyerinde keşif yapılmak suretiyle endokrin alanında uzman olan doktor bilirkişinin de aralarında bulunduğu bilirkişi heyetinden davacının hastalığının başlangıç tarihinin belirlenerek davacıda bulunan hastalığın işe engel olup olmadığı, iş kolunun davacıdaki hastalığа göre uygun olup olmadığı, iş kolunda davacıya uygun başka bir iş alanının olup olmadığı, davacının işyerinde başka bir işte çalıştırılabilme olanağının olup olmadığı hususlarında rapor alındıktan sonra feshin son çare olması ilkesi de gözetilmek suretiyle yapılacak değerlendirme sonucuna göre bir karar verilmesidir."; Y. 22. HD., 12.12.2011, 4093/7195; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 25.01.2019.

⁷⁵⁶ İlgili Kanun'un Fransızca metni için bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000408905&dateTexte=20180412>, ET.: 25.01.2019; GÜZEL, Son Çare, s. 78.

daha uygunsuz koşullarda çalışma imkânının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁵⁷.

Yetersizliğe dayalı fesihlerde işçinin başka bir işte çalıştırılması, çoğu zaman çalışma koşullarında esaslı değişikliği de gündeme getirebilir. Nitekim işçinin böyle bir durumda daha alt koşullara sahip bir işte çalıştırılması gerekebilir. İşverenin işçiye daha alt koşullardaki bir işi, İşK. m.22'deki şartlara uyarak önermesi mümkündür. Bu hususa daha sonra ayrıntılı olarak değineceğiz.

2.2.5. İşyeri Organizasyonunda Değişiklikler Yapma

İşverenin işyeri organizasyonunda değişiklikler yaparak iş sözleşmesinin feshini engelleyebilmesi için işçinin yetersizliğinin geçici süreyle meydana gelmiş olması gerekir. Şayet işçi sürekli olarak ve tamamen işe elverişsiz durumdaysa, feshe seçenek oluşturacak herhangi bir tedbir bulunmamaktadır. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin geçerli sebeple ve son çare ilkesine uygun olarak feshi mümkündür. Ayrıca bu tedbirin işveren açısından katlanılabilir olması gerekir⁷⁵⁸.

İşverenin son çare ilkesi kapsamında “yardımcı işçi” çalıştırarak geçici süreli elverişsizliği bertaraf etmesi mümkündür. Bu önlem özellikle işçinin uzun süre hastalanması halinde gündeme gelecektir. Ancak kısa süreli hastalıklarda, işçinin yeniden ne zaman işe başlayacağı belli olmadığından bu tedbire başvurulamaz⁷⁵⁹. İşveren, yardımcı işçi çalıştıracığı süre için İşK. m.11'e göre belirli süreli iş sözleşmesi yapabilir. Nitekim bu durumda belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi için aranan objektif koşulun varlığı söz konusudur⁷⁶⁰.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesine göre işçinin kusuru dışında yakalandığı hastalığı sebebiyle iş sözleşmesinin feshi, hastalığa bağlı devamsızlık halinin işçinin bildirim sürelerini altı hafta aşması halinde mümkündür. Böyle bir durumda bildirim

⁷⁵⁷ BAG. 30.05.1978, NJW. 1979, s. 332, 333, Aktaran: **BİRBEN**, s. 88, dn. 302.

⁷⁵⁸ **BİRBEN**, s. 307, Yazara göre, işyeri organizasyonunda değişiklikler yapmaya ilişkin tedbirin işveren açısından katlanılabilir olup olmadığı tespit edilirken orantılılık ilkesi esas alınmalıdır. Örneğin, bir işçi uzun süredir işverenin yanında çalışıyorsa işverenin bu işçi için başvuracağı tedbir katlanılabilir niteliktedir. Ayrıca kıdem dışında, geçici olarak elverişsizliğe sebep olan eksikliğin işletme organizasyonuna ve işin akışına olan etkileri de dikkate alınır.

⁷⁵⁹ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 204; **BİRBEN**, s. 307, 308.

⁷⁶⁰ **SÜZEK**, s. 249; **SÜMER**, s. 41.

süreleri sözleşmelerle artırılmamışsa yardımcı işçi, en fazla on dört hafta süre ile çalıştırılabilir.

Son çare ilkesi bağlamında büyük işletmeler için önerilen bir diğer tedbir ise “*yedek işçi bulundurma*”dır. Bu tedbir gereğince işveren aynı işi yapan çok sayıda işçi için belirli sayıda yedek işçi istihdam etmektedir. Bu yöntem sayesinde yalnızca hastalık halinde değil, diğer yetersizlik hallerinde de işyerinde meydana gelen personel eksiği yedek işçiler tarafından doldurulacak ve üretim dengesi bozulmayacaktır. Kanaatimizce bu tedbire başvurulmamış olması son çare ilkesine aykırılık teşkil etmez. Nitekim işverenden ihtiyaç duymadığı yedek işçilere ücret ödemesi beklenemez. Böyle bir önlem, işverene yalnızca bir öneri olarak sunulabilir. Ancak son çare ilkesi kapsamında dayatılması mümkün değildir⁷⁶¹.

Yetersizliğe dayalı fesihlerde başvurulacak bir diğer önlem ise “*personel organizasyonunda değişiklikler yapmak*”tır. İşveren, elverişsiz nitelikteki işçiyi çalıştırmak için yeni bir çalışma alanı açmak veya başka bir işçinin çalışma yerini boşaltmakla yükümlü tutulamaz. Ancak işçi iş görme edimini sınırlı bir şekilde kısmen yerine getirebiliyorsa bu durumda işveren, iş sözleşmesini feshetmeden önce işçiye bu imkânı tanımalıdır⁷⁶². Örneğin, iki katlı bir işyerinin ikinci katında çalışan işçi trafik kazası geçirerek yürüme yeteneğini kısmen veya tamamen kaybetmiş olabilir. Bu durumda işyeri içerisinde asansör mevcut değilse işveren, zemin katta çalışan işçilerden birinin çalışma yeri ile engelli işçinin çalışma yerini değiştirmelidir. Bu önleme başvurmaksızın iş sözleşmesinin feshi, son çare ilkesine aykırılık teşkil eder. Böyle bir önlem, hem işveren hem de diğer işçi bakımından katlanılabilir nitelikte olduğu için uygulanmasında herhangi bir sakınca yoktur. İşveren yönetim yetkisi kapsamında bu önleme başvurabilir. Ancak işverence yapılan değişiklikler İşK. m.22’ye göre çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana getirecek nitelikteyse, işverenin yönetim yetkisi kapsamında böyle bir organizasyona başvurması mümkün değildir.

⁷⁶¹ BİRBEN, s. 308, 309.

⁷⁶² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 205.

Kısa süreli hastalık gibi yetersizlik hallerinde ise işveren tarafından başvurulacak en uygun tedbir, diğer işçilere “fazla çalışma” yaptırılmasıdır. Bu tedbire başvurulabilmesi için diğer işçilerin hastalanan işçinin işini yapabilecek niteliğe sahip olmaları gerekir. Ancak uzun süreli hastalıklarda işverenden bu tedbire başvurusu beklenemez. Nitekim işverenin, hastalanan işçinin yerine çalıştırdığı her işçi için fazla çalışma ücreti ödemesi gerekir. Bu durumun süreklilik arz etmesi halinde işletmenin ekonomik menfaatleri tehlikeye girecektir⁷⁶³.

2.3. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde Feshe Seçenek Oluşturan Önlemler

2.3.1. Genel Olarak

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, işverenin fesihle güttüğü amacın belirlenmesi gerekir. Bu amacın ortaya konulması halinde feshe seçenek oluşturan önlemlerin tespiti daha rahat yapılacaktır. Bu tür fesihlerde, işçinin sözleşmeyi ihlal eden bir davranışı söz konusudur. İşverenin amacı ise işçiyi cezalandırmak değil, sözleşmenin ihlaline sebebiyet veren davranışın ileride de meydana gelmesini engellemek, sözleşme ihlalinin önüne geçmektir. Tıpkı yetersizlikten kaynaklanan fesihlerde olduğu gibi burada da işverenin geleceğe yönelik olumsuz bir öngörüsü vardır⁷⁶⁴.

İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde işçinin davranışlarının geçerli fesih sebebi sayılacağı belirtilmekle birlikte, hangi davranışların feshe sebebiyet vereceği veya bu davranışların ağırlığı hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Geçerli fesih sonucunu doğuran davranışlar, İşK. m.25’te sayılanlar kadar ağır olmamakla birlikte iş ilişkisinin devamını olumsuz etkileyen, sözleşmenin ihlaline yol açan her türlü davranıştır⁷⁶⁵. Kural olarak, iş sözleşmesinin feshine sebebiyet veren davranışın

⁷⁶³ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, Ultima-Ratio, s. 203; BİRBEN, s. 310.

⁷⁶⁴ BİRBEN, s. 277.

⁷⁶⁵ SÜZEK, s. 575 vd., Yazara göre, iş sözleşmesinin feshinde aralarında ağırlık farkı bulunan geçerli nedenlerle haklı neden ayrımı, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması veya güven temelinin çökmesi ile açıklanabilir; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 525, 526; TULUKCU, s. 179, 180.

işçinin kusuruna dayanması gerekir. Ancak bazı istisnai hallerde kusura dayanmayan davranışlar da geçerli sebep olarak kabul edilecektir⁷⁶⁶.

Feshe seçenек tedbirlerin uygulanabilmesi için işçinin davranışının aynı zamanda düzeltilebilir nitelikte olması gerekir. Şayet işçinin davranışı düzeltilebilir bir nitelik taşımıyorsa, işverenin fesih dışında bir önleme başvurusunun da anlamı yoktur⁷⁶⁷. Ayrıca geçerli sebep teşkil eden davranışın işyerinde olumsuzluklara yol açması şarttır. Aksi takdirde iş sözleşmesi feshedilemeyecektir⁷⁶⁸.

Yetersizlikten kaynaklanan sebeplerde olduğu gibi, davranışlardan kaynaklı sebeplerde de işverenin geleceğe yönelik olumsuz bir tahmininin olması gerekir. İşveren, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının ileride de tekrar edeceğine dair olumsuz bir öngöründe bulunmalıdır. Bu bakımdan işçinin kusuru ne kadar ağırsa işçi aleyhine olumsuz tahminde bulunulması da o ölçüde artacaktır⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ **KESER**, s. 206 vd.; **BİRBEN**, s. 277, 278, Yazara göre, kusurun derecesi özellikle olumsuz öngörü ve orantılılık ilkeleri bakımından önemlidir. Şayet işçinin kusursuz bir davranışı varsa işveren bu durumda gelecekte de işçinin sözleşmeye aykırı davranacağına ilişkin bir tahmin yapamayacaktır; Y. 9. HD., 04.02.2019, 2018/5826, 2019/2607, “İşçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.”; Y. 9. HD., 04.02.2019, 2018/11109, 2019/2630; Y. 9. HD., 10.12.2018, 8660/22749; Y. 9. HD., 26.11.2018, 2485/21425; İstanbul BAM. 28. HD., 17.01.2018, 2017/906, 2018/43; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 25.03.2019; Y. 9. HD., 23.06.2008, 2007/42733, 2008/17109; Y. 9. HD., 12.05.2008, 2007/35915, 2008/12012; Y. 9. HD., 12.05.2008, 2007/35921, 2008/12018; Y. 9. HD., 02.06.2008, 2007/39346, 2008/13329; Kararlar için bkz., **KESER**, s. 206, dn. 204.

⁷⁶⁷ **TULUKCU**, s. 184; **BİRBEN**, s. 278.

⁷⁶⁸ **BİRBEN**, s. 279, Yazara göre, geçerli nedenden bahsedilebilmesi için işverenin bu konudaki öznel değerlendirmesi yeterli değildir. İşçinin davranışının işveren dışında üçüncü kişilerce de feshe sebebiyet verecek nitelikte bir davranış olarak kabul edilmesi gerekir.

⁷⁶⁹ Y. 9. HD., 21.11.2017, 2015/16220, 2017/18738, “Keza feshin geçersizliğini etkileyen ilkelerden biri de olumsuz öngörü ilkesidir. Özellikle işçinin iş sözleşmesinin feshinde, bu fesih aynı zamanda olumsuz bir öngörüğü şart kılmalıdır (olumsuz öngörü ilkesi). Somut uyuşmazlıkta 26.11.2013 tarihli kamera kayıtlarının incelenmesi neticesinde davacının başka bir personelin sorumluluğunda olan kasaya bakarak satış yaptığı esnada bir adet tablet çikolatasını kasadan parasını ödemededen yediği sabittir. Davacının 02.12.2013 tarihli noter ihtarnamesi ile iş akdinin feshedileceğinin tarafına bildirildiği ve tazminatlarının ödenmesini istediği akabinde davalının 05.12.2013 keşide tarihli noter fesih ihtarnamesi ile iş akdinin davacının kasadan parasını ödememek suretiyle yediği ve davacının doğruluk ve güven ile bağlılığa uymayan davranışı sebebiyle iş akdinin haklı nedenle feshedildiği belirtilmiş ise de; davacının 4 yılı aşkındır davalı

Doktrinde bir görüşe göre, işçinin davranışları sebebiyle yapılacak fesihlerde, son çare ilkesinin uygulanabilmesi için sözleşmeyi ihlal eden davranışın taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldırmamış olması gerekir. Aksi takdirde işverenden son çare ilkesine başvurusu beklenemez⁷⁷⁰.

2.3.2. Uyarı (İhtar) Verme

İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerde son çare ilkesi kapsamında başvurulacak en uygun ve hafif tedbir uyarıdır. Zira işçinin uyarılması özellikle davranışlardan kaynaklı fesih sebeplerinde önem arz etmektedir. İşverenin bu tedbire başvurusundaki amaç, iş sözleşmesinin ihlaline yol açan davranıştan duyduğu memnuniyetsizliği dile getirmek ve işçinin bu davranışı tekrar etmesini engellemektir. İş sözleşmesinin ihlalini doğuran husus işçinin davranışından kaynaklanıyorsa, kural olarak uyarı yapılmaksızın sözleşmenin feshedilmesi son çare ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Daha önce de belirttiğimiz gibi doktrinde bazı yazarlar, yetersizlikten kaynaklı fesihlerde işçinin uyarılmasına gerek olmadığını savunurlar⁷⁷¹.

İşçinin uyarılması İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde uyarının temeli, TMK. m.2'deki dürüstlük kuralı ve son çare ilkesine dayandırılmaktadır⁷⁷². Yargıtay ise özellikle davranışlardan kaynaklı fesihlerde son

şirkette mağaza sorumlusu olarak çalıştığı, daha öncesinde bu şekilde bir eyleminin olmaması, kasadan geçirilmeyen bir adet çikolatanın alınması ve oluş şekli bir bütün olarak değerlendirildiğinde yapılan feshin ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı sabittir.”; Y. 9. HD., 05.10.2017, 2016/24041, 2017/15069; Y. 9. HD., 05.10.2017, 2016/21953, 2017/15076; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 25.01.2019.

⁷⁷⁰ AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 178.

⁷⁷¹ KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 387; BİRBEN, s. 301; ALP, Karar İncelemesi, s. 59.

⁷⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz., KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 388 vd., Yazarlara göre, ihtarın hedefi ilk planda, işçinin gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla iş ilişkisini sürdürmeye yöneliktir. Bu anlamda ihtar ile fesih karşılaştırıldığında ihtar, aslında iş sözleşmesinin feshine oranla daha hafif bir araç değil; bir “*aliud*”dur. Ancak, onunla, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli feshe hazırlık yapıldığından ihtar, iş sözleşmesinin feshinin zorunlu ön aşamasını oluşturur. Bu husus göz önüne alındığında, ihtar, özelliği itibarıyla “*hermafrodit*” niteliğindedir. Dolayısıyla madalyonun bir yüzü açısından bakıldığında, iş ilişkisini sona erdirmeye fonksiyonu; diğer yüzü açısından bakıldığında, iş ilişkisini devam ettirme fonksiyonu ağır basacaktır. Bu anlamda ihtar, gelecekte iş ilişkisinin sürdürülebilmesi halinde işçiden benzeri davranışları tekrarlamayacağını beklenmesi şartının gerçekleşmesine hizmet eder; BİRBEN, s. 288, Yazara göre, ihtarın Türk Hukuku açısından yasal dayanağı İşK. m.25/1-II-h hükmüdür. Nitekim haklı nedenle derhal fesih hallerinde bile işverenden işçiyi uyarması bekleniyorsa, geçerli fesihlerde bu hüküm evleviyetle uygulanır.

çare ilkesi kapsamında sözleşmenin feshinden önce işçinin uyarılması gerektiğini istikrarlı bir şekilde uygulamaktadır⁷⁷³.

İhtarın başlıca üç fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar ispat, hatırlatma ve uyarı fonksiyonlarıdır. İhtar, herhangi bir şekle tabi değildir; ancak yazılı olarak yapılması işveren açısından ispat kolaylığı sağlayacaktır. Nitekim İşK. m.20/2'ye göre geçerli sebebin varlığını işveren ispat etmek zorundadır. Ancak işverenin yazılı bir ihtarda bulunması tek başına geçerli sebebin varlığını ispata yeterli değildir. Buna rağmen işçinin davranışından dolayı uyarıldığının kanıtlanması açısından yazılı olarak yapılmasında fayda vardır. Hatırlatma fonksiyonu ise sözleşmenin ihlali sonucunu doğuran davranışlar neticesinde işçiye, sözleşme sınırlarının bir kez daha hatırlatılması bakımından önem taşır. Gerçekten de işçinin sözleşmeye aykırılık teşkil eden davranışlarını bilmesi ve davranışlarına yön vermesi için işverenin fesihten önce bu durumu işçiye hatırlatması şarttır. Uyarı fonksiyonu, yargısal denetim sırasında feshin geçerli bir sebebe dayanmasına hizmet eder. Nitekim işveren uyarı fonksiyonu ile işçiye, sözleşmenin ihlali niteliğindeki davranışları tasvip etmediğini ve bu davranışlarda ısrar edilmesi halinde sözleşmenin feshedileceğini bildirmiş olur. Bu durumda işçi, davranışlarından ötürü fesih tehlikesiyle karşı karşıya kaldığını bilecek ve ileride yapılacak olası bir fesih işçi açısından sürpriz olmayacaktır. Böylelikle işe iade davasında işçi, söz konusu davranışın sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini veya işveren tarafından bu davranışın onaylanmadığını bilmediği yönünde bir savunma yapamayacaktır⁷⁷⁴.

İşçinin davranışlarından dolayı uyarılması herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü yapılabilir. Ancak uyarının yazılı yapılmış olması işverene ispat açısından kolaylık sağlayacaktır. Uyarının içeriği ise açık, net ve ciddi olmalıdır. Bu sebeple işçinin sözleşmenin ihlaline sebebiyet veren davranışları açıkça belirtilmeli,

⁷⁷³ Y. 7. HD., 07.03.2016, 2015/41306, 2016/5498, "... davacının davranışlarına dayanan eylemleri noktasında daha önce kendisine verilmiş herhangi bir ikaz/uyarı vs. disiplin işlemi yapılmaksızın doğrudan fesih yoluna gidilmesi fesihte ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gibi sunulan deliller ile feshin geçerli nedene dayandığının davalı işveren tarafından ispat edilememesi karşısında davanın kabulüne karar verilmek gerekirken reddi isabetsizdir."; Y. 9. HD., 10.09.2018, 2017/27747, 2018/15426; Y. 9. HD., 02.07.2018, 2017/27980, 2018/14420; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 25.01.2019.

⁷⁷⁴ **KILIÇOĞLU/ŞENOC AK**, s. 393; **BİRBEN**, s. 282, 283.

kusurlu davranışın tekrarlanmaması talep edilmeli, tekrarı halinde iş ilişkisinin devamı veya içeriği yönünden işçi aleyhine birtakım sonuçlar doğacağı uyarının içeriğinden anlaşılmalıdır. Genel geçer ifadeler yer verilmemelidir⁷⁷⁵.

İş sözleşmesinin davranış sebebiyle feshi için işçiye birden fazla uyarı yapılmasına gerek yoktur. Son çare ilkesine uygun davranmak bakımından işçinin bir kez uyarılması yeterlidir. Ayrıca uyarı, yalnızca iş sözleşmesini feshetme yetkisine sahip olan kişilerce değil, bağlayıcı talimat vermekle yetkili olan kişiler tarafından da yapılabilir⁷⁷⁶.

İşçinin gelecekte de sözleşmeyi ihlal eden davranışlarının devam edeceği yönünde objektif olaylar mevcutsa uyarıya gerek yoktur. Zira bu tür hallerde uyarının hatırlatma ve uyarma fonksiyonları işlevsiz kalmıştır. Bu durum özellikle işçinin açık bir şekilde sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği ya da daha önce yapılan açıklama yahut ikazlar neticesinde sözleşmeye aykırılığı bilmesi veya bilmek zorunda olması gibi hallerde gündeme gelecektir. Yine işçinin, sözleşmenin ihlali sonucunu doğuran davranışları tekrarlayacağına ilişkin düşüncesini işverene yansıtması halinde de uyarıya gerek kalmaz⁷⁷⁷.

Uyarıya gerek olmayan bir diğer durum ise ağır yükümlülük ihlallerinin varlığıdır. Bu durumda sözleşmeyi sürdürmesi işverenden beklenemeyeceği için işçinin uyarılmasına da gerek yoktur. İş Kanunu'nun 25'inci maddesinde düzenlenen davranışlar ağır yükümlülük ihlallerine örnek teşkil eder. Kanun koyucu, İşK. m.25/1-II'de işverene haklı nedenle sözleşmeyi derhal fesih hakkı tanımıştır. Haklı

⁷⁷⁵ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 398, 399, Yazarlara göre, işçiye yapılan uyarıda açıkça “uyarı” veya “ihtar” ifadesine yer verilmesi gerekmeyp, yapılan beyanlardan bir uyarının varlığı anlaşılıyorsa bu durum yeterli kabul edilmelidir; **BİRBEN**, s. 284, 285; Y. 7. HD., 04.05.2016, 4402/10038, “İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşturmalıdır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin belirlenmesi, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir.”; Y. 7. HD., 18.01.2016, 2015/32432, 2016/179; Y. 9. HD., 24.06.2014, 7930/21403; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 26.01.2019.

⁷⁷⁶ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 401; **BİRBEN**, s. 286.

⁷⁷⁷ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 394, 395.

fesihlerde taraflar arasındaki güven ilişkisi ortadan kalktığı için taraflardan sözleşmeyi devam ettirmeleri yönünde bir çabaya girmeleri beklenemez.

Sözleşmenin ihlali sonucunu doğuran davranışın hukuka aykırı olduğunun bilindiği, işverenin bu tür davranışlara asla müsamaha göstermeyeceği ve bahsi geçen davranışların tespiti halinde iş sözleşmesinin doğrudan feshedileceği yönünde hiçbir şüphenin olmadığı hallerde de işçinin uyarılmasına gerek yoktur. Bu tür hallerde davranışın hukuka aykırı olduğuna ilişkin, işçinin açık ve kesin bir bilgisi mevcuttur⁷⁷⁸.

Uyarıya konu davranışla birlikte işveren fesih hakkından vazgeçmiş sayılır. Dolayısıyla işçi, uyarıya konu davranışı bir kez daha tekrarlamadığı sürece salt o davranışa dayanılarak iş sözleşmesi feshedilemez. Ancak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin yapacağı bir sonraki davranışın, uyarıya konu davranış ile aynı veya benzer nitelikte olması da gerekmez. Nitekim uyarının temel amacı, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesini engellemektir. İşçi, başka bir şekilde de olsa ikinci kez sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunması halinde bunun hoş karşılanmayacağını ve kendi aleyhine sonuçlar doğuracağını tahmin etmek zorundadır⁷⁷⁹.

Sonuç olarak kanunlarımızda, iş sözleşmesinin feshinden önce işçinin uyarılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmasa bile doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, uyarının özellikle davranışlardan kaynaklanan fesihlerde göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin görüş birliği vardır. Ayrıca UÇÖ.'nün 166 sayılı Tavsiye Kararı'nda da işçiden kaynaklı fesihlerden önce uyarı verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

⁷⁷⁸ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 396, 397; Y. 9. HD., 24.09.2018, 3730/16452, “Daha önce diğer forklift operatörlerinin aynı konuda uyarılmış olmaları, davalı işverenin forklift bıçağında insan taşınmasını açıkça yasakladığı anlamına gelip davacı işçinin de özellikle uyarılması gerektiğinden söz edilemez. Davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayandığından davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 26.01.2019.

⁷⁷⁹ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 405, Yazarlar, bu durumu şu örnekle açıklamaktadır: Bir futbol oyuncusunun yaptığı faul nedeniyle sarı kart gördükten sonra, kırmızı kart görebilmesi için mutlaka yeni bir faul yapmasına gerek yoktur. Kasıtlı olarak elle oynaması halinde de futbolcu oyun dışı kalacaktır.

2.3.3. Başka Bir İşte Çalıştırma

Son çare ilkesi gereğince işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde, işçinin işverene ait başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı da denetlenmelidir. Ancak bu denetim, yetersizliğe dayalı fesihlere göre özellik arz etmektedir. Nitekim davranışlardan kaynaklı fesihlerde genellikle işçinin kusurlu bir davranışı sözleşmenin ihlaline sebep olmuştur ve bu davranış neticesinde çalışma yerinin değiştirilmesi işçiyi ödüllendirmek anlamına gelebilir. Bu sebeple bahsi geçen feshe seçenек önlemin katı bir biçimde uygulanmaması gerekir. Yargısal denetim yapılırken işçinin ve işverenin sözleşmenin devamına ilişkin menfaatleri titiz bir şekilde değerlendirilmelidir.

Çalışma yerinin değiştirilmesine ilişkin tedbire başvurulurken ikili bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre fesih sebebi, çalışma yerinden veya işçinin kendisinden kaynaklanmış olabilir. Bu tedbire başvurulması için yalnızca çalışma yerine ilişkin bir fesih sebebi mevcut olmalıdır. Ancak işçinin çalıştırılabileceği boş bir çalışma yeri yoksa, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının ağırlığı ve sonuçları göz önünde bulundurulduğunda işverenden böyle bir önleme başvurusu beklenemiyorsa ve işçinin yeni çalışma yerinde de iş görme edimini sözleşmeye aykırı bir şekilde yerine getireceği objektif olarak tespit edilirse bu tedbire başvurmanın anlamı yoktur. Bir diğer deyişle, işçinin başka bir çalışma yerine nakli için sözleşmenin feshine sebebiyet verecek davranışın doğrudan çalışma yerine özgü bir durum olması ve bu durumların boş olan başka bir çalışma yerinde mevcut olmaması gerekir⁷⁸⁰.

Örneğin, aralarında husumet bulunan ve aynı çalışma yerinde çalışan iki işçiden birinin, iş sözleşmesinin feshi yerine başka bir birime nakli son çare ilkesi açısından başvurulabilecek bir önlemdir. Ancak işyerinde yasak olmasına rağmen sigara içen veya alkol kullanan işçinin başka bir çalışma yerine nakli, objektif olarak düşünüldüğünde işçinin davranışını değiştireceği konusunda bir ipucu teşkil etmediği

⁷⁸⁰ **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, Ultima-Ratio, s. 202; **BİRBEN**, s. 280; Y. 7. HD., 20.12.2016, 31457/21707, “Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.”; Y. 7. HD., 09.11.2016, 13946/19145; Y. 7. HD., 29.06.2016, 11080/13906; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 26.01.2019.

için bu önleme başvurulması gerekmez. Nitekim bu tür davranışlar çalışma yerinden bağımsızdır. Bu sebeple çalışma yerinin değiştirilmesi, sözleşmenin ihlalini doğuran davranışın tehlikesini ortadan kaldırmayacaktır⁷⁸¹.

Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde işçinin başka bir işte çalıştırılması yasalarda açıkça düzenlenmiştir. Fransız İş Hukuku'nda bu husus Sosyal Modernizasyon Yasası'yla kararlaştırılmış; ancak yalnızca ekonomik sebeplerle yapılan fesihlerde işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda ise davranışlardan kaynaklı fesih sebepleri de dahil olmak üzere tüm fesih sebepleri bakımından bu yükümlülüğün bahsedilmiştir (KSchG. § 1/2)⁷⁸².

2.3.4. Disiplin Cezası Verme

İşçinin sözleşmenin ihlali niteliğindeki davranışlarına bağlanan bir diğer yaptırım ise disiplin cezalarıdır. İş Kanunu'nun 38'inci maddesine göre toplu veya bireysel iş sözleşmelerinde kararlaştırılan sebeplerden ötürü işveren, işçiye ücret kesme cezası verebilir. Bu durumun işçiye derhal ve sebepleriyle birlikte bildirilmesi gerekir. Yine toplu iş sözleşmeleriyle ücret kesme cezası dışında başka türden disiplin cezaları da kararlaştırılabilir. Yargıtay'a göre, toplu iş sözleşmesinde disiplin kurulu kararı olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği belirtilmişse bu şekilde yapılan fesih geçersiz olacaktır⁷⁸³. Ancak Yargıtay'ın, disiplin kurulu kararı alınmadan yapılan feshin haksız fesih niteliğinde olsa bile geçersiz fesih sayılamayacağı yönünde kararları da mevcuttur⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ BİRBEN, s. 281.

⁷⁸² GÜZEL, Son Çare, s. 78 vd., Fransız İş Hukuku'nda işverenin işçiye aynı şirketler grubuna dahil başka bir işletmede çalıştırma yükümlülüğünden de bahsedilmiştir. Ancak Alman İş Hukuku'nda işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşveren yalnızca aynı işyeri veya aynı işletmeye bağlı başka bir işyerinde işçiye çalıştırmakla yükümlü kılınabilir.

⁷⁸³ Y. 9. HD., 29.06.2005, 19423/23091, "... iş yerinde yürürlükte bulunan TİS'nin 25. maddesi gereğince Disiplin Kurulu kararı olmadan işine son verildiğinden, haklı ve geçerli bir sebep olmadan feshedildiğinden davacının işe iade talebine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır.", BİRBEN, s. 297, dn. 1013.

⁷⁸⁴ Y. 22. HD., 28.06.2012, 123/14774, "Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davacının iş akdi esasında İş Kanunu uyarınca yapılan görev değişikliğini kabul etmediği için feshedilmiştir. Kararın disiplin kurulundan geçirilmemesi haklı feshi geçersiz kılarsa bile geçerli sebeple feshi ortadan kaldırmaz. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, taraflardan delillerini bildirmelerini isteyip, gösterilen delilleri toplayarak bir değerlendirmeye

Doktrinde disiplin cezalarının son çare ilkesi kapsamında feshe seçenек önlem niteliğinde olmadığı, bu tür cezaların fesih ile aynı amaca hizmet etmediği ileri sürülmektedir⁷⁸⁵. Gerçekten de disiplin cezalarının temel amacı işçinin yapmış olduğu davranışının cezalandırılmasıdır. Oysa son çare ilkesinde, işçiyi cezalandırmak gibi bir amaç yoktur. Son çare ilkesi, işçinin aynı davranışları bir daha tekrar ederek iş sözleşmesinin yeniden ihlal edilmesini engellemeyi amaçlamaktadır.

2.4. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde Feshe Seçenек Oluşturan Önlemler

2.4.1. Genel Olarak

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde işverenin temel amacı, işletme veya işyerinin mevcut personel sayısını ihtiyaç duyulan personel sayısı ile uyumlu hale getirmektir. Başka bir deyişle bu tür fesihlerde, işgücü fazlası meydana gelmiştir. İşveren, bu sebeple bir kısım işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna gidecektir.

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerin temel dayanağı, işveren tarafından alınan işletmesel kararlardır. Kural olarak, işletmesel kararların yerindeliği yargı organı tarafından denetlenemez. İşveren, işletmesinin ekonomik geleceğini korumak için dilediği gibi karar alma ve dilediği uygulamalarda bulunma yetkisine sahiptir. Bu yetki kaynağını Anayasa'nın 48'inci maddesinden alır. Ancak işverenin işletmesel karar alma serbestisinin de sınırları vardır. Bu sınırlar dahilinde alınan kararlar yargı denetimine tabi tutulabilir. Özellikle işletmesel kararların "*keyfi ve hakkın kötüye kullanımı*" niteliğinde olmaması gerekir. Her somut olayda mahkeme, işletmesel kararın keyfi olup olmadığı yönünde hukuki bir denetim yapacaktır⁷⁸⁶. Mahkeme bu denetimi yaparken, özellikle son çare ilkesi kapsamında feshe seçenек

tabi tutmak ve değişikliğin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı yahut işverenin fesih için başka bir geçerli sebebinin bulunup bulunmadığını ve yönetim hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını tespit ederek sonuca gitmektir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden eksik incelemeyle karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."; Y. 9. HD., 29.06.2009, 2008/36286, 2009/18338, "Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin Kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Dairemizin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir. Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa Disiplin Kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshe ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır."; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 26.01.2019.

⁷⁸⁵ BİRBEN, s. 295 vd.; TURGUT, s. 118.

⁷⁸⁶ BİRBEN, s. 158; KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 322 vd.; TULUKCU, s. 206 vd.

oluşturacak önlemlere başvurulup başvurulmadığını da araştıracaktır. İşveren, bu önlemlere başvurmadan doğrudan iş sözleşmesini fesih yoluna gitmişse, yapılan fesih geçersiz sayılacaktır.

Feshe seçenek oluşturan önlemler ile fesih arasında işverence yapılacak tercihin, yargısal açıdan denetimi problemlı bir konudur. Bu sebeple, alternatif araçların mahkemece hangi kriterler esas alınarak fesih denetiminde kullanılabileceğine açıklık getirilmesi gerekir. Bu konuda 4773 sayılı Kanun m.2'nin gerekçesi yol gösterici niteliktedir. Gerekçeye göre; *"... işverenden beklenen, fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiye 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"*.

İşletme gereklerine dayalı fesihlerde, feshe seçenek oluşturan önlemler belirlenirken fesihle ulaşılmak istenen amaç dikkate alınmalıdır. Bu tür fesihlerde amaç, yukarıda da belirtildiği üzere mevcut personel sayısı ile ihtiyaç duyulan personel sayısını uyumlu hale getirmektir. Bu amaca ulaşabilecek tek araç fesih gibi görünse de aslında işverenin asıl amacı işletmenin ekonomik menfaatlerini korumaktır. Dolayısıyla ekonomik menfaatlerin korunmasına hizmet eden her türlü tedbir, fesihle ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. Şayet işveren fesih yoluna başvurmadan da işletmenin ekonomik menfaatlerini koruyabiliyorsa, bu halde fesih son çare ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ancak alternatif tedbirlerin uygulanması işveren açısından ağır ekonomik yükler doğuracaksa, işverenden bu tedbirlere katlanması beklenemez⁷⁸⁷.

2.4.2. Mesleki Eğitime Tabi Tutma

İşveren, işletmesel karar alma serbestisi çerçevesinde işyerinde yeni teknolojilerin uygulanmasına veya yeniden yapılanmaya giderek üretim konusunun değiştirilmesine karar verebilir. Bu durumda bazı işçilerin iş sözleşmelerinin sona

⁷⁸⁷ BİRBEN, s. 173, 174.

erdirilmesi gündeme gelecektir. Nitekim mevcut işçiler, yeni teknoloji veya üretim konusu hakkında bilgi ve tecrübe sahibi olmayabilirler. Ancak son çare ilkesinin varlığı, iş sözleşmelerinin feshinden önce işçilerin belirli koşullar çerçevesinde yeni teknoloji ve üretim konusunda eğitilmesini gerekli kılar.

Mesleki eğitime ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği de net değildir. Mesleki eğitim iki türlü karşımıza çıkar. Bunlardan birincisi, işçinin tamamen yeni bir iş için eğitime tabi tutularak ona yeni bir mesleki beceri kazandırılmasıdır. Buna “*yeniden eğitim*” denilmektedir. İkincisi ise işçinin halihazırdaki işinde mesleki bilgisini korumak, geliştirmek ve teknolojideki yeni gelişmelere uyum sağlamak amacıyla meslek içi eğitime tabi tutulmasıdır. Buna da “*meslek içi eğitim*” denilmektedir. Son çare ilkesi kapsamında işçiye hangi türden bir mesleki eğitim verilmesi gerektiği her somut olayda yargı organı tarafından tespit edilmelidir⁷⁸⁸.

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde, feshe alternatif olarak mesleki eğitim verilebilmesi için birtakım şartların da gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle mesleki eğitim sonlandığında aynı işyeri veya işletmeye bağlı başka bir işyerinde ya da işverene ait başka bir işletmede boş bir çalışma yerinin bulunması şarttır⁷⁸⁹. Ayrıca mesleki eğitim verilmesinin mümkün olması, işçinin bu eğitimi alabileceği bir yerin varlığı ve işçinin eğitime rıza göstermesi de gerekir.

Bu tedbire başvurulabilmesi için, verilecek eğitim işveren açısından “*katlanılabilir*” standartlarda olmalıdır. Eğitimin katlanılabilir nitelik taşıyıp taşımadığı hâkim tarafından tespit edilecek bir husustur. Verilecek eğitim işveren açısından katlanılabilir nitelikteyse, bu durumda mesleki eğitim vermek yerine iş sözleşmesinin feshedilmesi son çare ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Hâkim,

⁷⁸⁸ **BİRBEN**, s. 208, 209, Yazara göre, İşK. m.18 ve 22’de iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak yer verilen hükümler ile iş ilişkisinin gerektiğinde değişen koşullarla da devamı amaçlanmıştır. Bu sebeple feshe seçenek oluşturan mesleki eğitim kavramı değerlendirilirken daha farklı ve geniş bir yorum yapılmalı, bu kavramın işçinin işletmede boş bulunan belirli bir işte çalışmasını sağlamaya yönelik her türlü eğitim imkânı şeklinde anlaşılması gerekir. Böyle bir yorum, iş ilişkisinin sürekliliğinin korunması düşüncesine de daha uygun düşecektir; **GÜZEL**, Son Çare, s. 83, Yazara göre, mesleki eğitimden kasıt, teknik ve genel anlamıyla bir eğitim değil, işçinin kısa sürede alabileceği nispeten basit bir eğitimidir.

⁷⁸⁹ **BİRBEN**, s. 211, Yazara göre, boş çalışma yerinin hangi anda mevcut olması gerektiği tespit edilirken işçinin mesleki eğitimden geçirileceği sürenin bitimi de göz önünde bulundurulmalıdır.

verilecek eğitimin katlanılabilir olup olmadığını belirlerken birtakım kriterleri göz önünde bulundurmalıdır. Öncelikle eğitimin süresi çok uzun olmamalı⁷⁹⁰ ve işveren açısından aşırı bir masrafı gerektirmemelidir.

Son çare ilkesi gereğince mesleki eğitime başvurulması, işletme gereklerine dayalı fesihlerde daha bir önem arz etmektedir. Nitekim işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, fesih sebebi doğrudan işçinin kendisiyle alakalıdır. Bu sebeple yetersizliğe dayalı fesihlerde, mesleki eğitim verilmesinin işverenden beklenmesi her zaman mümkün olmayabilir. Ancak işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde, feshe sebep olan şey çoğu zaman işveren tarafından alınan bir karardan kaynaklanır. Böyle bir durumda işçinin eğitime tabi tutularak yeni teknolojilere veya yeni üretim konusuna uyumlu hale getirilmesi işverenden özellikle beklenmelidir⁷⁹¹.

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde son çare ilkesi kapsamında işçiye mesleki eğitim verilmesi, Fransız Sosyal Modernizasyon Yasası'nda ve Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir⁷⁹².

2.4.3. Başka Bir İşte Çalıştırma

Bütün fesih sebepleri bakımından uygulanması gereken bu önlem, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde de uygulanmalıdır. İşverenin bu tedbire başvurabilmesi için fesih anında kendisine ait başka bir işletme veya işyerinde boş bir çalışma yerinin bulunması gerekir. Ancak işverenden başka bir işçinin iş sözleşmesini feshederek boş bir yer yaratması veya yeni bir kadro ihdas etmesi

⁷⁹⁰ BİRBEN, s. 217, Yazara göre, eğitimin süresinin hangi durumlarda işveren açısından katlanılabilir olduğuna dair önceden belli bir kural koymak mümkün değildir. Bu husus her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ancak fesih beyanının işçiye ulaştığı tarihten itibaren işleyecek bildirim süreleri içerisinde mesleki eğitimin biteceği de yeterli derecede tespit edilebiliyorsa, bu durumda eğitimin işveren açısından katlanılabilir olduğunu söylemek mümkündür. Zira kanun koyucu tarafından bildirim süresi öngörülerek, işverenin fesih beyanından sonra sözleşme ilişkisini bir süre daha devam ettirmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

⁷⁹¹ Y. 9. HD., 16.12.2004, 27003/27998, “Öte yandan, işletmesel kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, ‘fesih son çare olmalıdır’ (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.”; Y. 9. HD., 04.05.2005, 9568/15476; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 26.01.2019.

⁷⁹² GÜZEL, Son Çare, s. 78 vd.

beklenemez⁷⁹³. Neticede işverenin iş sözleşmesini feshetmesindeki amaç, işletmesinin ekonomik menfaatlerini korumaktır. İşverene yeni bir kadro yaratması şeklinde bir yükümlülük yüklenirse, ekonomik menfaatlerin korunduğundan bahsedilemez. Yine üçüncü bir kişinin hukuki alanına müdahale edilerek iş ilişkisinin devamını sağlamak da iş güvencesinin amacıyla bağdaşmaz. Bu sebeple işveren yalnızca, fesih anında boş bir çalışma yeri varsa bu tedbire başvurmakla yükümlü kılınabilir. Ayrıca işverenin işçiyi, daha yüksek pozisyondaki bir çalışma yerine nakletme gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu bakımdan daha yüksek pozisyonlardaki çalışma yerleri, boş yer kavramı içerisinde değerlendirilemez⁷⁹⁴.

Son çare ilkesinin esas amacı, iş ilişkisinin aynı şartlarda devam etmesini sağlamak olduğu için işçiye teklif edilecek boş çalışma yerinin niteliği de buna göre belirlenmelidir. Teklif edilecek yerin, işçinin eski çalışma yeri ile eş değer olması ve işçinin bu çalışma yerinin gerektirdiği nitelikleri taşıması şarttır. Yine birden fazla çalışma yerinin mevcudiyeti halinde de öncelikle eş değer nitelikteki yerlerin teklif edilmesi gerekir. Aksi takdirde İşK. m.22’de düzenlenen değişiklik feshi gündeme gelebilir⁷⁹⁵.

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde işçinin boş bir çalışma yerinde istihdam edilmesi, kural olarak işverenin yönetim yetkisine dayanmaktadır. İşveren, bu tür fesihlerde mesleki eğitim veya değişiklik feshi gibi seçenekleri değerlendirmeden önce işçinin aynı veya benzer nitelikteki başka bir çalışma yerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığını tespit etmelidir. Çünkü işveren açısından en zahmetsiz ve en ekonomik seçenek budur. Ancak işçinin aynı veya benzer bir işte çalıştırılmasının ne derece mümkün olduğu, iş sözleşmesindeki düzenlemelere de bağlıdır. Sözleşmede, işçinin çalışma yeri veya yerleri konusunda işverene geniş bir takdir hakkı tanınmışsa bu durumda işveren, değişiklik feshine gerek duymaksızın işçiyi başka bir çalışma yerine nakledebilecektir. Örneğin, iş sözleşmesinde işçinin büyük bir süpermarketin İstanbul ili içerisindeki tüm şubelerinde çalıştırılabileceği kararlaştırılmışsa, Beyoğlu şubesinin kapanması halinde işçinin boş bir kadro varsa

⁷⁹³ BİRBEN, s. 176 vd.; GÜZEL, Son Çare, s. 81, 82.

⁷⁹⁴ BİRBEN, s. 192; GÜZEL, Son Çare, s. 82.

⁷⁹⁵ BİRBEN, s. 198 vd.

Kadıköy şubesinde de çalışması mümkün hale gelecektir. Ancak iş sözleşmesinde, işin yalnızca Beyoğlu şubesinde yerine getirileceğine ilişkin hüküm varsa, bu durumda işverenin işçiyi Kadıköy şubesine nakledebilmesi için İşK. m.22'deki koşullara uygun davranması gerekir. Ayrıca işveren, yönetim yetkisini kullanırken dürüstlük kuralının gerektirdiği sınırların dışına da çıkmamalıdır⁷⁹⁶.

Fransız Sosyal Modernizasyon Yasası'nda işçinin başka bir işte çalıştırılmasına ilişkin yükümlülük, yalnızca ekonomik sebeplere⁷⁹⁷ dayalı fesihler için düzenlenmiştir. Üstelik bahsi geçen Yasa'da bu yükümlülük, yalnızca aynı işletme veya işyeri bakımından değil, işverenin aynı şirketler grubuna dahil başka işletmelerinin bulunması hali için de öngörülmüştür⁷⁹⁸. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda da yine işletme gereklerine dayalı fesihlerde, feshin son çare olması ilkesi kapsamında işçinin başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'na göre işverenin bu yükümlülüğü, yalnızca aynı işyeri veya aynı işletmeye bağlı başka bir işyeri için geçerlidir. Başka bir deyişle, işverenin işçiyi aynı holding bünyesindeki başka işletmelerde bulunan boş çalışma yerlerinde çalıştırma yükümlülüğü yoktur (KSchG. § 1/2)⁷⁹⁹.

Yargıtay, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde işçinin başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olması halinde feshin son çare ilkesine aykırı olduğunu, bu sebeple geçersiz olacağını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, işçinin çalıştırılabileceği diğer işyerinin aynı işletme içinde yer alması veya aynı işkolunda olması hatta aynı ilde bulunması zorunlu değildir. Önemli olan, bu işyerlerinin aynı gerçek veya tüzel kişi işverene ait olmasıdır⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ BİRBEN, s. 205, 206.

⁷⁹⁷ CENGİZ URHANOĞLU, Son Çare, s. 90, İşletmeye, işyerine ve işe ilişkin sebepler Fransız Hukuku'nda "*ekonomik sebep*" kavramı altında ele alınmaktadır ve ekonomik sebeplerle yapılan fesihlerde, feshin son çare olması ilkesi göz önünde bulundurulmaktadır.

⁷⁹⁸ GÉA, s. 276 vd., Aktaran: GÜZEL, Son Çare, s. 78, 79, dn. 49; CENGİZ URHANOĞLU, Son Çare, s. 90.

⁷⁹⁹ GÜZEL, Son Çare, s. 81.

⁸⁰⁰ Y. 9. HD., 15.02.2018, 949/2916, "İş sözleşmesinin feshine son çare olarak gidilmesi ilkesi ve işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshetmek istediği işçiyi başka bir işte çalıştırma olanaklarını araştırma ve bunları işçiye önerme yönünde bir yükümlülüğü gereği davacıya

2.4.4. İşin Zamana Yayılması

İşletme gerekleriyle yapılan fesihleri engellemek amacıyla en sık başvuru alan tedbirlerden biri de işin zamana yayılmasıdır. Yargıtay da birçok kararında son çare ilkesi kapsamında bu tedbirin uygulanması gerektiğini içtihat etmektedir⁸⁰¹.

İşin zamana yayılması, işyerindeki normal çalışma süresinin korunarak işçi başına düşen üretim miktarının azaltılmasıdır. Bu önlem, bir iş için gereken sayıdan daha fazla işçi çalıştırarak veya o işin yapılması için öngörülen sürenin uzatılması suretiyle iki türlü gerçekleştirilir. Başka bir deyişle, bu durumda belli bir sürede yapılan iş sayısı ya da işçi başına yapılan işin düşmesi söz konusudur.

İşin zamana yayılması, işçi açısından olumsuz bir sonuç doğurmamaktadır. Bu tedbire başvurulduğunda işçi, ücretini aynı şekilde almaya devam edecektir. Üstelik işçinin çalışma saatlerinde de herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Ancak aynı

alternatif bir iş teklif edildiğine ilişkin bilgi ve belge de sunulmamış olup, feshin son çare olma ilkesine uyulmadığı, nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre işverenin birden fazla işyeri varsa, son çare olarak işçinin diğer işyerlerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalı, işçinin çalıştırılacağı diğer işyerlerinin aynı işletme içinde yer alması veya aynı iş kolunda olması hatta aynı ilde bulunması dahi zorunlu olmayıp, işyerinin aynı gerçek veya tüzel kişi işverene ait olması yeterli olduğundan ve dosya içerisinde davalı işletmenin aynı iş kolunda başka işyerlerinin de olduğu anlaşıldığından, fesih geçerli kabul edilemez. Açıklanan nedenle davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.”; Y. 9. HD., 22.01.2018, 2016/34755, 2018/776, “Somut uyuşmazlıkta, mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmışsa da bilirkişi raporunda davacının davalıya ait grup şirketlerde görev tanımına uygun başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı, davacının çalışabileceği pozisyonlara işçi alınıp alınmadığı ve feshin tutarlı olup olmadığı hususunda somut değerlendirmeler yapılmamıştır. Bu kapsamda davacının görev tanımı da getirtilerek mahkemece yukarıdaki ilke ve esaslar doğrultusunda, bilirkişi heyeti raporu alınarak davalıya ait tüm şirketlerde fesihten önce ve sonraki 6 aylık dönemlerde işe alınanların ve yaptıkları görevlerin net bir biçimde (imzalı iş sözleşmeleri, işe giriş bildirgeleri vb. belgelerle) tespit edilerek, davacının çalıştığı veya çalışabileceği pozisyona işçi alımı olup olmadığı, davacının eğitim durumu ve görevine göre çalıştırılabileceği bir pozisyonunun bulunup bulunmadığı belirlenmeli ve işletmesel kararın objektif ve tutarlı olarak uygulanıp uygulanmadığı ayrıca feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde tespit edilmelidir. Eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; Y. 9. HD., 21.12.2017, 19125/22073; Y. 22. HD., 19.09.2017, 38842/18427; Y. 22. HD., 19.09.2017, 38841/18426; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 26.01.2019.

⁸⁰¹ Y. 9. HD., 27.12.2004, 15026/29674, “Diğer taraftan davalı işveren ekonomik nedenlerle iş sözleşmesini feshettiğini belirtmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu’na 4773 sayılı Kanun’la eklenen 13/A maddesinin gerekçesinde, işyeri dışından kaynaklanan bu gibi hallerde öncelikle fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin rızası ile çalışma sürelerinin kısaltılması, işin zamana yayılması, feshin en son çare olarak düşünülmesi gerektiği öngörülmüştür. Davalı ileri sürdüğü ekonomik nedenleri ispatlayamadığı gibi fesih nedeni olarak gösterdiği alacakların tahsil edilemediği hususu geçerli fesih nedeni olarak kabul edilemez. Bunun yanında Yasanın gerekçesinde belirtilen yöntemin uygulanmadığı, bir başka deyişle işçinin rızası ile çalışma sürelerinin kısaltılması, işin zamana yayılması, fazla çalışmaların kaldırılması yoluna başvurulmadığı da açıktır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 28.01.2019.

durum işveren açısından söz konusu değildir. Nitekim işin zamana yayılması, işveren için her halükârda verim kaybı anlamına gelmektedir. İşveren bu tedbire başvurarak, üretimden elde ettiği faydayı azaltmaktadır. Bu sebeple işverenin bahsi geçen tedbire hangi ölçüde zorlanacağı sorusu akla gelebilir. Bu soruya işverenin penceresinden cevap verilecek olursa, işin zamana yayılması işveren bakımından kural olarak katlanılabilir bir tedbir değildir. Dolayısıyla bu tedbire başvurulurken taraf menfaatleri arasındaki hassas dengenin iyi gözetilmesi gerekir. İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde işverenin temel amacı, işletmesinin ekonomik menfaatlerini korumak, kâr marjını artırmaktır. Ancak işin zamana yayılarak yavaşlatılması halinde ister istemez işletmenin ekonomik geleceği zarara girebilir, rekabet gücü olumsuz etkilenebilir. Bu nedenle işin zamana yayılması suretiyle hedeflenen amaca kısmen de olsa ulaşmak mümkün değilse işverenden bu tedbire başvurusu beklenemez⁸⁰².

Özellikle iş azalmasının süreklilik arz ettiği hallerde işin zamana yayılarak yavaşlatılması, işletmenin rantabilitesi ve büyümesini önemli ölçüde engelleyebilir. Ayrıca işveren işletmenin giderlerini karşılayamayacak durumdaysa ve iş azalması süreklilik arz ediyorsa, işin zamana yayılarak yavaşlatılması gibi bir önleme başvurmak mümkün değildir. O halde işverenin bu tedbire başvurabilmesi için iş azalması geçici bir nitelik arz etmelidir. İşveren, iş azalmasının geçici bir süre devam edeceğini önceden tespit edebiliyorsa, işi zamana yayarak iş sözleşmelerinin feshini engelleyebilir⁸⁰³.

2.4.5. Çalışma Saatlerini Düşürme

İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, feshe seçenek oluşturan bir diğer önlem ise işyerindeki çalışma saatlerinin tüm işçileri kapsayacak şekilde düşürülmesidir. Ancak bu tedbir, daha sonra değineceğimiz kısa çalışmadan farklıdır. Kısa çalışmada Kanun'dan kaynaklanan birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Oysa çalışma saatlerinin genel olarak düşürülmesi ile ilgili kanunlarımızda herhangi

⁸⁰² BİRBEN, s. 236, 237.

⁸⁰³ BİRBEN, s. 238, 239, Yazara göre, burada geçicilik kavramından ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bu durumda geçici sürenin tespitinde bildirim sürelerinin esas alınması mümkün değildir. Türk Hukuku bakımından esas alınması gereken, kısa çalışmalar için öngörülen üç aylık süredir. Buna göre, işyerinde üç ay içerisinde iş azalmasının ortadan kalkacağı tahmin edilebiliyorsa, bu halde işveren işi zamana yayarak iş sözleşmelerinin feshine engel olmakla yükümlüdür.

bir düzenleme bulunmamaktadır. İşveren, İşK. m.22'ye göre bu tedbire başvurmaktadır.

Bu tedbirle işveren, işletme gereklerinden ötürü bir kısım işçilerin sözleşmelerini feshetmek yerine çalışma saatlerini tüm işçiler bakımından düşürerek iş ilişkisinin devamını sağlamayı hedeflemektedir. Buna bağlı olarak işçilerin almış oldukları ücretlerde de azalma meydana gelecektir. Dolayısıyla bu tedbirin uygulanması, aynı zamanda çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik meydana getirir. Bu sebeple bahsi geçen tedbire başvurulabilmesi için İşK. m.22 kapsamında işçilerin onayının alınması şarttır. İşveren, tek taraflı olarak böyle bir değişikliğe gidemez.

Burada önemle üzerinde durulması gereken mesele, işverenin son çare ilkesi kapsamında bu tedbiri almaya zorlanıp zorlanamayacağıdır. Çünkü bahsi geçen tedbirin uygulanması halinde işveren, yalnızca bir veya birkaç işçinin iş sözleşmesini feshederek işletme gereklerinden kaynaklanan sebepleri bertaraf etme imkânına sahipken; tüm işçiler bakımından çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmaya zorlanmaktadır. Kanaatimizce işverene böyle bir yükümlülük yüklenemez. İşveren, iş ilişkisini devam ettirmek amacıyla bu önleme başvurmakta serbesttir. Bütün işçilerin onayı alınmak suretiyle işyerindeki çalışma saatlerinin genel olarak düşürülmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Ancak işveren, tüm işçilere böyle bir teklifte bulunmaya zorlanamaz. Üstelik sözleşmesi feshedilecek işçilerin, fesihle ilgisi olmayan diğer işçilerin iş sözleşmelerine değişiklik feshi yoluyla müdahale edilmesini, işverenden talep etme yetkileri yoktur. Böyle bir talep, borç ilişkisinin nispiliği ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeplerle çalışma saatlerinin genel olarak düşürülmesi, feshe alternatif bir önlem olarak değerlendirilemez⁸⁰⁴.

Yargıtay, 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde vermiş olduğu kararlarında, işverenin feshi engellemek amacıyla işçinin onayını alarak çalışma saatlerini düşürme yoluna başvurması gerektiğini içtihat etmiştir. Yüksek Mahkeme, işyerindeki çalışma saatlerinin genel olarak değil, yalnızca sözleşmesi

⁸⁰⁴ BİR BEN, s. 247, 248.

feshedilecek işçi bakımından düşürülmesini son çare ilkesi kapsamında feshe seçenек bir önlem olarak nitelendirmektedir⁸⁰⁵.

2.4.6. Fazla Çalışmaların Kaldırılması

Fazla çalışmaların kaldırılması, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerin engellenmesi amacıyla başvurulanan bir seçenек önlemdir. İşverenin işyerinde sürekli olarak fazla çalışma yaptırmaması, aslında bu işyerinin mevcut personel sayısından daha fazlasına ihtiyaç duyduğunun bir göstergesidir. Dolayısıyla işveren, bazı işçilerin iş sözleşmelerini feshetmeden önce, fazla çalışma yaptırdığı işçilerin payına düşen işlerin bir kısmını, sözleşmesi feshedilecek işçilere dağıtmalıdır. Gerçekten de işverenin bir yandan personel ihtiyacı nedeniyle bazı işçilere sürekli olarak fazla çalışma yaptırmaması, buna karşılık bazı işçilerin sözleşmelerini ise işletme gereklerine dayanarak feshetmek istemesi halinde, ortada işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebin olduğunu söylemek güçtür⁸⁰⁶. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, iş sözleşmesi feshedilmeden önce son çare ilkesi kapsamında fazla çalışmaların kaldırılması gerekir⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ Y. 9. HD., 08.07.2003, 12442/13123, “Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmaması aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır.”; Y. 9. HD., 30.10.2003, 18346/18347; Y. 9. HD., 08.11.2004, 12698/25058; Y. 9. HD., 10.09.2003, 14846/14142; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 28.01.2019.

⁸⁰⁶ SÜZEK, s. 595; GÜZEL, Son Çare, s. 73 vd.; BİRBEN, s. 240; TULUKCU, s. 249.

⁸⁰⁷ Y. 22. HD., 20.02.2012, 2011/9465, 2012/2277, “Somut olayda davacının iş sözleşmesi tüm dünyada ve ülkemizde yaşanan ekonomik krizin kulübü de olumsuz olarak etkilemesi ve bu kapsamda tensikat zorunluluğu doğması gerekçesiyle feshedilmiştir. Mahkemece tek mali müşavir bilirkişiden alınan rapor doğrultusunda feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek isteğin reddedilmesi doğru görülmemiştir. Üniversitelerin ilgili kürsülerinde çalışan öğretim üyeleri arasından seçilecek bir işletmeci, bir mali müşavir ve bir hukukçudan oluşacak işin uzmanı olan üç kişilik bir bilirkişi kurulundan rapor alınarak; davacının yaptığı işe olan ihtiyacın ortadan kalkıp kalkmadığı, davacının istihdam fazlası durumuna gelip gelmediği, davalı işverenin ekonomik krizin etkilerinin giderilmesi için fesihden önce fazla çalışmaların kaldırılması, izinlerin kullanılmasında, ücretsiz izin uygulamasına gidilmesi gibi yöntemlere başvurup başvurmaması, davacıya başka yerde ya da başka türlü bir iş önerilip önerilmediği araştırılıp belirlendikten sonra ortaya çıkacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; Y. 22. HD., 20.02.2012, 2011/9464, 2012/2276; Y. 9. HD., 27.12.2004, 15026/29674; Y. 7. HD., 20.10.2016, 29721/16996; Y. 7. HD., 20.01.2016, 2015/34068, 2016/392; Y. 7. HD., 03.12.2015, 20141/24172; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 28.01.2019.

Fazla çalışmaların kaldırılması, her zaman son çare ilkesi kapsamında feshe seçenек önlem olarak değerlendirilemez. İşveren, bazı durumlarda fazla çalışmalarını kaldırmadan da bir kısım işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilir. Bu değerlendirmeyi yaparken somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, iş sözleşmesi feshedilecek işçiler, fazla çalışmaya konu işin gerektirdiği bilgi ve tecrübeye sahip olmayabilirler. Yine bu işçilerin, fazla çalışmaya konu işin yapıldığı yerdeki araçları kullanabilecek teknik donanımları bulunmayabilir. Böyle durumlarda işverenden fazla çalışmalarını kaldırarak, bu tür işleri diğer işçiler arasında paylaşması beklenmemelidir. Ayrıca işverenin bu tedbire başvurabilmesi için fazla çalışmaların süreklilik arz etmesi gerekir. Kısa süreli ve arazi nitelikteki fazla çalışmalar bakımından, bu tedbire başvurularak iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması mümkün değildir⁸⁰⁸.

Doktrinde bazı yazarlar, yasal sınırlar içerisinde yaptırılan fazla çalışmaların feshe alternatif bir tedbir olmadığını; ancak işverenin bazı işçilerin sözleşmelerini feshederek kalan işçilere yasal sınırları aşacak şekilde sürekli olarak fazla çalışma yaptırmasının feshi geçersiz kılacağını ileri sürmektedir⁸⁰⁹. Kanaatimizce bu tedbirin feshe alternatif bir tedbir sayılabilmesi için böyle bir ayırım yapmaya gerek yoktur. İşveren, yasal sınırlar çerçevesinde sürekli olarak fazla çalışma yaptırır da, fazla çalışmalarını kaldırmadan bir kısım işçilerin iş sözleşmelerini feshederse, fesih son çare ilkesine aykırı ve geçersiz olacaktır⁸¹⁰.

Fazla çalışmaların kaldırılması işveren açısından katlanılabilir değilse, işverene aşırı bir ekonomik yük getiriyorsa, bu tedbire başvurması işverenden beklenmemelidir. Çünkü işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde işverenin en büyük önceliği, işletmesinin ekonomik menfaatlerini korumaktır. Bu sebeple ekonomik açıdan zor duruma düşeceği bir önlemi alması işveren açısından anlamlı değildir.

⁸⁰⁸ **BİRBEN**, s. 241, 242; **SÜZEK**, s. 595, Yazara göre, üretim bölümünden işçi çıkarılması, idari personelin fazla çalışmaya tabi tutulmasına engel değildir. Böyle bir olayda feshin geçersizliği ileri sürülemez. Başka bir deyişle, konu küçük işyerleri değilse, feshin geçersizliğine karar verilebilmesi için işyerinin tümünde değil, işten çıkarılacak işçilerin çalıştığı bölümde aynı işi yapanların fazla çalışmalarının kaldırılmamış olmasının varlığı aranmalıdır.

⁸⁰⁹ **ENGİN**, Murat (2003), İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi (B.1), İstanbul, Beta, s. 93, Aktaran: **BİRBEN**, s. 242, 243, dn. 841; **TURGUT**, s. 133.

⁸¹⁰ Aynı yönde bkz., **BİRBEN**, s. 243.

2.4.7. Geçici İş İlişkilerinin Sonlandırılması

Geçici iş ilişkisi, İşK. m.7’de düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisinde, bir işveren kendi işçisini, geçici ve nispeten kısa bir süre için çalışmak üzere başka bir işverenin emrine vermiştir. Bir diğer deyişle geçici (ödünç) iş ilişkisi; bir işverenin, işçisinin iş görme borcunu belirli veya geçici bir süreyle başka bir işverenin emrine vermesiyle oluşan iş ilişkisidir⁸¹¹.

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde işveren, kendi işçilerinden önce geçici işçilerin iş ilişkilerini sona erdirmelidir. Çünkü iş güvencesinin ve son çare ilkesinin asıl amacı, işveren ile işçi arasındaki sözleşmenin sürekliliğini sağlamaktır. Bu tür fesihlerde işverenin, bir yandan işletmesinin ekonomik menfaatlerini düşünerek işçi çıkarması, öte yandan da başka işverene ait işçilerle iş ilişkisi kurması çelişkili bir durum yaratmaktadır. Ancak işverenin bu tedbire başvurabilmesi için geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin yapmış olduğu işlerin, kendi işçileri tarafından da yapılmasının mümkün olması gerekir. Şayet geçici işçiler tarafından yapılan işler belli bir uzmanlığı gerektiriyorsa ve bu işlerin işverenin kendi işçileri tarafından yerine getirilmesi mümkün değilse, işverenden bu tedbire başvurması beklenemez.

İşverenin kendi işçileri, belli bir mesleki eğitim neticesinde geçici işçilerin sahip olduğu niteliğe sahip olacaklarsa, işveren öncelikle kendi işçilerini mesleki eğitime tabi tutmalıdır. Bu noktada verilecek eğitimin maliyeti ve diğer bazı kriterler de değerlendirmeye esas alınacaktır. İşveren, ileride açılacak işe iade davasında hangi sebeplerden ötürü geçici işçileri işyerinde çalıştırmak zorunda kaldığını ispat etmek zorundadır⁸¹².

2.4.8. İşçilerin Ücretsiz İzne Çıkarılması

İşçilerin ücretsiz izne çıkarılmasının feshe seçenek oluşturan bir önlem olup olmadığı tartışmalıdır. Ücretsiz izin, esasında iş sözleşmesinin tarafların anlaşması suretiyle askıya alınması anlamına gelir. Bu durumda işçi geçici olarak iş görme edimini yerine getiremezken, işveren de bunun karşılığında herhangi bir ücret ödememektedir. Genellikle her iki taraftan birinin sözleşmeden doğan

⁸¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 122.

⁸¹² BİRBEN, s. 249.

yükümlülüklerini yerine getirmesinin geçici olarak imkânsız olduğu hallerde, iş sözleşmesinin devamını sağlamak amacıyla sözleşmenin taraf iradeleri doğrultusunda askıya alınması gündeme gelebilir⁸¹³.

Ücretsiz izin, niteliği itibariyle çalışma koşullarında da esaslı değişiklik meydana getirmektedir. Bu sebeple işverenin bahsi geçen tedbire başvurmadan önce İşK. m.22’de yer alan şartlara uygun hareket etmesi gerekir. Çünkü ücretsiz izinde işletme rizikosunun işçi tarafından yüklenilmesi söz konusudur. İşçi bu dönemde hem ücretinden hem de ücretine bağlı diğer haklardan mahrum kalmaktadır. Bu yüzden ücretsiz izinden önce işçinin rızasının alınması şarttır⁸¹⁴.

Yargıtay, dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde işverenin tek taraflı olarak işçiyi uzun bir süre ücretsiz izne çıkarmasının iş sözleşmesinin gizli feshi anlamına geldiğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre bu tür fesihler geçersizdir⁸¹⁵.

Yargıtay’a göre ücretsiz iznin, son çare ilkesi kapsamında feshe seçenек oluşturаn önlemler içinde değerlendirilmesi gerekir⁸¹⁶. Doktrinde de İşK. m.22’de öngörülen koşullara uyularak işçilerin ücretsiz izne çıkarılmasının, fesih yerine alternatif bir tedbir olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸¹⁷. Gerçekten de özellikle işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle (satışların azalması, siparişlerin iptal edilmesi, ekonomik kriz) yapılan fesihlerde, işyerinde geçici bir süreyle işgücü fazlalığı meydana gelmiş olabilir. Bu durumda işveren, iş

⁸¹³ SÜZEK, Askı, s. 127 vd.

⁸¹⁴ SÜZEK, s. 500.

⁸¹⁵ Y. 9. HD., 08.11.2004, 7127/25124, “Davacı işçinin rızası ve yazılı muvafakati bulunmadan işverence davacının tek taraflı ücretsiz izne çıkarılması eylemli bir fesih olup, dairemizin yerleşik içtihatlarına göre bu durum davacı işçi açısından iş akdinin haksız feshi halini oluşturur ve işçi ihbar tazminatına da hak kazanır.”; Y. 9. HD., 04.03.2004, 2003/14633, 2004/4117; Y. 9. HD., 29.01.2004, 2003/12158, 2004/1460; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 28.01.2019.

⁸¹⁶ Y. 9. HD., 28.11.2017, 2016/31276, 2017/19166, “Davalı işverenliğin vardiyaların kısılması, fazla çalışma ve genel tatil çalışmalarının azaltılması gibi tedbirlere başvurduğu anlaşılmakta ise de ücretsiz izin ve kısa çalışma uygulamalarına başvurmadığı anlaşılmıştır. Davalı taraf, bu uygulamaların işçiyi mağdur edeceğini savunarak uygulanmadığını beyan etmektedir. Ancak, işçinin işini kaybetmesinin anılan uygulamalara göre daha ağır bir sonuç olduğu ortadadır. İşveren fesihden önce feshin son çare olması ilkesi doğrultusunda tüm tedbirleri almalı ve de tüketmelidir.”; Y. 9. HD., 27.11.2017, 2016/31457, 2017/19127; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 28.01.2019.

⁸¹⁷ ENGİN, s. 107, Aktaran: BİRBEN, s. 251, dn. 107; BİRBEN, s. 251, 252.

sözleşmelerini feshetmek yerine işçilerin de rızasını almak suretiyle ücretsiz izin yöntemine başvurulmalıdır. Zira ücretsiz izin, işveren açısından daha avantajlı bir uygulamadır. Bu yöntemin işverene herhangi bir ekonomik yükü yoktur. Ücretsiz iznin uygulandığı dönemde, iş sözleşmesi tarafların karşılıklı olarak anlaşması suretiyle askıya alındığı için işverenin işçiye herhangi bir ücret ödemesi gerekmez. Bu sebeple bahsi geçen tedbire başvurulmadan yapılan fesih, son çare ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

İşçi, ücretsiz izin teklifini kabul etmek zorunda değildir. Ancak bu teklifi kabul etmeyen işçi, işverenin ücretsiz izin dışında feshe alternatif oluşturan başka bir tedbire başvurusunun mümkün olduğunu ispat etmedikçe, feshin son çare ilkesine aykırı olduğunu ileri süremeyecektir.

Ücretsiz izin, geçici bir nitelik taşıdığından işverence önerilecek sürenin de dürüstlük kurallarına göre belirlenmesi gerekir. İşveren, dürüstlük kuralı gereğince makul bir süre için bu teklifte bulunabilir. Ancak taraflar aralarında herhangi bir süre kararlaştırmamışlarsa, esas alınacak ölçü yine makul süredir. Makul sürenin ne olduğuna ilişkin baştan kesin bir belirleme yapmak mümkün değildir. Bu sürenin, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı belirlenmesi gerekir⁸¹⁸. Doktrinde bir görüş, kısa çalışma için esas alınan üç aylık sürenin, ücretsiz izin bakımından da makul bir süre olduğunu ileri sürmektedir⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Aynı yönde bkz., **SÜZEK**, s. 501, Yazara göre, taraflar aralarında anlaşarak ücretsiz izni belli bir süreye bağlasalar bile bu süre dürüstlük kurallarına göre makul süre sınırını aşıyorsa, taraflarca kararlaştırılan süre değil, makul süre esas alınmalıdır. Çünkü iş sözleşmesinin askıya alınma teorisi ve tanımı gereği askı hali ancak geçici bir süreyle devam edebilir; Y. 9. HD., 30.03.2006, 2005/28789, 2006/8012, “Davacının hizmet akdi, askıya alındığı 06.04.2004 tarihinde işveren tarafından feshedildiği gerekçesiyle ihbar tazminatı hüküm altına alınmışsa da davacı başlangıçta askıya karşı çıkmamıştır. Daha sonra askı süresinin uzaması üzerine 28.05.2004 tarihli yazı ile hizmet akdini 4857 sayılı yasanın 24/II-e maddesi gereğince haklı olarak feshettiğini işverene bildirmiştir. Fesih yazısının 01.06.2004 tarihinde işverene tebliğ edildiği anlaşıldığından akdin 01.06.2004 tarihinde haklı nedenle davacı tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸¹⁹ **ENGİN**, s. 109, Aktaran: **TURGUT**, s. 157, dn. 422.

2.4.9. Kısa Çalışma

Kısa çalışma, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun⁸²⁰ ek 2'nci maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca kısa çalışmaya ilişkin hükümler, 30 Nisan 2011 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik'te⁸²¹ de yer almaktadır.

Ekonomik kriz ve bazı zorlayıcı sebeplerin ortaya çıktığı dönemlerde kısa çalıştırılan işçilerin gelir kayıpları, belirli koşullar altında işsizlik sigortası tarafından, kısa çalışma ödeneği ödenerek karşılanmaktadır. Bu şekilde ekonomik kriz sebebiyle işçilerin ücretlerini ödeme noktasında güçlük çeken işverenlere, iş sözleşmelerini feshetme yoluna gitmeden krizi aşmaları için destek sağlanmakta, aynı zamanda iş ilişkisinin korunmasına da hizmet edilmektedir. Ancak kısa çalışma ödeneği, işçinin normal ücretinin tamamını karşılamamaktadır. Bu nedenle bahsi geçen uygulamada, işletme rizikosunun bir kısmına da işçi katlanmaktadır.

Kısa çalışma kavramı, Yönetmelik'te tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, kısa çalışma, üç ayı geçmemek üzere işyerinde uygulanan çalışma süresinin, işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını ifade eder (Yön. m.3/1-ç)⁸²².

Kısa çalışma esasına başvurulabilmesi için birtakım koşulların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle ekonomik kriz veya zorlayıcı bir nedenin varlığı şarttır. 4447 sayılı Kanun ek m.2/1 ve Yön. m.1 ve 3 gereğince kısa çalışmanın söz konusu olabilmesi için 4447 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılan kişileri hizmet sözleşmesine tabi olarak çalıştıran işveren, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ya da zorlayıcı nedenlerle işyerindeki faaliyetini, yukarıda belirtilen süreler kadar azaltmalı veya tamamen yahut kısmen durdurmalıdır.

⁸²⁰ RG., 08.09.1999, 23810.

⁸²¹ RG., 30.04.2011, 27920.

⁸²² Ayrıntılı bilgi için bkz., **AKYİĞİT**, Ercan (2004), Kısa Çalışma, TÜHİS., C.19, S.1-2, s. 1. vd. (Kısa Çalışma); **ASTARLI**, Muhittin (2010), Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklileri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil, S.17, s. 75 vd. (Kısa Çalışma); **AYDIN**, Ufuk (2009), Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil, S.13, s. 29 vd. (Kısa Çalışma); **BAŞTERZİ**, s. 63 vd.

Yönetmeliğin 3'üncü maddesine göre; genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı (Yön. m.3/1-c); sektörel kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı (Yön. m.3/1-ğ); bölgesel kriz ise, ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı (Yön. m.3/1-b) durumları ifade eder.

Zorlayıcı neden kavramı ise; *“İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları, ... ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır (Yön. m.3/1-h).

Kısa çalışma esasının uygulanabilmesi için, işyerindeki haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması ya da süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması gerekmektedir. Kısa çalışma, en fazla üç ay süre ile yapılabilir.

Kısa çalışma yapılmasını isteyen işveren, bu talebini gerekçelendirerek Türkiye İş Kurumu'na ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikaya yazılı olarak bildirir (ek m.2/2, Yön. m.4/1). Bu bildirimde nelerin yer alması gerektiği Yönetmelik'te belirtilmiştir (Yön. m.4/2). İşyerinde kısa çalışma yapılıp yapılmayacağına Türkiye İş Kurumu tarafından karar verilir (Yön. m.5). Bu hususta işçilerden onay alınmasına gerek yoktur⁸²³. İşveren durumu, işyerinde işçilerin görebileceği bir yerde ilân eder ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasına da bildirir. İlân yoluyla işçilere duyuru yapılmadığı hallerde, kısa

⁸²³ SÜZEK, s. 794, Yazara göre, iş ilişkilerinde birçok sorunun çözümü için önerildiği üzere, ülkemizde de Avrupa Birliği üyesi ülkelerde olduğu gibi işçi temsilciliği sistemine geçilmiş olsaydı, kısa çalışmaların idari bir makamın onayına gerek kalmaksızın katılımcı yöntemle ve karşılıklı anlaşmayla gerçekleştirilmesi mümkün hale gelirdi.

çalışmaya tabi tutulacak işçilere yazılı bildirim yapılır⁸²⁴. Kısa çalışmanın devlet bakımından sonucu ise işçilere kısa çalışma ödeneği ödenmesidir. Buna göre, kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonu'ndan işçilere kısa çalışma ödeneği ödenir (ek m. 2/3)⁸²⁵.

Bu açıklamalardan sonra kısa çalışmanın, son çare ilkesi kapsamında feshe seçenек önlem olarak kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir. Kısa çalışmanın amacı, işletmede mevcut iş miktarı ile işgücünü, iş sözleşmelerinin feshine gerek kalmadan dengelemektir. Dolayısıyla kısa çalışmanın bu işlevi yerine getireceğinden şüphe bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, işyerinde kısa çalışma uygulanması, feshe oranla daha hafif bir tedbirdir. Gerçekten de kısa çalışma durumunda hiç çalışmayan veya çalışma süresi kısaltılan işçiye işveren tarafından ya hiç ücret ödenmemekte ya da çalışma süresiyle orantılı olarak ücret ödenmektedir. Aradaki ücret farkının bir kısmı ise kısa çalışma ödeneği ile karşılanmaktadır. Bu sebeple kısa çalışma uygulamasının iş sözleşmelerinin feshini ortadan kaldırdığı dikkate alındığında, feshe alternatif bir önlem olarak değerlendirilmesi gerekir⁸²⁶. Ancak burada tartışılması gereken esas sorun, işverenin bu tedbire başvurmaya ne ölçüde zorlanacağıdır. Acaba işçi, her durumda işyerinde kısa çalışma uygulamasına başvurulmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğunu ileri sürebilecek midir?

Yargıtay, kısa çalışma esasına başvurulmadan iş sözleşmelerinin feshedilmesini son çare ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre işçinin işini kaybetmesi, kısa çalışmaya kıyasla daha ağır bir sonuç doğurmaktadır. Bu sebeple iş sözleşmesi feshedilmeden önce bu yöntemin uygulanmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır⁸²⁷.

⁸²⁴ SÜZEK, s. 794.

⁸²⁵ AKYİĞİT, Kısa Çalışma, s. 22 vd.; AYDIN, Kısa Çalışma, s. 35 vd.

⁸²⁶ BAŞTERZİ, s. 64; TULUKCU, s. 264; BİRBEN, s. 260; ASTARLI, Kısa Çalışma, s. 81.

⁸²⁷ Y. 9. HD., 15.11.2016, 15152/19481, "O halde mahkemece, insan kaynakları ve işletmesel yapılanma ve kadro çalışmaları konusunda uzman bir bilirkişi ile mali müşavir ve davalı işverenin faaliyet konularında uzman bilirkişilerden oluşacak bilirkişi heyetine yerinde inceleme yetkisi de verilmek suretiyle; Birlik merkezinde Birlik, Bağlı Kooperatifler ve işletmelerin ekonomik verileri, geçmiş yıllara göre kar-zarar durumu, yeni yatırımlar, yapılan fesihler ve işçi alımı, norm kadro çalışması ve toplu işçi çıkarılması, zarar varsa ekonomik tedbirler alınıp alınmadığı, fazla

Kısa çalışmanın feshe seçenек bir tedbir olarak değerlendirilebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, işyerindeki iş eksikliği geçici nitelikte olmalı, süreklilik arz etmemeli, feshi gerektiren sebepler işyeri dışından kaynaklanmalı ve bu tedbir teknik olarak işyerinde uygulanabilir olmalıdır. Aksi takdirde işverenden bu tedbire başvurusu beklenemez⁸²⁸.

Somut olayın özelliklerine göre işletmedeki iş azlığının tahmin edilebilir bir süre içerisinde ortadan kalkacağı yeterli derecede tespit edilirse, kısa çalışma uygulamasına başvurulması mümkündür. Ancak iş azalmasının uzun sürmesi halinde bu tedbire başvurulamaz. Nitekim iş azalmasının süreklilik arz etmesi, kısa çalışmayla hedeflenen tüm avantajları ortadan kaldırmaktadır⁸²⁹. Ayrıca yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içinden kaynaklı sebeplerde de kısa çalışma uygulamasına başvurulamaz. İşyeri içinden kaynaklanan sebeplerde, işverenin almış olduğu işletmesel karar neticesinde işgücü fazlalığı meydana gelmiştir. İşverenin bu kararı, iş azaltmayı değil, işletme organizasyonunun revize edilmesini amaçlamaktadır. Bu sebeple işyerindeki istihdam olanağı sürekli olarak ortadan kalkmıştır. Görüldüğü üzere burada kısa çalışma, işveren tarafından hedeflenen amaca hizmet etmemektedir.

mesailerin kaldırılıp kaldırılmadığı, yıllık izinlerin ve ücretsiz izinlerin kullanılıp kullanılmadığı, kısa çalışma ödeneğine başvurulup başvurulmadığı ile ilgili varsa tüm işveren kayıtları üzerinde inceleme yapılarak fesih nedenleri somut bir şekilde ortaya konulmalı, davalı işverenin fesihten önce ve sonraki 6 aylık dönemlerde işçi hareketleri detaylı bir şekilde incelenerek davacı ile aynı unvanda ya da davacının görevlendirilmesinin mümkün bulunduğu unvanlarda işçi alınıp alınmadığı tespit edilmeli böylece davacı ve davalı beyanları ile tanık ifadeleri ve tüm deliller tartışılarak işletmesel kararın tutarlı ve keyfilikten uzak bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı, davalı işverenin fesih öncesi alınması gerekli tüm tedbirleri alıp almadığı ve neticede feshin son çare olup olmadığı hususları tereddütsüz bir şekilde belirlenmelidir.”; Y. 9. HD., 27.11.2017, 2016/31457, 2017/19127, “Davalı işverenliğin vardiyaların kısılması, fazla çalışma ve genel tatil çalışmalarının azaltılması gibi tedbirlere başvurduğu anlaşılmakta ise de ücretsiz izin ve kısa çalışma uygulamalarına başvurmamış olduğu anlaşılmıştır. Davalı taraf, bu uygulamaların işçiyi mağdur edeceğini savunarak uygulanmadığını beyan etmektedir. Ancak, işçinin işini kaybetmesinin anılan uygulamalara göre daha ağır bir sonuç olduğu ortadadır. İşveren fesihten önce feshin son çare olması ilkesi doğrultusunda tüm tedbirleri almalı ve de tüketmelidir.”; Y. 7. HD., 21.09.2016, 19666/14571; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸²⁸ **BİRBEN**, s. 256; **ASTARLI**, Kısa Çalışma, s. 79.

⁸²⁹ **BİRBEN**, s. 256, Yazara göre, tahmin edilebilir süre, kısa çalışma süresini aşmayan süre olarak tanımlanabilir. Bu süre de İş Kanunu’nun 65’inci (şimdiki 4447 sayılı Kanun’un ek 2/1’inci) maddesine göre üç ayı geçmeyecektir; Aynı yönde bkz., **ASTARLI**, Kısa Çalışma, s. 80.

Ancak işyeri dışından kaynaklı tüm sebeplerde de kısa çalışma yapılması söz konusu değildir. Kanun koyucu kısa çalışmayı yalnızca “*genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ve zorlayıcı sebepler*” ile sınırlandırılmıştır⁸³⁰.

Kısa çalışma yöntemi yalnızca ekonomik açıdan değil, teknik açıdan da uygulanabilir olmalıdır. Şayet işletmede yürütülen faaliyetin niteliği kısa çalışmaya imkân tanımıyorsa, işverene herhangi bir yük getirmese bile kısa çalışma tedbirine başvurulamaz. Örneğin, bazı faaliyetler niteliği gereği süreklilik arz etmektedir. Bu tür faaliyetlerde kısa çalışma tedbirine başvurulması mümkün değildir. Dolayısıyla kısa çalışmanın bir işletme bakımından uygulanabilir olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilecektir⁸³¹.

İşveren, kısa çalışma tedbirine en fazla üç ay süreyle başvurabilir. Üç aylık sürenin sonunda kısa çalışmaya sebep olan halin ortadan kalkmaması durumunda, işletmede sürekli bir iş azalması meydana gelmiş demektir. İşverenin içine düştüğü ekonomik güçlüğü süreklilik arz etmesi halinde, iş sözleşmelerinin geçerli sebeple feshi de mümkündür. Ancak kısa çalışma dışında feshe alternatif teşkil eden başka bir tedbir varsa, işveren son çare ilkesi gereğince bu tedbiri de uygulamalıdır.

2.5. Değişiklik Feshi

2.5.1. Kavram

Feshe seçenek oluşturan önlemlerin birçoğunda İşK. m.22’de düzenlenen değişiklik feshi gündeme gelebilir. Nitekim işçinin başka bir işte çalıştırılması, mesleki eğitime tabi tutulması, işyeri organizasyonunda değişiklikler yapılması, çalışma saatlerinin düşürülmesi ve işçilerin ücretsiz izne çıkarılması gibi birçok durumda esasen çalışma koşullarında da işçi aleyhine birtakım değişiklikler meydana gelmektedir. Üstelik bu durum yalnızca işletme gerekleriyle yapılan fesihler için değil, işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan tüm fesih sebeplerinde geçerlidir. Bu nedenle değişiklik feshini ayrı bir başlık altında incelemek gerekir.

Değişiklik feshi, İş Kanunu’nun 22’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki*

⁸³⁰ BİRBEN, s. 258 vd.

⁸³¹ ASTARLI, Kısa Çalışma, s. 80.

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 işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir (f.1). Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz (f.2)''.

Bahsi geçen hükümle birlikte işçi, çalışma koşullarında aleyhe yapılan esaslı değişiklikleri kabul etmediği takdirde, işveren ya bu değişiklikten vazgeçecek ya da iş sözleşmesini feshetmek mecburiyetinde kalacaktır. Böylelikle işçi, yalnızca kıdem tazminatı değil, sözleşmenin işveren tarafından feshine bağlanan bütün haklarını elde edebilecek, ihbar tazminatı ve iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilecektir. Ayrıca koşulları varsa feshin geçersizliği ve işe iadeyi de talep edebilecektir. Bir diğer deyişle, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması halinde, sözleşmeyi fesih riski işverenin üzerine yüklenmektedir.

Değişiklik feshine ilişkin hükümler, aslında iş güvencesinin özel bir alanını oluşturmaktadır. İşverenin yapacağı tek taraflı değişikliklere karşı işçinin korunması, iş güvencesinin ana fikriyle de uyumludur. Zira işveren, geçerli bir fesih sebebi bulunmadığı için iş sözleşmesini feshedemeyecekse, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik yaparak işçiye feshe zorlayabilir ve böylelikle iş güvencesi hükümlerini de dolanabilir. Kanun koyucu bu durumu engellemek amacıyla işverence yapılan esaslı değişiklikleri birtakım şartlara tabi tutmuştur.

2.5.2. Kapsam

Değişiklik feshine ilişkin hükümler, yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler için değil, iş güvencesi kapsamına girmeyen; fakat İş Kanunu'na tabi olan işçiler bakımından da uygulanır. Çünkü İşK. m.22'de iş güvencesi kapsamına girmeyen

işçilerin istisna tutulduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁸³². Ancak doktrinde bazı yazarlar, bu hükmün yalnızca iş güvencesi kapsamına giren işçiler için uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁸³³.

Basın İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin son fıkrasına göre, İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29'uncu maddeleri kıyas yoluyla basın işçilerine de uygulanır. Bahsi geçen hükümde, İşK. m.22'ye yer verilmemiştir. Dolayısıyla gazeteciler, iş güvencesi hükümlerinden yararlansalar da İşK. m.22'de düzenlenen hükümlerden yararlanamayacaklardır⁸³⁴. Yine belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından da İşK. m.22'nin uygulanması mümkün değildir⁸³⁵.

2.5.3. Değişiklik Feshinin Koşulları

2.5.3.1. İşverenin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapması

İş Kanunu'nun 22'nci maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle işverenin, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzer kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak istemesi gerekir. Ancak toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan çalışma koşullarının, işçi ve işverenin anlaşmasıyla değiştirilmesi mümkün değildir. Bu türden bir değişiklik İşK. m.22'nin kapsamına girmez⁸³⁶.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise “*esaslı değişiklik*”⁸³⁷ kavramı ve bu kavramın yönetim hakkı ile ilişkisidir. Şayet işveren tarafından yapılacak değişiklikler onun yönetim hakkı çerçevesinde kalıyorsa, aleyhe esaslı değişiklik sayılmazlar. Böyle bir durumda İşK. m.22'nin uygulanmasına gerek yoktur. İşveren,

⁸³² **AYDIN**, Ufuk (2011), Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi, Sicil, S.23, s. 23 (Değişiklik Feshi); **SÜZEK**, s. 660; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 567 vd.; **KAR**, s. 251; **TULUKCU**, s. 405.

⁸³³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 109 vd.; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s. 184.

⁸³⁴ **SÜZEK**, s. 661.

⁸³⁵ **SÜZEK**, s. 661; **AYDIN**, Değişiklik Feshi, s. 23.

⁸³⁶ **SÜZEK**, s. 662.

⁸³⁷ **SÜZEK**, s. 662, Yazara göre aleyhe esaslı değişiklik, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale oluşturan, sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini belirli ölçüde bozan değişikliklerdir.

yönetim yetkisi kapsamında dilediği zaman tek taraflı değişiklik yapabilir⁸³⁸. Yine yönetim yetkisinin kapsamını aşan her değişiklik de aleyhe değişiklik sayılmaz. İşveren, yönetim yetkisinin dışına çıksa bile işçi lehine olmak suretiyle herhangi bir koşula bağlı kalmaksızın iş sözleşmesinde değişiklik yapabilir. Ancak bazı durumlarda iş sözleşmesinde yapılan değişiklikler, işçinin pozisyonunu ve ücretini yükseltmekle birlikte daha ağır çalışma koşullarını beraberinde getirebilir. Bu durumda yapılan değişikliğin, işçiye sağlanan bazı karşılıklar ve ikame değerler ile adil bir dengeye kavuşturulması gerekir. Aksi halde esaslı bir değişiklik gündeme gelir ve işçi bunu kabule zorlanamaz⁸³⁹.

İşyerinin devri halinde iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile devralan işverene geçtiği için (İşK. m.6/1), devralan işveren tek taraflı olarak çalışma koşullarını mevcut işçiler aleyhine değiştiremez⁸⁴⁰.

Esaslı değişiklik halleri, kanun koyucu tarafından tek tek sayılmamıştır. Esasen böyle bir sayım yapmak mümkün de değildir. Bu sebeple her somut olayın özelliğine göre hangi değişikliklerin esaslı değişiklik niteliğinde olduğu yargı organı tarafından tespit edilecektir. Uygulamada en sık karşılaşılan değişiklik hali, ücret değişiklikleridir. Ücret konusunda işçi aleyhine yapılacak her türlü değişiklik, esaslı değişiklik sayılacaktır⁸⁴¹. Yargıtay’a göre, işçinin ücretinde herhangi bir azalma

⁸³⁸ CENTEL, s. 191; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANLAR, s. 184; BAŞTERZİ, s. 60, 61.

⁸³⁹ Y. 9. HD., 07.03.2016, 6647/4850, “İşçiye yapılan yemek ve servis gibi aynî yardımın kaldırılıp yerine ikamesi nakdî ödeme yapılması ya da tam tersi nakdî servis ve yemek ücretinin kaldırılıp ikame olarak işyerinde yemek verilmesi yahut otobüs bileti verilmesi, işverenin yönetim hakkı kapsamında olup, bu tür uygulamalar Medenî Kanun’un 2’nci maddesine aykırı olmamak koşuluyla esaslı değişiklik sayılmaz. Ancak yapılan sosyal yardımın, işverenin tek taraflı kararı ile niteliği değiştirilmeden miktarının düşürülmesi veya ödenmemesi, esaslı değişiklik sayılacağından buna yazılı onay vermeyen işçiye talep hakkı verecektir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸⁴⁰ ŞAHLANAN, Fevzi (2014), İşyeri Devri Nedeniyle Oluşan Çalışma Koşullarında Değişiklik (Karar İncelemesi), TİD. (Hukuk Eki), S.86, s. 2 vd.

⁸⁴¹ Y. 9. HD., 07.03.2016, 6647/4850, “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. Bu tür değişiklikler, yukarıda sözü edilen kurallar doğrultusunda ancak işçinin yazılı onayı ile yapılabilir. İşçinin açıkça onay vermediği esaslı değişiklikler işçiyi bağlamaz. Ücret indirimine dair esaslı değişikliğin işçi tarafından açıkça kabul edilmemesine rağmen ödeme döneminde daha az ücret ödenmesi, hatta bu ödemeye dair ücret bordrosunun işçi

olmamakla birlikte, yapılan işyeri değişikliği neticesinde yol ücretini işçinin karşılamak zorunda bırakılması aleyhe esaslı bir değişikliktir⁸⁴². Üstelik yalnızca ücretin değil, işçiye yapılan aynı yardımların kaldırılması da esaslı değişiklik niteliği taşır⁸⁴³. Yine son çare ilkesi kapsamında feshe seçenek oluşturan ücretsiz izin uygulamaları da İşK. m.22'ye göre aleyhe esaslı değişiklik sayılır. Ancak Yargıtay'a göre, ikramiyenin ücrete eklenmek suretiyle kaldırılması esaslı değişiklik sayılmamaktadır⁸⁴⁴. Yüksek Mahkeme, yalnızca ücret alacaklarında yapılan değişikliklerin değil, diğer işçilik alacaklarında yapılan esaslı değişikliklerin de İşK. m.22 kapsamına girdiğini kabul etmektedir⁸⁴⁵.

İşin niteliğinin değişmesi de bazı hallerde aleyhe esaslı değişiklik olarak nitelendirilebilir. Örneğin, son çare ilkesi kapsamında feshe seçenek oluşturan tedbirlerden *“işçinin başka bir işte çalıştırılması”* tüm fesih sebepleri bakımından uygulanan bir tedbirdir. Ancak işveren bu tedbire başvururken işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik meydana geleceğini düşünüyorsa, İşK. m.22'ye uygun hareket etmelidir. Yargıtay, işçinin görev tanımı içerisinde olmayan bir işin, daha hafif olsa bile esaslı değişiklik sayılacağına hükmetmiştir⁸⁴⁶. Ancak Yüksek Mahkeme'ye göre, vasıfsız işçilerin, daha ağır olmamak şartıyla başka bir işe verilmesi mümkündür⁸⁴⁷.

tarafından imzalanması durumunda dahi işçinin fark ücret isteme hakkı devam eder.”; Y. 9. HD., 25.05.2009, 17729/14144; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸⁴² Y. 9. HD., 17.05.2005, 2004/27850, 2005/18819, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸⁴³ SÜZEK, s. 664.

⁸⁴⁴ Y. 9. HD., 01.05.2007, 3938/13775, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸⁴⁵ Y. 9. HD., 30.03.2016, 2014/37052, 2016/7862, “Dosya içeriğine göre davalı işveren 1999 yılında yayımladığı ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç düzenleme ile istifa eden işçilere kıdem tazminatı ödeyeceğini belirtmiş ve 07.10.2011 tarihine kadar uygulamıştır. Bunun artık çalışma koşulu olduğu, işveren iç düzenlemesi ile işyeri uygulamasından kaynaklandığı açıktır. Ayrıca bu işçi aleyhine ve esaslı bir değişikliktir. O halde bunun kaldırılması ve uygulanmaması için 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesindeki koşullara bağlı kalınması gerekir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸⁴⁶ Y. 9. HD., 12.10.2017, 2015/13375, 2017/15659, “Somut uyuşmazlıkta makineci olan davacıdan görev tanımı dışında temizlik, yükleme ve sevkiyat yaptırılmak istenmiştir. Esaslı değişiklik olduğundan, davacı bunu kabul etmek zorunda değildir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

⁸⁴⁷ Y. 9. HD., 25.03.1971, 1970/14123, 1971/4889, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

İş sözleşmesinde taraflar, işçinin çalışacağı işyerini açıkça belirlemişlerse, işçinin onayı olmadan bu işyeri değiştirilemez. Ancak taraflar böyle bir belirleme yapmamışlarsa, işçinin durumunu önemli ölçüde ağırlaştırmadığı sürece aynı il sınırları içerisindeki işyeri değişikliklerinde İşK. m.22'ye başvurmaya gerek yoktur. Yargıtay'a göre, işe gidiş gelişlerde işçiye servis imkânı sağlanmışsa işçi aleyhine esaslı bir değişiklikten bahsedilemez⁸⁴⁸. İşçinin il sınırları dışındaki başka bir işyerinde çalıştırılmak istenmesi ise aleyhe esaslı değişiklik sayılır. Yine işyerinin il sınırları dışına taşınması halinde de aynı durum geçerlidir⁸⁴⁹.

Çalışma saatlerinde yapılan değişiklikler de ücretle bağlantılı olduğu için esaslı değişiklik olarak kabul edilirler. Gerçekten de çalışma saatlerinin düşürülmesi, çoğu zaman ücretin dürülmesi sonucunu da doğurmaktadır. Bu sebeple işveren çalışma saatlerini ve buna bağlı olarak ücreti düşürecekse, İşK. m.22'ye uygun bir yol izlemelidir. Ancak kural olarak, çalışmanın başlama ve bitiş saatlerini belirleme yetkisi işverenin yönetim hakkı içerisinde yer alır. Yargıtay'a göre, çalışma saatlerindeki değişiklikler, ücret üzerinde herhangi bir azalma meydana getirmese bile işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırıyorsa, işçi aleyhine esaslı değişiklik yapıldığı kabul edilmelidir⁸⁵⁰.

Görüldüğü üzere, son çare ilkesi kapsamında feshe seçenek oluşturan önlemlerin birçoğunda aynı zamanda değişiklik feshi de gündeme gelmektedir. Elbette işveren, feshe seçenek tedbirlere başvururken öncelikle işçi aleyhine en az sonuç doğuracak, değişiklik feshine sebebiyet vermeyecek tedbirleri seçmelidir. Ancak bu mümkün değilse, İşK. m.22 kapsamında işçiye çalışma koşullarının değiştirilmesi önerilmelidir.

⁸⁴⁸ Y. 9. HD., 25.03.2010, 2008/21806, 2010/8074, “Somut olayda, davacı işçinin çalıştığı davalıya ait işyerinin Ankara Büyükşehir hudutları içinde olan Temelli'ye taşındığı, yeni işyerine de davalı işveren tarafından servis imkânı verildiği, servislerle gidilip gelindiği anlaşılmaktadır. Bu durumun davacı işçi aleyhine iş şartında aleyhe değişiklik olarak değerlendirilmesi doğru değildir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019; Aksi görüş için bkz., SÜZEK, s. 666, Yazara göre, yeni işyerine gidiş geliş masraflarını işveren karşılasa bile, işçinin yolda çok daha fazla zaman harcaması gerekiyor ve dinlenme için ayırabileceği saatler azalıyorsa aleyhe esaslı değişiklikten bahsedilebilir.

⁸⁴⁹ SÜZEK, s. 667.

⁸⁵⁰ Y. 9. HD., 07.12.1995, 20913/35276, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 30.01.2019.

2.5.3.2. İşverence Değişiklik Yapma Hakkının Saklı Tutulmamış Olması ve Genel İşlem Koşullarının Öngördüğü Düzenleme

Türk Borçlar Kanunu’nun 24’üncü maddesine göre, tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde işverence önceden değişiklik yapma hakkının saklı tutulmuş olması yasaklanmıştır. Bu maddeye göre; “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır*”. Bu sebeple tip iş sözleşmelerinde ve iç yönetmeliklerde değişiklik kayıtları yer alamayacağından işveren, tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutmuş olsa bile bunlarda yapılacak esaslı değişikliklerde İşK. m.22’ye uygun hareket etmek gerekecektir⁸⁵¹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 24’üncü maddesi ile getirilen düzenleme, yalnızca tip iş sözleşmeleri ve işyeri iç yönetmelikleri için uygulanabilir. Dolayısıyla işverenin her işçiyle ayrı ayrı yapacağı iş sözleşmelerinde tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutması mümkündür. Ancak işverene tanınan bu hak da sınırsız değildir. Öncelikle işveren bu hakkı, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun biçimde kullanmalıdır⁸⁵². Ayrıca işçinin ücretinin azalması sonucunu doğuracak tek taraflı değişiklik kayıtları da geçerli değildir. İşin niteliği ve ihtiyaçlardan kaynaklanmak koşuluyla, işçinin başka bir işyerine nakli gibi kayıtlar ise (tip olmayan) bireysel iş sözleşmelerinde yer alabilir. Bu gibi hallerde işçi yapılan değişikliğe uymazsa, işveren, İşK. m.25/1-II-g ve h hükümleri gereğince iş sözleşmesini haklı sebeple ve derhal feshedebilir⁸⁵³.

2.5.3.3. İşçinin Esaslı Değişiklik Önerisini Reddetmesi

Değişiklik feshinin gündeme gelebilmesi için, öncelikle işveren tarafından yapılan bir değişiklik önerisi bulunmalı ve bu öneri işçi tarafından reddedilmelidir. Değişiklik önerisi, İşK. m.22 gereğince yazılı şekilde yapılmalıdır. Kanun’da öngörülen “*yazılılık*” ispat değil, geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla yazılı şekilde

⁸⁵¹ SÜZEK, s. 667, 668; KAR, s. 258.

⁸⁵² TULUKCU, s. 418; AYDIN, Değişiklik Feshi, s. 25 vd.

⁸⁵³ SÜZEK, s. 668; TULUKCU, s. 419; AYDIN, Değişiklik Feshi, s. 25 vd.

yapılmayan değişiklik önerileri işçiyi bağlamaz⁸⁵⁴. Bu husus, İşK. m.22’de de açıkça belirtilmiştir. Ayrıca yapılacak değişiklik önerisinin açık ve belirgin olması gerekir. Muğlak ifadeler içeren ve işçinin çalışma koşullarında ne gibi değişiklikler yapılacağı belli olmayan değişiklik önerileri geçersiz sayılacaktır. Anılan hükümde yazılı bir bildirimden bahsedildiği için değişiklik önerisinin her işçi bakımından ayrı ayrı yapılması gerekir. Genel bir duyuru veya işyerinde ilân edilmek suretiyle değişiklik önerisi yapılamaz⁸⁵⁵.

Kanun’da işçiye değişikliği kabul edip etmeyeceğini değerlendirmesi için düşünme süresi tanınmıştır. İş Kanunu’nun 22’nci maddesinin 1’inci fıkrasına göre, işçi tarafından altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Hükümün amacı, işçinin değişiklik konusunda acele bir karar vermesini engellemektedir. Ancak işçi bu süre dolmadan da yapılan değişikliği kabul veya reddedebilir. Kanun’da öngörülen bu süre, nispi emredici nitelik taşıdığından sözleşmelerle uzatılabilir; ancak işçi aleyhine kısaltılması mümkün değildir.

İşçi, işveren tarafından yapılan yazılı değişiklik önerisini altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul ederse, taraflar arasındaki iş ilişkisi işverenin önerisinde belirttiği yeni koşullar ile devam eder. Burada öngörülen “*süreye bağlı yazılı kabul*”, değişiklik sözleşmesinin geçerlilik şartıdır⁸⁵⁶. Ancak işçi, yapılan değişiklik önerisini

⁸⁵⁴ Y. 9. HD., 18.06.2015, 14156/22230, “4857 sayılı İş Kanunu m.22 uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacak teklifler yazılı yapılmalıdır. Somut olayda davacının çalıştığı departmanda iş azalması nedeniyle davacıya ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle yapılan fesihten önce davacıya başka bir birimde çalışmasının önerildiği iddia edilmekteyse de, dosya içerisinde davacı tarafından sunulan 20.11.2014 tarihli elektronik posta içeriği de dikkate alındığında, 4857 sayılı İş Kanunu m.22’ye aykırı olacak şekilde teklifin yazılı yapılmadığı gibi davalı tanığının yeni pozisyonda davacının ücretinin düşük olacağı yönünde beyanı da dikkate alındığında davalının feshin son çare olması ilkesine uygun davrandığını kanıtlayamadığı, davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.02.2019.

⁸⁵⁵ SÜZEK, s. 669; KAR, s. 262, 263; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 571.

⁸⁵⁶ SÜZEK, s. 670, Yazara göre, altı iş günü geçtikten sonra işçi yazılı kabul beyanını açıklarsa, her ne kadar süresinde kabul edilmediği için işverenin değişiklik önerisi reddedilmiş sayılsa da işverenin süre geçtikten sonra yaptığı öneri ile bağlı olduğunu açıklamasında herhangi bir engel yoktur. Bu durumda işçinin gecikmiş onayını yeni bir öneri olarak değerlendirmek de mümkündür. İşveren bu öneriyi kabul ederse, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur. Ancak işçi, değişikliğin İşK. m.22’de öngörülen yazılı şekil şartına aykırı olduğunu ileri sürecekse, bu iddia iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır. Bir diğer deyişle, şekil şartına aykırılık gereğince yapılan değişikliğin geçersiz olduğunun iddia edilmesi, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olmamalıdır. Örneğin işçi, İşK. m.22’de öngörülen şartlara uyulmadan başka bir işyerine nakledilmişse ve itiraz etmeden bu işyerinde uzun bir süre çalışmışsa, daha sonra yapılan

altı iş günü içinde yazılı olarak reddeder veya suskun kalırsa, işverence yapılan öneri kabul edilmemiş sayılır ve sözleşme aynı koşullarla devam eder. Bu durumda işveren iki seçenekle karşılaşır. İşveren ya çalışma koşullarında yapmayı öngördüğü değişiklikten vazgeçerek sözleşmenin aynı şartlarda devam etmesini kabul edecek ya da değişiklik feshi gündeme gelecektir. Bir diğer deyişle işveren, fesih için geçerli bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayacak ve bildirim sürelerine uymak koşuluyla iş sözleşmesini feshedecektir.

İşverenin yukarıda bahsedilen iki seçeneğe de başvurmayıp, işçiyi değişen çalışma koşulları ile çalıştırmaya zorlaması mümkündür. Sözleşmenin feshi yerine değişiklikte ısrar edilmesi halinde, işverenin ısrar ettiği konu ne ile ilgiliyse buna ilişkin hukuki yaptırımların uygulanması gündeme gelecektir. Örneğin, işçi tarafından kabul edilmemesine rağmen ücrette indirim yapılmış ve indirimli ücret ödeniyorsa, işçi ücret farkının mevduata uygulanan en yüksek faizle birlikte ödenmesini talep edebilir veya işi görmekten kaçınabilir (İşK. m.34). Ücret dışındaki esaslı değişikliklerde ise işverenin değişikliği dayatmaya devam etmesi durumunda, somut olayın özelliğine göre iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi veya işveren temerrüdü gündeme gelecektir. Örneğin, başka bir işyerine nakledilmesine ilişkin teklifi reddeden işçinin işyerine alınmaması halinde, işçi İşK. m.17 ilâ 21 hükümleri uyarınca dava açabilir⁸⁵⁷. Yargıtay, bu son durumu işverenin eylemli haksız feshi olarak kabul etmektedir⁸⁵⁸. Buna karşılık işveren, işin niteliğinde

değişikliğin şekle aykırılık sebebiyle kendisini bağlamadığını ileri sürememelidir. Ancak aynı husus, ücretle ilgili değişikliklerde söz konusu değildir. Nitekim ücret, iş sözleşmesinin asli unsurunu oluşturduğundan, işveren tarafından İşK. m.22'ye aykırı olarak ücrette indirimle gidilmişse işçi, daha sonra zamanaşımı süresi içerisinde aradaki ücret farkını talep edebilmelidir. Böyle bir durum hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilemez.

⁸⁵⁷ SÜZEK, s. 672; AKYİĞİT, s. 172; BAŞTERZİ, s. 62.

⁸⁵⁸ Y. 9. HD., 07.03.2013, 2011/39644, 2013/8037, "Somut olayda davacının iş yerinin bulunduğu Gaziemir'deki işyerinden tahmini 20-25 km. mesafedeki yeni iş yerine gidebilmesi için asgari 2-3 toplu taşıma aracına binmesi gerekeceği, toplu taşıma araçlarında geçen zamanın iş süresinden sayılacağı, davalı tarafından kabul edilmediğine göre davacının kendine ait zamanından veya dinlenme hakkını kullandığı zamandan iş için ayırması gerekeceği, iş çıkışı ve eve dönüş içinde zaman harcaması yapacağı sabittir. İşverenin yeni iş yerine nakil için servis koymadığı gibi yol parası vermediği veya işçinin bu ilave yol harcamalarını karşılayacak şekilde ek ödeme yapmadığı, yapacağına dair taahhütte bulunmadığı, tüm bu değişikliğin davacı işçinin iş şartlarında esaslı değişikliği gösterdiğini, işçinin bu değişikliği açıkça kabul etmediği, etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığı, iş yeri adres değişikliğinin büyükşehir belediye sınırları içinde kalmasının bu durumu değiştirmeyeceği, eski iş yerinde ve eski koşullarda çalışmaya hazır bekleyen davacıya iş verilmemesi ve dolayısıyla karşılığı ücretinin

değişiklik yapmış ve işçiyi işyerine kabul etmekle birlikte değiştirdiği koşullarla çalışmaya zorluyorsa, burada haksız fesih değil işveren temerrüdü (TBK. m.408) söz konusudur⁸⁵⁹. Ayrıca tüm bu hallerde işçinin, İşK. m.24/1-II uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmesi de mümkündür. Ancak fesih işçi tarafından yapılırsa, işçi ihbar tazminatına hak kazanamayacağı gibi iş güvencesi hükümlerinden de faydalanamayacaktır.

2.5.4. Sözleşmenin Değişiklik Feshi ile Sona Erdirilmesi

İşçi değişiklik önerisini kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayıp, bildirim sürelerine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. Dolayısıyla değişiklik önerisi kabul edilmediği takdirde, işverenin fesihten başka imkânı kalmamaktadır. İşveren bu durumda İşK. m.17’de öngörülen bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshedecek ve işçi, şartları varsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşveren, bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle de iş sözleşmesini feshedebilir (İşK. m.17/5)⁸⁶⁰.

İş Kanunu’nun 22’nci maddesinde “*değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını*” ve “*fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Kanun koyucu burada acaba yapılan “*değişikliğin*” geçerli bir nedene dayanmasını yeterli mi görmektedir; yoksa yalnızca değişikliğin değil, “*feshin*” de geçerli bir nedene dayanması gerektiğini mi ima etmektedir? Kanaatimizce burada kastedilen şey, feshin geçerli bir nedene dayandırılmasıdır. Nitekim aksi bir yorum, iş güvencesinin amacına aykırılık

ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin 16.04.2010 tarihi itibarıyla eylemli olarak feshedildiği, eylemli feshin haklı nedene dayanmayacağı, davalı işveren tarafından fesih ile sözleşme ortadan kalktığından artık devamsızlıktan söz edilemeyeceği, devamsızlığa dayalı davalı işverenin sonraki ikinci fesih işleminin de hukuken sonuç doğurmayacağı, feshin haklı nedene dayanmaması sebebiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacaklısı olduğu anlaşıldığından ihbar tazminatı talebinin de kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirmeye bu talebin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 01.02.2019.

⁸⁵⁹ SÜZEK, s. 673; CENTEL, s. 195.

⁸⁶⁰ SÜZEK, s. 674, Yazara göre işçi, altı iş günlük süreyi beklemeden bu süre içerisinde değişiklik önerisini yazılı olarak reddetse bile, işveren süreli fesih hakkını altı iş günlük sürenin sonundan itibaren kullanmalıdır. İşçiye gerekirse altı iş günlük süre dolmadan yazılı olarak bildirmiş olduğu ret kararını geri alma imkânı tanınmalıdır. Kanun’un amacı iş sözleşmesinin sona erdirilmesi değil, mümkün olduğu ölçüde iş ilişkisinin devamını sağlamaktır.

teşkil edeceği gibi feshe karşı korumanın zayıflatılması sonucunu da doğurur. Kanun koyucu, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde hangi nedenlerin fesih için geçerli neden sayılacağını düzenlemiştir. Bunlar dışında, “*değişikliğin geçerli nedene dayanması*” gibi yeni bir fesih türü öngörülemez. Böyle bir yorum, İşK. m.18'in amacına açıkça aykırıdır⁸⁶¹.

İşverenin fesih yoluna gidebilmesi için yapacağı feshin geçerli bir nedene dayanması gerekir. İş Kanunu'nun 18'inci maddesi kapsamında geçerli bir nedenin söz konusu olduğu hallerde, işveren son çare ilkesi gereğince öncelikle İşK. m.22'yi uygulamak zorundadır. Bu hüküm, feshin son çare olması ilkesi kapsamında feshe seçenek oluşturan bir önlem niteliğindedir. Yargısal denetimde, işverenin son çare ilkesine uygun davranarak İşK. m.22'yi uygulayıp uygulamadığına bakılacaktır. Şayet iş sözleşmesinin değişen koşullarda devam etmesi mümkünse, bu yol denenmeden yapılan fesih geçersiz olacaktır⁸⁶².

Değişiklik feshi neticesinde iş güvencesi kapsamındaki işçiler, İşK. m.18 ve devamındaki hükümler gereğince mahkemeden feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadeyi isteyebilirler. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler ise şartları varsa ihbar, kıdem, kötüniet veya sendikal tazminat talep edebilirler.

2.5.5. Son Çare İlkesi Kapsamında Değişiklik Feshi

Son çare ilkesinde temel amaç iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. Bu amaç gerçekleştirilirken iş ilişkisinin aynı koşullarda devamının sağlanması her iki taraf açısından da avantajlı bir çözümdür. Nitekim çalışma koşullarında herhangi bir değişiklik meydana getirmeden başka bir yöntemle de sözleşme ilişkisi devam edebiliyorsa, hem işveren fesihle güttüğü amaca ulaşmış olacak hem de işçi feshe karşı korunmuş olacaktır. Ancak bu bahsettiğimiz çözüm her zaman mümkün olmayabilir. İşverenin, fesih dışındaki önlemlere başvururken aynı zamanda çalışma koşullarında da birtakım değişiklikler yapması gerekebilir. İşverence yapılan değişiklikler esaslı değişiklik niteliğindeyse, İşK. m.22'nin uygulanması gündeme gelecektir. İşveren bu hükmü uygulamadan doğrudan fesih yoluna giderse, bu kez de

⁸⁶¹ SÜZEK, s. 675; CENTEL, s. 197; KAR, s. 264; AYDIN, Değişiklik Feshi, s. 33.

⁸⁶² ALP, Karar İncelemesi, s. 58; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 418, 419; KAR, Ölçülülük, s. 67 vd.; TULUKCU, s. 250 vd.

son çare ilkesine aykırı davrandığı için yapılan fesih geçersiz olacaktır. Tüm bu açıklamalar neticesinde son çare ilkesi ve değişiklik feshinin sıkı bir ilişki içinde olduğunu söyleyebiliriz.

Değişiklik feshinde öncelikli amaç sözleşmenin feshi değil, iş ilişkisinin değişen koşullarla devamını sağlamaktır. İşveren, sözleşmenin devamını sağlamak amacıyla çalışma koşullarında birtakım değişiklikler yapabilir. Bu değişiklikler genellikle işçi aleyhine çalışma koşullarını ağırlaştıran nitelikte değişikliklerdir. Ancak işçi kendisine önerilen değişikliği kabul etmediği takdirde bu kez değişiklik feshi gündeme gelecektir. Yani İşK. m.22'ye göre değişiklik feshi, işveren için tali bir seçenektir. Konumuz bakımından cevaplamamız gereken soru, işverenin fesih yerine böyle bir tedbire başvurmayaya zorlanıp zorlanamayacağıdır. Son çare ilkesi bu soruya olumlu yanıt vermektedir. Yani işveren, son çare ilkesi kapsamında değişiklik önerisinde bulunmadan iş sözleşmesini feshedemeyecektir. Aksi takdirde fesih geçersiz sayılacaktır⁸⁶³.

İş güvencesi sisteminin kabul edildiği bir hukuk sisteminde fesih işlemi ve çalışma koşullarında esaslı değişiklik arasında doğrudan bir ilişki vardır. Son çare ilkesi, bu ilişkideki öncelik sırasını belirler. Şayet çalışma koşullarında değişikliğe gidilerek iş ilişkisinin devamı sağlanabiliyorsa, öncelikle bu yola başvurmak gerekir. Çalışma koşullarında değişiklik, yalnızca işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde değil, işçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan tüm fesih hallerinde gündeme gelen bir tedbirdir⁸⁶⁴.

İş Kanunu'nun 22'nci maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik, iş sözleşmesinin feshi ile bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Kanun'un madde gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: *“Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır”*⁸⁶⁵. Gerekçede son çare ilkesi açıkça anılmamakla birlikte, “iş

⁸⁶³ GÜZEL, Son Çare, s. 84; TULUKCU, s. 250, 251.

⁸⁶⁴ Çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin Alman ve Fransız İş Hukuku'ndaki düzenlemeler için bkz., GÜZEL, Son Çare, s. 85 vd.

⁸⁶⁵ Gerekçe, İşK. m.22.

ilişkisinin sürdürülmesinin amaçlandığından” bahsedilerek son çare ilkesi ile çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin hüküm arasında amaç bakımından bir birlik olduğu ifade edilmiştir.

İş Kanunu’nun 22’nci maddesindeki düzenleme, 1475 sayılı İşK. m.16/1-II-e’deki düzenlemeden çok farklı bir esasa yer vermiştir. Yeni düzenlemede, çalışma koşullarında esaslı değişikliğin işçi tarafından reddedilmesi halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından değil, işveren tarafından feshedilmesi gerektiği öngörülmektedir. Bu düzenleme, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını ve koşulları varsa kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlamış olacaktır⁸⁶⁶.

Çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin hüküm, feshin son çare olması ilkesine uygun olarak, mümkün olduğu ölçüde iş sözleşmesini feshetmeden esaslı değişiklik yoluyla sözleşmeyi ayakta tutma amacına yöneliktir. Bu sebeple, sözleşmenin feshi için geçerli bir sebep mevcut olsa dahi iş ilişkisinin devamı sağlanabiliyorsa, fesih yoluna başvurulmamalıdır⁸⁶⁷.

Yargıtay da birçok kararında, çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisi yapılmadan iş sözleşmesinin feshedilmesini son çare ilkesine aykırı kabul etmektedir. Her ne kadar kararlarında açıkça belirtmese de Yüksek Mahkeme’ye göre çalışma koşullarında esaslı değişiklik, feshe seçenek oluşturan bir önlem niteliğindedir⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ UŞAN, Fatih (2007), 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, DEÜHFD., C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU’na Armağan, s. 211 vd.; TULUKCU, s. 250, 251.

⁸⁶⁷ TULUKCU, s. 251.

⁸⁶⁸ Y. 22. HD., 07.03.2018, 1263/5858, “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 olarak bakması gerekir.”; Y. 22. HD., 05.03.2018, 1499/5714; Y. 22. HD., 05.03.2018, 1546/5800; Y. 9. HD., 28.11.2017, 2016/31276, 2017/19166; Y. 9. HD., 27.11.2017, 2016/31457, 2017/19127; Kararlar için bkz., www.sinetjimevzuat.com.tr, ET.: 01.02.2019.

2.6. Haklı Nedenle Yapılan Fesihlerde Son Çare İlkesi

2.6.1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin devamı sırasında gerçekleşen bazı olaylar sebebiyle, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan şartlarda önemli değişiklikler meydana gelebilir. Bu durumda taraflardan sözleşmeyi devam ettirmeleri daha fazla beklenmemelidir. Böyle bir durumda, bildirim süresinin ya da sözleşme süresinin sonunu beklemeye gerek olmayıp, iş sözleşmesi derhal sona erdirilebilir. Kanun koyucu, İş Kanunu'nun 24'üncü ve 25'inci maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun 435'inci maddesinde her iki tarafa da bu hakkı tanımıştır. Ancak her iki taraf da bu seçeneğe istisnai hallerde başvurabilir. Bildirimsiz feshin son çare ilkesiyle ilişkisi ise “*beklenmezlik*” noktasında başlar. Buna göre taraflardan birinin bildirimsiz feshe başvurabilmesi için somut olay bakımından sözleşmenin devamı taraflar açısından beklenmez olmalı ve bu yöntem son çare olarak değerlendirilmelidir⁸⁶⁹.

Alman İş Hukuku'nda son çare ilkesinin yalnızca geçerli fesih sebeplerinde değil, haklı sebeple yapılan fesihlerde de uygulanması gereken bir ilke olduğu kabul edilmiştir. Bu hususa daha önce değinmiştik. Buna göre, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için iş ilişkisinin mevcut haliyle devamına imkân verecek ve uygun tüm tedbirlerin tüketilmiş olması gerekir. Yargısal denetim yapılırken, son çare ilkesi çerçevesinde işverenin izlemiş olduğu amaca, bildirimsiz fesih dışında ulaşmasının mümkün olup olmadığı incelenecektir. Bildirimsiz fesihten daha hafif bir tedbir ise bildirimli fesihtir. Bu sebeple işveren, bildirimli fesihle de aynı amaca ulaşabiliyorsa, son çare ilkesi gereğince bildirimsiz fesih yoluna başvuramamalıdır. İşverenin bildirimsiz feshe başvurması için sözleşme ilişkisinin bir süre daha devamı, işveren açısından beklenmez olmalıdır. Bu açıklamalardan sonra Alman İş Hukuku'nda son çare ilkesinin bildirimsiz fesihlerde de uygulanması gereken önemli bir ilke olduğunu söyleyebiliriz⁸⁷⁰.

⁸⁶⁹ **BİRBEN**, s. 313, Yazara göre, bildirimsiz fesih hakkına ilişkin hükümler dar yorumlanmalıdır. Zira, bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasıyla bir yönüyle ahde vefa prensibine kaçınılmaz bir müdahale gerçekleşmektedir. Böyle bir müdahale ise ancak sözleşmeyi fesheden tarafın fesihteki menfaatlerinin, karşı tarafın sözleşmenin devam etmesindeki menfaatlerine üstün gelmesi halinde kabul edilebilir.

⁸⁷⁰ **BİRBEN**, s. 313, 314.

Türk İş Hukuku'nda haklı nedenle derhal feshe ilişkin hükümler esasen İşK. m.24, 25 ve TBK. m.435'te düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 435'inci maddesinde taraflardan her birinin haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilecekleri, sözleşmeyi fesheden tarafın fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu ve sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği tüm hal ve koşulların haklı sebep sayılacağı düzenlenmiştir. İş Kanunu'ndaki düzenlemelerden farklı olarak, TBK. m.435'te haklı nedenler tek tek sayılmamış, yalnızca “*beklenmezlik*” kıstasına yer verilmiştir. Bu sebeple bahsi geçen madde, son çare ilkesinin uygulanması bakımından daha elverişli bir alan sunmaktadır. Madde hükmüne dikkat edilecek olursa kanun koyucu; “... *dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar*” ifadesine yer vererek son çare ilkesini somutlaştırmıştır⁸⁷¹.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinde, TBK. m.435'ten farklı olarak, işverenin bildirimsiz fesih hakkına ilişkin haklı nedenler sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bahsi geçen maddede, hâkime takdir yetkisi tanınmamış, bu sebeplerden bir veya birkaçının gerçekleşmesi halinde işverenin sözleşmeyi haklı nedenle ve derhal feshedebileceği belirtilmiştir. Kural olarak, bu nedenlerden birinin varlığı halinde mahkemece herhangi bir menfaat değerlendirmesi yapılamaz. Somut olayda haklı nedenlerin bulunması halinde, işverenden bildirimsiz fesih yerine bildirimli feshe başvurması talep edilemez. Bu sebeple İşK. m.25'teki düzenleme biçimi karşısında, kanun tarafından kendisine tanınan açık ve kesin yetkiyi kullanarak iş sözleşmesini fesheden işverenin, son çare ilkesine aykırı davrandığı da ileri sürülemeyecektir.

⁸⁷¹ **BİRBEN**, s. 317, Yazara göre, “*dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen*” ifadesi içi doldurulması gereken bir kavram olmaktan başka, feshe son çare olarak başvurulması gerektiğine ilişkin bir değer yargısını içerir. Bununla birlikte, bildirimsiz feshin emprevizyon nazariyesinin bir uygulama hali olduğuna ilişkin tespitten yola çıkarak, feshin son çare olarak gözüktüğü durumlarda sözleşmeye devamın beklenemez olduğu yolunda bir tespit yapılması gerekir. Dolayısıyla, TBK. m.435 hükmünün uygulanmasında işçiye öncelikle ihtar verilmesi gerektiği söylenebilir. Zira ihtar verilerek işçinin sözleşmeye aykırı kusurlu davranışının yol açtığı aksaklık ortadan kalkıyorsa, haklı nedenin varlığından artık söz edilemez; **YAVUZ**, s. 958, 959.

Mahkemece yapılacak denetim, yalnızca haklı nedenin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında toplanır⁸⁷².

Tüm bu açıklamalardan sonra, bildirimsiz fesihlerde kural olarak son çare ilkesinin uygulanmadığı, bu ilkenin bizzat bildirimsiz feshin kendisini son çare olarak nitelendirdiği söylenebilir. Başka bir deyişle, somut olayda bildirimsiz feshe imkân veren nedenin varlığı halinde, son çare ilkesine başvurulması bu nedenden kurtulma olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmaz. Ancak İşK. m.25/1-II'deki nedenler ile geçerli fesih nedenlerini birbirinden kesin çizgilerle ayırmak her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda bildirimsiz feshe, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından katlanmaz, çekilmez hale geldiği durumlara özgü istisnai şekilde ve son çare olarak başvurulması gerektiğine ilişkin genel bir düzenlemenin yapılması daha uygun olur⁸⁷³.

2.6.2. Sağlık Sebebiyle Yapılan Bildirimsiz Fesihlerin Son Çare İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Sağlık sebebiyle yapılacak bildirimsiz fesihlerde değerlendirilmesi gereken hüküm, İşK. m.25/1-I-b hükmüdür. Bu hükme göre, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulu tarafından saptanması halinde, işveren iş sözleşmesini bildirimsiz feshedebilir. Yargıtay, bu hükme göre yapılacak fesihlerde son çare ilkesinin gözetilmesi gerektiği görüşündedir⁸⁷⁴.

⁸⁷² ALPAGUT, Karar İncelemesi, s. 73.

⁸⁷³ BİRBEN, s. 327, 328; TURGUT, s. 159.

⁸⁷⁴ Y. 7. HD., 10.02.2016, 2015/36349, 2016/2630, “4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/I-b maddesi uyarınca işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması kaydı ile hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkının; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17’nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı kurala bağlanmıştır. Anılan maddeye göre davacının rahatsızlığı nedeni ile devamsızlığının ihbar öneline ilaveten 6 hafta aralıksız devam etmesi halinde, işverenin bildirimsiz fesih hakkı doğmaktadır. Bu fesih nedeni, sağlık nedenlerinden kaynaklanan haklı nedendir. Somut olayda, davacının rahatsızlığı nedeniyle şoförlük haricinde, davalı şirketin başka kadrolarında çalışıp çalışmayacağı yönünde personel ve insan kaynakları uzmanı bilirkişiden rapor alınmıştır. Ancak, bilirkişi raporu, yeterli açıklıkta olmayıp denetime elverişli değildir. Yapılacak iş, hukukçu bilirkişinin yanında, insan kaynakları uzmanı ve davacının rapora konu rahatsızlığı hususunda uzman doktor bilirkişi alınarak davalı işyerinde keşif yapılmak suretiyle davacının rahatsızlığına uygun çalışabileceği başka bir kadro olup olmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı konusunda inceleme yapıp rapor alınarak çıkacak sonuca

Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Her ne kadar ideal hukuk açısından bakıldığında Yüksek Mahkeme'nin görüşü isabetli ise de mevcut yasal düzenlemeler karşısında bu görüşü savunmak güçtür. Nitekim İşK. m.25/1-I-b'de işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanınmıştır. Hâkimin, böyle bir durumda takdir yetkisi bulunmamaktadır⁸⁷⁵.

2.6.3. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller Sebebiyle Yapılan Bildirimsiz Fesihlerin Son Çare İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Son çare ilkesi bağlamında değerlendirmemiz gereken bir diğer hüküm ise İşK. m.25/1-II-1 hükmüdür. Bu hükme göre; *“İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması”* halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Esasında madde hükmü tartışmaya yer vermeyecek kadar açıktır. Ancak burada değerlendirilmesi gereken husus, bahsi geçen maddenin katı bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağıdır. Nitekim uzun süre aynı işyerinde çalışmış ve işyerine herhangi bir zarar vermemiş işçinin, yalnızca bir defaya mahsus otuz günlük⁸⁷⁶ ücreti tutarıyla ödeyemeyeceği bir zarara sebebiyet vermesi halinde doğrudan iş sözleşmesinin feshi, ölçülülük ve son çare ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak hâkimin böyle bir durumda taraflar arasında menfaat değerlendirmesi yapması mümkün değildir. Kanun'da öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde işveren, haklı nedenle ve derhal iş sözleşmesini feshedebilir⁸⁷⁷. Olması gereken hukuk bakımından ise kanun koyucunun, bu tür

göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; Y. 7. HD., 21.09.2016, 10046/14601; Y. 22. HD., 27.02.2017, 3483/3865; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 05.02.2019.

⁸⁷⁵ ALPAGUT, Karar İncelemesi, s. 71 vd.

⁸⁷⁶ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde on günlük ücret tutarındaki zarar haklı fesih için yeterli kabul edilmişti.

⁸⁷⁷ Y. 9. HD., 12.04.2005, 2004/18432, 2005/12959, “Davacı işçi, uzun süreden beri kullandığı vincin bir başka üretim aracına çarpmasına neden olmuş ve bu olayda %30 oranında kusurlu bulunmuştur. İşverenin uğradığı zararın, işçinin 10 günlük ücretinin çok üzerinde olduğu da dosya içeriği ile sabittir. Böyle olunca, davalı işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir. Davacı işçinin, daha önce başkaca bir zarara neden olmamış olması bu olguyu değiştirmedigi gibi, işverence öncelikle ihtar veya ücret kesintisi gibi bir ceza uygulamasını gerektiren bir kural da mevcut değildir. Bu durumda, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır. Mahkemece anılan isteklerin reddine karar verilmesi

hallerde son çare ilkesi kapsamında bir denetim yapılmasını öngörmesi yerinde olurdu⁸⁷⁸. Yargıtay, bahsi geçen fesihlerde somut olayın özelliğine göre kusur oranı, yapılan işin rizikosu, işçinin işletmedeki konumu, kıdemi ve zarar anına kadarki davranışları gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği görüşündedir⁸⁷⁹.

gerekirken yazılı şekilde isteklerin kabul edilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.03.2019.

⁸⁷⁸ **BİRBEN**, s. 323, Toplu iş sözleşmelerinde bu maddeye ilişkin bir hüküm mevcutsa, öncelikle bu hükmün uygulanması gerekir. Örneğin, bazı toplu iş sözleşmelerinde sendikanın kefil olması şartıyla işçinin zararı derhal ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde iş sözleşmesinin feshedilmeyeceğinin öngörülmesi gibi; **SÜZEK**, s. 691, Yazara göre, yapılan işin meslek rizikosu yaratması halinde, hafif ihmalle verilen zarar otuz günlük ücreti aşıya bile, işverene derhal fesih hakkı tanıyan İşK. m.25/1-II-ı hükmünün, zarara yatkın işler bakımından TBK. m.400/2 hükmü ile uyumlu hale getirilmesi gerekir. Çünkü tazmin yükümlülüğü doğurmayan bir zararın haklı fesih nedeni olarak kabul edilmesi mümkün olmamalıdır.

⁸⁷⁹ Y. 9. HD., 26.02.2015, 263/8255, “4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II-ı bendinde işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması halinde işverenin iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebileceği ve bu nedenin haklı neden olacağı, bu halde işçinin 1475 sayılı Kanun’un yürürlükte olan 14. maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanamayacağı düzenlenmiştir. Ancak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun işçinin sorumluluğu başlığı altında düzenlenen 400. maddesine göre; (1) İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. (2) Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur. Maddede, işçinin sorumluluğunun sınırlandırılması ile ilgili ikinci fıkradaki düzenleme hem hukukumuz bakımından yenidir hem de iş kanunlarının kapsamına giren iş ilişkilerinde de uygulanacağı için özel bir önem arz etmektedir. Bu düzenleme nedeni ile kusurun derecesi, işin tehlikeli olup olmaması, zararın yüksekliği, riskin sigorta edilebilirliği, işçinin işletmedeki konumu, ücretinin seviyesi, kıdemi, yaşı, ailevi ilişkileri ve zarar anına kadarki davranışları göz önünde bulundurulacaktır. ... Özellikle 2. fıkra ve bu fıkranın yasal gerekçesi ile kaynak alınan İsviçre Borçlar Kanunu’nun uygulaması karşısında 25/II-ı bendindeki haklı nedenin yeniden değerlendirilmesi ve yoruma tabi tutulması gerekir. Zira ikinci fıkradaki düzenleme ile işçinin kusur oranına göre verdiği hasar otuz günlük ücretini aşıya da kusurun daha çok işverende veya başka bir etkende olduğu, işçinin kusurunun daha az ve hafif olduğu durumlarda sorumlu tutulmamasına karar verilecektir. Diğer taraftan işveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesih de bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile değiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.03.2019.

Son çare ilkesi kapsamında değerlendirebileceğimiz bir başka hüküm ise İşK. m.25/1-II-d hükmüdür. Bu hükme göre; *“İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması”* halinde iş sözleşmesi bildirimsiz olarak feshedilebilecektir. Burada da son çare ilkesinin uygulanmasına ilişkin açık bir düzenleme olmadığından, işverence yapılacak bazı fesihler hakkaniyet duygusunu zedeleyebilir. Ancak özellikle sataşma nedeniyle yapılacak fesihlerde yargı organı, feshe sebebiyet veren davranışın ağırlığını denetlemelidir. Her sataşma halinin İşK. m.25/1-II-d kapsamında haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmesi halinde, maddenin amacından sapılmış olur. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır⁸⁸⁰. Yine alkol ve uyuşturucu madde olarak işyerine gelinmesi veya bu maddelerin işyerinde kullanılması da İşK. m.25/1-II-d’ye göre haklı fesih sebebidir. Bu düzenlemeyle ilgili yargı organının herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. İşçinin, işyerine alkol veya uyuşturucu madde olarak gelmesi veya bu maddeleri işyerinde kullanması halinde, iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilecektir. İşçinin bir kez dahi bu davranışta bulunması, bildirimsiz fesih hakkının doğumu için yeterlidir. Bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açması gibi bir şart aranmamaktadır. Anılan hüküm uyarınca, yargı organı tarafından herhangi bir menfaat değerlendirmesi yapılamayacaktır. Dolayısıyla son çare ilkesinin İşK. m.25/1-II-d hükmü bakımından uygulanması mümkün değildir.

⁸⁸⁰ Y. 9. HD., 04.02.2019, 2015/32263, 2019/2554, “4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II-d maddesi uyarınca, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene, aile üyelerinden birine veya işverenin diğer bir işçisine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Maddede işçinin işverenin diğer bir işçisine sataşmasının haklı neden olacağı açıkça belirtilmiştir. Sataşma niteliğindeki davranışlar tehdit ve hakaret içeren sözler söyleme, etkili eylemde (darp) bulunma gibi davranışlar olarak ortaya çıkar. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir.”; Y. 22. HD., 19.12.2018, 16046/27818, “Dosya içeriğine göre, somut olayda, fesih bildiriminden anlaşıldığı üzere davacının diğer işçilere argo kelimeler kullandığı, sert ve kırıcı tavırlar sergilediği, ayrıca işini yaparken aksaklıklarının bulunduğu gerekçeleriyle iş akdi haklı nedenle sona erdirilmiştir. Davacının bu eylemleri haklı nedenle fesih için sataşma olarak nitelendirilemese de davacının bu tarz eylemleri sebebiyle işyerindeki çalışma düzeninin bozulduğu, birtakım huzursuzlukların yaşandığı, çalışma barışının kalmadığı feshin haklı neden ağırlığında olmasa bile geçerli neden oluşturduğu anlaşılmaktadır.”; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.03.2019.

İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması da İşK. m.25/1-II-e'ye göre haklı fesih sebebidir. Ancak işçinin sadakatsizlik düzeyine ulaşmayan, yetersiz bir bağlılık düzeyinde kalan davranışları haklı neden olarak kabul edilmemektedir. Bu durumda İşK. m.18'e göre geçerli fesih gündeme gelebilir. Her iki neden arasındaki ağırlık farkı yargı organı tarafından takdir edilecektir. Yargıtay, bahsi geçen hükmün kapsamını dar yorumlamakta, bu hükümle ilgili ölçülülük ve son çare ilkesi kapsamında bir denetim yapmaktadır⁸⁸¹.

Son olarak İşK. m.25/1-II-g hükmüne de değinmek gerekir. Bu hükme göre; *“İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi”* halinde iş sözleşmesi işveren tarafından bildirimsiz ve tazminatsız feshedilebilecektir. Kanun'daki açık hüküm karşısında, son çare denetimi yapmak mümkün değildir. Ancak doktrinde, özellikle kıdemli işçiler açısından bahsi geçen hükmün uygulanmasının hakkaniyet düşüncesine aykırı olduğu isabetli olarak ileri sürülmüştür⁸⁸².

Görüldüğü üzere kanun koyucu, haklı fesih nedenlerini sınırlı sayıda belirlemiştir. Bu nedenlerin yorum yoluyla genişletilmesi mümkün olmadığı gibi, bahsi geçen nedenlerin varlığı halinde işverenin bildirimsiz fesih hakkı da sınırlandırılmaz. Yargı organının yapacağı şey, Kanun'da öngörülen nedenlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmektir. Ancak kanun koyucunun bu yaklaşımı, kanaatimizce İşK. m.18 ile 25 arasında ciddi bir uyumsuzluk yaratmıştır. Nitekim uygulamada bazı fesih nedenlerinin geçerli neden mi yoksa haklı neden mi olduğunu tespit etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenler genellikle iç içe geçmiş vaziyettir. Yapılması gereken, haklı nedenle feshe ilişkin düzenlemenin

⁸⁸¹ Y. 9. HD., 13.04.2005, 2004/24264, 2005/13004, “Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının site içerisinde görevi icabı dolaşmakta iken, telsizin odasından bir başkası tarafından alınıp birkaç gün sonra bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının hizmet süresi, olayın oluş şekli itibarıyla verilen cezanın fiille orantılı olması gerekir. Kaldı ki davacının bu eylemi doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olmadığı gibi işverene bir zarar da vermemiştir. Davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken mahkemece reddi hatalıdır.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.03.2019.

⁸⁸² BİR BEN, s. 326.

TBK. m.435'teki gibi genel hüküm şeklinde düzenlenmesi ve maddenin yorumlanmasının yargı organına bırakılmasıdır. Böylelikle yargı organı, son çare ve ölçülülük ilkeleri kapsamında bir denetim yaparak, somut olayda gerçekleşen nedenlerin taraflar açısından iş ilişkisinin devamını “*beklenmez*” hale getirip getirmediğini inceleme imkânı bulacaktır.

3. FESHE SEÇENEK OLUŞTURAN ÖNLEMLERİN SINIRLARI

3.1. İşverenin Yönetim Hakkı ve Tasarruf Yetkisi

İşveren yalnızca hukuken ve fiilen gerçekleştirilmesi mümkün olan önlemleri almakla yükümlüdür. Şayet feshe alternatif oluşturan tedbirin alınması hukuken ya da fiilen imkânsız ise bu tedbirin alınmamış olması, son çare ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim bu husus TBK. m.27/1'de açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bu hüküm, son çare ilkesi kapsamında alınacak önlemler için de geçerlidir. İşveren, konusu imkânsız bir tedbiri almadığı için feshin son çare ilkesine aykırı ve geçersiz olduğu ileri sürülemez. Ancak işverenin yönetim yetkisine dayalı olarak tek başına alabileceği önlemler mevcutken, bunlara başvurulmaması, son çare ilkesine aykırılık teşkil eder. Örneğin, işçinin yetersizliğinden veya davranışından dolayı uyarılması, fazla çalışmaların kaldırılması, işçinin başka bir işte çalıştırılması gibi tedbirler genellikle işverenin yönetim yetkisi kapsamında kalmaktadır.

3.2. Kanundan Kaynaklanan Sınırlar

Feshe seçenek oluşturan önleme başvurulması bir kanun hükmü nedeniyle mümkün değilse, son çare ilkesine aykırılıktan bahsedilemez. Nitekim işverenden, işçi için daha hafif; ancak kanuna aykırı bir tedbire başvurusu beklenmemelidir. Yabancı işçilerin çalışma izinlerinin iptal edilmesi, belirli bir süre için verilen çalışma izninde sürenin dolması veya verilen iznin geçerliliğini kaybetmesi bunun en tipik örneğidir. Bu tür durumlar, işverenin tasarruf alanının dışında kaldığı için işverenden herhangi bir tedbire başvurusu da beklenemez⁸⁸³. Ayrıca feshe seçenek

⁸⁸³ Y. 9. HD., 17.01.2002, 2001/15931, 2002/348, “Öncelikle belirtmek gerekir ki yabancı uyruklu bir işçinin Türkiye’de çalışmasının birtakım zorluklar ortaya çıkaracağı kaçınılmazdır. Ancak

oluşturan bir tedbirin uygulanması herhangi bir makamın onay ya da iznine bağlı kılınmışsa, bu onay veya iznin verilmemiş olması da işverenin tasarrufunda değildir. Dolayısıyla böyle bir durumda, işveren feshe seçenek tedbire başvurmada diye feshin geçersiz olduğu ileri sürülemez. İşyerinde kısa çalışma yapılabilmesi için Türkiye İş Kurumu'ndan onay alınması gerektiğine dair hüküm buna örnektir.

3.3. Üçüncü Kişilerin Hukuki Alanına Müdahale

Borç ilişkisinin nispiliği prensibi gereğince, sözleşmeler yalnızca taraflar arasında hak ve borç doğurur. Üçüncü kişilerin bu işlemlerden etkilenmesi kural olarak kabul edilmemiştir⁸⁸⁴. Bu sebeple feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükmü, feshin değerlendirilmesinde yalnızca işçi ve işveren arasındaki iki taraflı hukuki ilişkiyi esas alır. Feshe alternatif önlemler, yalnızca uyuşmazlığın tarafı olan işçi ve işverenin hukuki alanı ile sınırlı kalmalıdır. Yargısal denetim yapılırken de işçi ve işverenin menfaatleri değerlendirmeye tabi tutulacaktır. İşçi, sözleşmenin devamındaki menfaatini ileri sürerek işverenden, bir başka işçinin hukuki alanına müdahalede bulunmasını talep edemez. Örneğin işçi, işverenden başka bir işçinin iş sözleşmesine son verilerek kendisine boş yer yaratılmasını ya da tüm işçilerin çalışma süreleri ve ücretlerinin düşürülerek sözleşmenin devamının sağlanmasını isteyemez⁸⁸⁵.

Üçüncü kişilerin hukuki alanına müdahale, yalnızca bu kişilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesiyle sınırlı değildir. İşçi, iş sözleşmesinin devamı için diğer işçilerin çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana getirecek önlemlerin alınmasını da işverenden isteyemez. Değişiklik feshinin muhatabı, iş sözleşmesinin feshi gündemde olan işçi veya işçiler olmalıdır⁸⁸⁶. Sonuç olarak işveren, son çare

burada asıl önemli olan davacı işçinin başlangıçta onanmayan denklik belgesinin sonradan istenmesi karşısında müşkül bir durumda kaldığı ve sonuçta bunu sağlayamadığı açık seçik ortadadır. Sonradan oluşan bu olumsuz durum 1475 s. İşK. 17/III. maddesi kapsamına giren zorlayıcı sebep olarak değerlendirilmelidir. Dairemizin kararlık kazanmış uygulamalarında işyeri dışında işyeri ile ilgili olmayan bir suç nedeniyle işçinin tutuklanması hali zorlayıcı sebep olarak nasıl düşünülmüş ise, bu somut olayda da denklik belgesinin sağlanamamış olması da aynı şekilde değerlendirilmelidir.”, www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 10.03.2019.

⁸⁸⁴ EREN, s. 20, 21.

⁸⁸⁵ BİRBEN, s. 132 vd.

⁸⁸⁶ BİRBEN, s. 133, 134, Yazara göre, üçüncü kişilerin hukuki alanına müdahale edilmemesi gerektiğine ilişkin kural, aynı holding bünyesindeki farklı şirketler açısından da geçerlidir.

ilkesi kapsamında, üçüncü kişilerin menfaatlerine müdahale teşkil edebilecek nitelikteki alternatif önlemlere başvurmakla yükümlü değildir.

4. SON ÇARE İLKESİNE AYKIRILIK SEBEBİYLE FESHİN GEÇERSİZLİĞİ VE YARGILAMA SÜRECİNDE İLKENİN UYGULANMASI

Son çare ilkesinin, geçerli sebeple yapılan fesihlerde uygulanması gerektiği hem doktrin⁸⁸⁷ hem de Yargıtay⁸⁸⁸ tarafından kabul edilmiştir. Bu ilkeye aykırı fesihlerin geçersiz sayılacağı noktasında şüphe bulunmamaktadır. İş hâkimi, işe iade davalarında son çare denetimi yapmak zorundadır. Ancak önem arz eden husus; hâkim, bu ilkeye uygun davranılıp davranılmadığını hangi aşamada dikkate alacaktır?

Bu noktada karşımıza çıkan ilk seçenek, hâkimin kümülatif bir denetime başvurmasıdır. Yani hâkim, feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığını tespit ederken, somut olaydaki tüm hususları birlikte değerlendirecek, işçinin yetersizliğinden, davranışlarından veya işletme gereklerinden kaynaklı bir fesih sebebinin bulunup bulunmadığını inceleyecek, aynı zamanda son çare ilkesine uygun olarak feshe seçenek önlemlere başvurulup başvurulmadığını da dikkate alacaktır. Bahsi geçen yöntemde hâkim, geçerli fesih sebepleri ve son çare ilkesi arasında

İşverence açıklanmış olan bir fesih, aynı şirketler grubunda işçinin başka bir şekilde çalıştırılmasının mümkün olduğu gerekçesiyle geçersiz kılınmaz. Böyle bir durumda gereklilik ilkesinin sınırları aşılmış olur.

⁸⁸⁷ KILIÇOĞLU/ŞENOCAR, s. 201 vd.; SÜZEK, s. 593 vd.; ALP, Karar İncelemesi, s. 57 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 491 vd.; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 330; KAR, s. 165 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 289 vd.; GÜZEL, Son Çare, s. 57 vd.; TULUKCU, s. 243 vd.; KURT/KOÇ, s. 397 vd.; NARTER, s. 79 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 173 vd.; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, s. 177 vd.

⁸⁸⁸ Y. 9. HD., 06.05.2015, 8820/16532, “Her ne kadar davacının iş akdi ‘iş, işyeri ve işletmeden kaynaklanan’ sebepler gösterilerek feshedilmiş ise de; davalı işverenin fesih gerekçelerini açıklayacak belgeler istenmesine karşın sunamadığı, ispat yükümlülüğü üstünde olmasına karşın feshi ispatlayamadığı, feshe gidilen dönemde yeni işçiler aldığı, sadece feshin yapıldığı ayda yeni 86 kişinin davalı şirketlere girişinin yapıldığı, bu nedenlerle fesihte son çare ilkesine uyulmadığı ve feshin geçersiz olduğu, ...”; Y. 22. HD., 18.02.2015, 3532/5423; Y. 22. HD., 27.09.2013, 23659/20129; Y. 22. HD., 28.06.2013, 14320/15916; Y. 9. HD., 21.03.2013, 1449/9837; Y. 9. HD., 20.03.2007, 17/7750; Y. 9. HD., 29.01.2017, 2006/30094, 2007/1247; Y. 9. HD., 10.05.2005, 3901/16151; Y. 9. HD., 24.04.2005, 7907/14470; Kararlar için bkz., www.sinerjimevzuat.com.tr, ET.: 15.03.2019.

herhangi bir sıra izlememekte olayın tüm özelliklerini gözeterak toplu bir denetim yapmaktadır⁸⁸⁹.

Bir diğerk yöntem ise son çare ilkesinin kontrol aracı olmasıdır. Bu yöntemeg göre, denetim yapılırken hâkim, öncelikle somut olayda geçerli bir sebebin bulunup bulunmadığını araştıracaaktır. Şayet geçerli bir sebep mevcut değilse, son çare denetimi yapılmasına gerek yoktur. Ancak fesih için geçerli bir sebep tespit edilirse, ikinci aşamada son çare denetimi yapılacak ve işverenin feshe alternatif yolları tüketip tüketmediğı incelenecaaktır⁸⁹⁰.

Doktrinde bir görüş ise, mahkemece öncelikle İşK. m.20/1 kapsamında son çare ilkesi yönünden bir denetim yapılması, ikinci aşamada ise işverence ileri sürülen sebebin somut olay bakımından geçerli bir sebep teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁹¹.

Kanaatimizce son çare ilkesi kapsamında bir denetimin yapılabilmesi için öncelikle somut olayda feshi doğuran geçerli bir sebebin varlığı gerekir. Son çare denetimi ikinci aşamada gündeme gelecektir. Çünkü ortada geçerli bir sebep mevcut değilse, iş sözleşmesinin feshi zaten geçersiz sayılacağından, son çare denetimi yapmanın da hiçbir anlamı olmayacaaktır. Son çare ilkesi bağlamında bir denetimin yapılabilmesi, fesih için geçerli bir sebebin varlığını zorunlu kılar.

⁸⁸⁹ **TURGUT**, s. 179.

⁸⁹⁰ **TULUKCU**, s. 249, Yazara göre, son çare ilkesi ancak, fesih için geçerli bir nedenin varlığı halinde değerlendirilmelidir. Geçerli bir neden olmadığı halde, son çare ilkesine uyulup uyulmadığının araştırılmasına gerek yoktur; Aynı yönde bkz., **BİRBEN**, s. 106.

⁸⁹¹ **GÜZEL**, Son Çare, s. 72.

SONUÇ

İşçinin feshe karşı korunması, çağdaş İş Hukuku anlayışının temelini oluşturur. İş sözleşmeleri niteliği itibariyle diğer sözleşmelerden farklıdır. Sözleşmeler Hukuku'na hâkim olan esas anlayış, tarafların eşitliği prensibidir. Ancak iş sözleşmeleri bakımından bu hususun geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim sözleşmenin bir tarafında tek geçim kaynağı emek sonucu elde ettiği ücreti olan işçi varken, diğer tarafta sermayenin sağladığı tüm imkânlarla sahip olan işveren bulunmaktadır. Kanun koyucu bu eşitsizliği gidermek için işçi lehine birtakım düzenlemeler yapma ihtiyacı duymuştur. Bu düzenlemelerin en önemlisi ise iş güvencesi hükümleridir. İş güvencesi dediğimiz kavram, aslında yalnızca İşK. m.18 ve devamında düzenlenen feshe karşı korumaya ilişkin hükümleri değil; işe girişte ve iş sözleşmesinin devamı sırasında işçi lehine birtakım güvenceler öngören, ayrıca iş sözleşmesinin feshinin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıran ya da hafifleten tüm önlemleri kapsayan adeta bir güvenceler yumağını ifade etmektedir. Ancak tez çalışmamızda iş güvencesi kavramı daha çok dar anlamıyla ele alınmış ve yalnızca İşK. m.18 ve devamındaki hükümlere ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesi gereğince, 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. Ancak işverenin yalnızca geçerli bir sebebe dayanması yetmez. Gerek doktrin gerekse Yargıtay tarafından, iş sözleşmesinin feshinde birtakım ilkelere uygun hareket edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu ilkeler arasında en önemlisi ise son çare ilkesidir.

Düşünülmesi veya başvurulması gereken son çare, son tedbir anlamına gelen bu ilke, feshin yargısal denetiminde çok önemli bir görev üstlenmektedir. Son çare ilkesinin hukuki temeli, sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ve sözleşmenin dürüstlük kurallarına uygun olarak yerine getirilmesi ilkelerine dayanır. Hukukumuzda, son çare ilkesinin uygulanması gerektiğine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmasa da TMK. m.2'ye dayanarak bu ilkenin iş sözleşmelerinin feshinde uygulanması mümkündür. İşverenden beklenen, sözleşmenin devamlılığı ve işçinin iş görme

edimini yerine getirmesi için her türlü çabayı göstermesidir. Bu sebeple iş ilişkisinin devamı için dürüstlük kuralı gereğince öngörülebilir tüm alternatiflerin işverence denenmesi zorunludur.

İş güvencesi hükümleri, işverenin yönetim yetkisinde de önemli değişimlere yol açmıştır. Çağdaş İş Hukuku, işverenin sınırsız yönetim yetkisi anlayışını reddetmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu döneminde işverenin fesih hakkı sınırlandırılmış ve böylelikle son çare ilkesine meşruiyet kazandırılmıştır.

Son çare ilkesinin kuramsal temeli, sözleşme ve işletme organizasyonu kuramları ile açıklanmaktadır. Sözleşme kuramına göre, son çare ilkesinin kuramsal temelinde sözleşmenin devamını sağlama düşüncesi yatar. Bu düşünce aynı zamanda dürüstlük kuralı ve ahde vefa ilkesinin de doğal bir sonucudur. İşletme organizasyonu kuramının son çare ilkesi bakımından önemi ise işletmenin ve buna bağlı olarak iş ilişkilerinin devamlılığı düşüncesine dayanır.

Tez çalışmamızda özellikle yer verdiğimiz Alman ve Fransız İş Hukuku örneklerinde son çare ilkesi, öncelikle yargı kararları ile ortaya çıkmış ve bu içtihatlar uzunca bir süre uygulamayı yönlendirmiştir. Daha sonra bu ilke, yasal bir zemine oturtulmuş ve Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu ile Fransız Sosyal Modernizasyon Yasası'nda son çare ilkesine açıkça yer verilmiştir. Türk İş Hukuku'nda ise son çare ilkesi açıkça düzenlenmemiştir. Bu ilkeye, yalnızca İşK. m.18'in gerekçesinde yer verilmiştir. Buna rağmen doktrinde ve uygulamada, feshin son çare olması ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde son çare ilkesine ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması, bu ilkenin uygulanmasına engel teşkil etmez. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer verilen dürüstlük kuralı, son çare ilkesinin uygulanması için yeterli bir düzenlemedir. Nitekim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri de İşK. m.18'e göre yapılan fesihlerde son çare ilkesine uygun hareket edilip edilmediğini denetlemektedir.

Son çare ilkesinin bir diğer önemi ise işveren açısından bazı yeni yükümlülükleri beraberinde getirmesidir. Bu yükümlülükler, geçerli fesih

sebeplerinin varlığı halinde, son çare ilkesi kapsamında işverenin fesihten kaçınabilecek diğer tedbirlere başvurup başvurmadığına ilişkindir. Feshin geçerli sayılabilmesi için kaçınılmaz olması gerekir. Şayet işveren, fesihle izlediği amaca başka şekilde de ulaşabiliyorsa, kaçınılmazlık koşulunun yerine getirildiğinden bahsedilemez. Feshe seçenek oluşturan önlemler Kanun'da tek tek sayılmamıştır. Esasen böyle bir sayım yapmak mümkün de değildir. Yargı organı, her somut olayda hangi tedbirin uygulanabilir olduğunu olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirecektir. Bu tedbirlerden bazıları; işçinin uyarılması, mesleki eğitime tabi tutulması, başka bir işte çalıştırılması, işin zamana yayılması, çalışma saatlerinin düşürülmesi, fazla çalışmaların kaldırılması, geçici iş ilişkilerinin sonlandırılması, ücretsiz izin ve kısa çalışma yöntemlerine başvurulması şeklinde sayılabilir. İşveren, öncelikle bu gibi tedbirlere başvurarak iş ilişkisinin devamını sağlamayı hedeflemelidir.

Feshe seçenek oluşturan bir diğer tedbir ise İşK. m.22'de düzenlenen çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmasına ilişkin hükümdür. İş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulandığı hukuk sistemlerinde, fesih işlemi ile çalışma koşullarında esaslı değişiklik arasında doğrudan bir bağ kurulmuştur. Son çare ilkesi ise bu iki işlem arasındaki öncelik sırasını belirler. Şayet işveren, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak suretiyle iş ilişkisinin devamını sağlayabiliyorsa, öncelikle bu yönetime başvurmalıdır. Aksi takdirde yapılan fesih geçersiz sayılacaktır.

Sonuç olarak son çare ilkesinin, iş güvencesi sisteminin temelini oluşturduğunu, iş güvencesi ile son çare ilkesinin amacı ve öneminin paralellik arz ettiğini ve son çare ilkesinin uygulanmadığı bir iş güvencesi sisteminin, işçinin feshe karşı korunması noktasında hiçbir anlam ifade etmeyeceğini söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA*

- AĞER**, İlker (2006), Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi (B.1), Ankara, Adalet.
- AKI**, Erol (2007), İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak “Emeklilik”, DEÜHFD., C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal NARMANOĞLU’na Armağan.
- AKI**, Erol/ **ALTINTAŞ**, Olcay/ **BAHÇIVANCILAR**, İbrahim (2005), Uygulamada İş Güvencesi (B.1), İstanbul, Legal.
- AKİPEK**, Jale G./ **AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ KARAMAN**, Derya (2009), Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (B.7), İstanbul, Beta.
- AKTAY**, Nizamettin (2003), 4773 Sayılı Yeni İş Güvencesi Kanunu ve Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Kamu-İş, C.7, S.2.
- AKTAY**, Nizamettin/ **ARICI**, Kadir/ **SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay (2012), İş Hukuku (B.5), Ankara, Gazi Kitabevi.
- AKTUĞ**, Semih Serkant (2003), Türk Hukukunda İş Güvencesi, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_103.htm, ET.: 17.03.2019.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil (2011), Türk İdare Hukuku (B.2), Ankara, Seçkin.
- AKYİĞİT**, Ercan (2004), Kısa Çalışma, TÜHİS., C.19, S.1-2, (Kısa Çalışma).
- AKYİĞİT**, Ercan (2007), Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade) (B.1), Ankara, Seçkin.
- AKYİĞİT**, Ercan (2008), İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C.9, S.4, (İşçinin Ölümü).
- AKYİĞİT**, Ercan (2018), İş Hukuku (B.12), Ankara, Seçkin, (İş Hukuku).
- AKYOL**, Şener (2006), Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (B.2), İstanbul, Vedat.

* Aynı yazarın/yazarların birden fazla eserine atıf yapılması halinde metinde, parantez içerisinde gösterilen kısaltmalar kullanılmıştır.

- ALP, Mustafa** (2003), İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD., C.5, S.1, (İş Güvencesi Yasası).
- ALP, Mustafa** (2006), Otuz Hizmet Yılıını Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.2.
- ALP, Mustafa** (2007), Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırlaması Getirilmesi (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.4.
- ALP, Mustafa** (2007), Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.3, (Karar İncelemesi).
- ALP, Mustafa** (2008), Türk Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İSGHD., S.17.
- ALPAGUT, Gülsevil** (2002), Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını.
- ALPAGUT, Gülsevil** (2006), İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi), Sicil, S.1, (Karar İncelemesi).
- ALPAGUT, Gülsevil** (2006), İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? (Karar İncelemesi), Sicil, S.4, (Sosyal Seçim).
- ALPAGUT, Gülsevil** (2008), Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Bankacılar Dergisi, S.65.
- ASTARLI, Muhittin** (2010), Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil, S.17, (Kısa Çalışma).
- ASTARLI, Muhittin** (2017), 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil, S.38.
- AYAN, Serkan** (2005), Belirli Süreli İş Sözleşmesi, AÜHFD., C.54, S.4.

- AYDIN**, Ufuk (2004), İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi, ÇEİS., C.18, S.3.
- AYDIN**, Ufuk (2009), Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil, S.13, (Kısa Çalışma).
- AYDIN**, Ufuk (2011), Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi, Sicil, S.23, (Değişiklik Feshi).
- BAKIRCI**, Kadriye (2006), İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi), Sicil, S.2.
- BAŞBUĞ**, Aydın (1998), İşverenin İşten Çıkarma Hakkının Toplu İş Sözleşmeleri ile Sınırlandırılması, SÜHFD., C.6, S.1-2, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a Armağan.
- BAŞTERZİ**, Süleyman (2005), Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD., C.54, S.3.
- BAYSAL**, Ulaş (2011), İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep ile İş Sözleşmesinin Feshi (B.1), Ankara, Adalet.
- BAYSAL**, Ulaş (2012), Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik (Karar İncelemesi), Sicil, S.28.
- BİLGİLİ**, Abbas (2005), İş Güvencesi Hukuku: İşe İade Davaları (B.2), Adana, Karahan Kitabevi, (İş Güvencesi).
- BİLGİLİ**, Abbas (2010), Hizmet Tespiti Davaları, İBD., S.5.
- BİLGİLİ**, Abbas (2011), Hizmet Tespiti Davaları (B.1), Adana, Karahan Kitabevi.
- BİLGİLİ**, Abbas (2018), İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Bakış, EBGMD., S.10, (Eleştirel Bakış).
- BİRBEN**, Erhan (2006), İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, DEÜHFD., C.8, S.2, (İşletme Gerekleri).

- BİRBEN**, Erhan (2006), İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- CANBOLAT**, Talat (Editör) (2017), İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı (B.1), Ankara, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, <http://www.adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf>, ET.: 17.03.2019.
- CANIKLIOĞLU**, Nurşen (2010), İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı (Karar İncelemesi), Sicil, S.18.
- CENGİZ URHANOĞLU**, İhtar (2008), Toplu İş Sözleşmesinde Öngörölmüş Olan Tenkisat Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C.9, S.4, (Karar İncelemesi).
- CENGİZ URHANOĞLU**, İhtar (2009), Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı Bağlamında Son Çare Olma İlkesi, TÜHİS., C.22, S.1-2-3, (Son Çare).
- CENGİZ URHANOĞLU**, İhtar (2009), İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması, Kamu-İş, C.11, S.1.
- CENTEL**, Tankut (2012), İş Güvencesi (B.1), İstanbul, Legal.
- CENTEL**, Tankut (2018), Güvenceden Yoksun Bir Kesim: Özel Okul Öğretmenleri, Güncel Hukuk Dergisi, S.174, (Özel Okul Öğretmenleri).
- ÇANKAYA**, Osman Güven (2010), İşçinin Ölümünün, Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarına Etkisi, Yargıtay'ın Yeni Görüşü (Karar İncelemesi), Sicil, S.17.
- ÇELİK**, Aziz (2003), Yeni İş Yasasının Anlamı, TBBD., S.48.
- ÇELİK**, Nuri (2006), İşletmenin İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil, S.4, (Eşit Davranma).

- ÇELİK**, Nuri (2007), İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD., S.14, (Tazminatlar).
- ÇELİK**, Nuri (2007), İş Güvencesi Kapsamı ile İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler, İTÜSBD., C.6, S.12.
- ÇELİK**, Nuri (2013), İş Hukuku Dersleri (B.26), İstanbul, Beta.
- ÇELİK**, Nuri/ **CANIKLIOĞLU**, Nurşen/ **CANBOLAT**, Talat (2018), İş Hukuku Dersleri (B.31), İstanbul, Beta.
- ÇİL**, Şahin (2007), Geçerli Nedene Dayanan Fesihle İşverenin Eşit Davranma Borcu (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.5, (Karar İncelemesi).
- ÇİL**, Şahin (2007), İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri, Sicil, S.7.
- ÇİL**, Şahin (2010), Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan (B.1), Ankara, Kamu-İş Yayını.
- ÇİL**, Şahin (2016), İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları) (B.7), Ankara, Yetkin, (İlke Kararları).
- ÇOLAKOĞLU**, Ebru (2011), Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- DEMİR**, Cuma Arif (2016), İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşe İade Davaları (B.3), Ankara, Adalet.
- DOĞAN YENİSEY**, Kübra (2002), Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş, C.6, S.4, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan.
- DOĞAN YENİSEY**, Kübra (2005), Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD., S.7, (Eşit Davranma).
- DOĞAN YENİSEY**, Kübra (2006), İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, ÇT., S.4, (Eşitlik).

DOĞAN YENİSEY, Kübra (2006), İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri (Karar İncelemesi), Sicil, S.2, (Karar İncelemesi).

DOĞAN YENİSEY, Kübra (2007), İş Hukukunda İşyeri ve İşletme (B.1), İstanbul, Legal.

DOĞAN YENİSEY, Kübra (2008), Şüphe Feshi (Karar İncelemesi), Sicil, S.11.

DOĞAN YENİSEY, Kübra (2014), İş Hukukunun Emredici Yapısı (B.1), İstanbul, Beta.

DURAND, Paul/ **JAUSSAUD**, Robert (1947), Traité de droit du travail, T.I, Paris, Dalloz.

EKİN, Ali (2013), İşçinin Onurunun Korunması (B.1), Ankara, Adalet.

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

EKMEKÇİ, Ömer/ **ÖZEKES**, Muhammet/ **ATALI**, Murat (2018), Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk (B.1), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitaplar/etkinlestirmek/hukuk-uyusmazliklarinda-ihiyari-ve-zorunlu-arabuluculuk-9786057542175?ReturnUrl=dinamik-kitaplar%2FKS801Y2018N9786057542175V1P2PG14%2F1>, ET.: 17.03.2019.

EKONOMİ, Münir (2002), Genel Değerlendirme, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını.

EKONOMİ, Münir (2003), Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmeler, ÇEİS., C.17, S.2, Özel Ek 2, (İş Güvencesi).

EKONOMİ, Münir (2006), Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.2.

- ENGİN**, Murat (2003), İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi (B.1), İstanbul, Beta.
- EREN**, Fikret (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (B.13), İstanbul, Beta.
- ERGİN**, Hediye (2016), İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, Sicil, S.35.
- ERTÜRK**, Şükran (2002), İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, DEÜHFD., C.4, S.2.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan (2013), Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) (B.3), Ankara, Yetkin.
- EYRENCİ**, Öner/ **TAŞKENT**, Savaş/ **ULUCAN**, Devrim (2010), Bireysel İş Hukuku (B.4), İstanbul, Legal.
- GEREK**, Hasan Nüvit (2011), İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi, ÇT., S.4.
- GÉA**, Frédéric (2000), Le “principe de l'ultime remede” et l'obligation pretorienne de reclassement, pour motif economique, une manifestation du “principe de l'ultime remede”, (Auteurs: C. MARRAUD, F. KESSLER, F. GÉA), La rupture du contrat de travail en droits Français et allemand, Presses Universitaires De Strasbourg.
- GÖKÇEK KARACA**, Nuray (2010), Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması (B.1), İstanbul, Legal.
- GÖKTAŞ**, Seracettin (2009), İşveren Vekilinin İş Güvencesi, ÇT., S.1.
- GÖKTAŞ**, Seracettin (2009), İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi, Sicil, S.16, (İşyeri Kapanması).
- GÖZLER**, Kemal (2011), Türk Anayasa Hukuku Dersleri (B.11), Bursa, Ekin.
- GÖZLER**, Kemal/ **KAPLAN**, Gürsel (2011), İdare Hukuku Dersleri (B.11), Bursa, Ekin.

- GÜNAY**, Cevdet İlhan (2009), İ kale Sözleşmesi, ÇEİS., C.23, S.5, (İ kale).
- GÜNAY**, Cevdet İlhan (2009), İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih, Sicil, S.14.
- GÜNAY**, Cevdet İlhan (2016), İş Davaları (B.5), Ankara, Yetkin.
- GÜRKAYNAK**, Gönenç/ **KARAOĞLAN**, Ceyda/ **ULUAY**, Tolga (2014), Yargıtay Uygulamasındaki Değişiklikler Işığında İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal ve Objektif Seçim Kriterleri, Sicil, S.32.
- GÜZEL**, Ali (1986), 3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri, SSKD., S.35-36, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/9756>, ET.: 17.03.2019.
- GÜZEL**, Ali (2004), İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi Yayını, (2004 Yılı Toplantısı).
- GÜZEL**, Ali (2005), İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi (Karar İncelemesi), ÇT., S.1, (Karar İncelemesi).
- GÜZEL**, Ali (2005), İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio İlkesi ve Uygulama Esasları, (Editör: Murat UÇUM), A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul, Legal, (Son Çare).
- GÜZEL**, Ali (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, ÇT., S.4, (Aykırı Düşünceler).
- GÜZEL**, Ali/ **ERTAN**, Emre (2007), Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İSGHD., S.16.
- HOZAR**, Nağme N. (2008), İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün Müdür? (Karar İncelemesi), Sicil, S.8.
- JELLİNEK**, George (1913), L'Etat modern et son droit (Traduction française par Georges Fardis), Paris, M. Giard & E. Brière, C.2.

- KAR**, Bektaş (2008), İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, ÇT., S.2, (İşletme Gerekleri).
- KAR**, Bektaş (2008), Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim, Sicil, S.11, (Performans).
- KAR**, Bektaş (2009), Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması, Sicil, S.15, (Ölçülülük).
- KAR**, Bektaş (2014), Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı) (B.1), Ankara, Yetkin.
- KAR**, Bektaş (2017), İş Güvencesi ve Uygulaması (B.3), Ankara, Yetkin.
- KAR**, Bektaş (2018), İş Yargılaması Usulü (B.1), Ankara, Yetkin, (İş Yargılaması).
- KARAN**, Ulaş (2015), Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik, AYD., S.32.
- KAYA**, Pir Ali (2001), İŞ GÜVENCESİ: Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme - 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Temmuz 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi, İŞGÜÇ., C.3, S.1, <http://www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil=2001>, ET.: 17.03.2019.
- KAYA**, Pir Ali (2002), Türkiye'de İş Güvencesi Sorunsalı ve Bilim Komisyonunun Hazırladığı Yasa Tasarısı Üzerine Düşünceler, İŞGÜÇ., C.4, S.2, <http://isguc.org/?p=makale&id=61&cilt=4&sayi=2&yil=2002>, ET.: 17.03.2019.
- KAYAR**, İsmail (2013), Ticaret Hukuku (B.2), Ankara, Seçkin.
- KENAR**, Necdet (2003), Yeni İş Kanunu'nun İstihdama Muhtemel Etkileri, Mercek, S.31.
- KESER**, Hakan (2011), İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, Sicil, S.23, (Toplu İş Sözleşmesi).
- KESER**, Hakan (2016), 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep (B.3), Ankara, Seçkin.
- KILIÇOĞLU**, Mustafa/ **ŞENOCAK**, Kemal (2007), İş Güvencesi Hukuku (B.1), İstanbul, Legal.

- KILIÇOĞLU**, Mustafa/ **ŞENOCAK**, Kemal (2010), İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, Osman Güven ÇANKAYA'ya Armağan, Ankara, Kamu-İş Yayını, (Ultima-Ratio).
- KOÇ**, Muzaffer (2005), Tüm Yönleriyle İş Güvencesi (B.1), Ankara, Yaklaşım Yayıncılık.
- KOÇ**, Yıldırım (2001), İş Güvencesi Yasa Tasarıları (1979-2001), Mülkiye Dergisi, C.25, S.228.
- KUTAL**, Metin (2001), İş Güvencesinde Çağdaş ve Dengeli Çözüm Arayışları Semineri (B.1), İstanbul, MESS Yayınları.
- KUTAL**, Metin (2002), İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, (İşçinin Feshe Karşı Korunması).
- KUTAL**, Metin (2003), İş Güvencesi Kavramı ve Uluslararası Dayanağı, Mercek, S.30, (İş Güvencesi Kavramı).
- KUTAL**, Metin (2011), İş Güvencesi ile İlgili ILO Normları ve Türk Mevzuatının Durumu, İÜİFM., C.46, S.0, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/8430>, ET.: 17.03.2019.
- KURT**, Resul (2018), İş Yargısında Arabuluculuk, TBBD., S.135.
- KURT**, Resul/ **KOÇ**, Muzaffer (2017), İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İş İade Davaları (B.3), Ankara, Seçkin.
- LAÇİNER**, Vedat (2005), Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları, ÇOMÜYBD., C.3, S.2.
- MANAV**, Eda (2009), İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- MANAV**, Eda (2010), Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi, Sicil, S.17, (Davaya Etkisi).

- MANAV**, Eda (2010), İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller, Kamu-İş, C.11, S.2, (Sayıldığı Haller).
- MANAV**, Eda (2015), İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, ÇT., S.4, (Alternatif Çözüm Yöntemleri).
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/ **ASTARLI**, Muhittin/ **BAYSAL**, Ulaş (2018), İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku (B.2), Ankara, Lykeion Yayınları.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal (2017), İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), Sicil, S.38.
- NEVINS**, Allan/ **COMMAGER**, Henry Steele (2016), ABD. Tarihi, (Çeviren: Halil İNALCIK), Ankara, Doğu Batı Yayınları.
- NOMER**, Haluk N. (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (B.13), İstanbul, Beta.
- ODAMAN**, Serkan (2003), Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı, ÇEİS., C.17, S.3, (İşçinin Davranışları).
- ODAMAN**, Serkan (2007), Yurt Dışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi (Karar İncelemesi), Sicil, S.6.
- ODAMAN**, Serkan (2013), İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında "Birleştirilmenin" Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi), Sicil, S.29.
- ODAMAN**, Serkan (2017), Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, DEÜHFD., C.19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan.
- ODAMAN**, Serkan/ **KARAÇÖP**, Eda (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil, S.35.

- ODAMAN**, Serkan/ **KARAÇÖP**, Eda (2018), İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil, S.39, (Arabuluculuğun Bugünü ve Geleceği).
- OĞUZMAN**, M. Kemal (1978), Medenî Hukuk Dersleri, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (B.3), İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ **BARLAS**, Nami (2008), Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (B.15), İstanbul, Vedat.
- OKUR**, Ali Rıza (2010), İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması (Karar İncelemesi), Sicil, S.17.
- OPTUR**, Gülden Erdem (2005), 4857 Sayılı İş Yasasının İş Güvencesi Hükümleri ve İnsan Kaynakları Yönetimi Üzerindeki Uygulamaları Üzerindeki Etkilerini Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ORAL**, Sıla (2008), Yargıtay'ın Sosyal Seçim Uygulamasıyla İlgili Verdiği Bir Kararın Düşündürdükleri (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.9.
- ÖDEN**, Merih (2003), Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (B.1), Ankara, Yetkin.
- ÖZBUDUN**, Ergun (2008), Türk Anayasa Hukuku (B.9), Ankara, Yetkin.
- ÖZEKES**, Muhammet (2018), 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil, S.39.
- ÖZKARACA**, Ercüment (2012), İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları (B.1), 04 Haziran 2011, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.
- RIPERT**, George (1951), Les Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- SARIBAY**, Gizem (2006), Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

- SERDAN**, Muhsin Ertuğrul (2011), 4857 Sayılı İş Kanunu'nda İş Güvencesi, Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- SEVİMLİ**, Ahmet (2009), İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, Sicil, S.14.
- SOYSAL ARSLAN**, Çiğdem (2010), Türk Hukukunda İşveren Vekili ve İşveren Vekilinin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- SUBAŞI**, İbrahim (2007), İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi, Sicil, S.7.
- STAHLHACKE**, Eugen (1994), Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB.
- SUR**, Melda (2017), İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil, S.37.
- SÜMER**, Halûk Hâdi (2013), Bireysel Basın İş Hukuku (B.1), Konya, Mimoza, (Basın İş Hukuku).
- SÜMER**, Halûk Hâdi (2018), İş Hukuku (B.23), Ankara, Seçkin.
- SÜZEK**, Sarper (1976), İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme (B.1), Ankara, Kazancı.
- SÜZEK**, Sarper (2007), İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD., C.9, Özel Sayı, (Askı).
- SÜZEK**, Sarper (2008), İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, S.12, (Eşit Davranma).
- SÜZEK**, Sarper (2018), İş Hukuku (B.16), İstanbul, Beta.
- ŞAHLANAN**, Fevzi (2002), Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını.

- ŞAHLANAN**, Fevzi (2011), Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması (Karar İncelemesi), TİD. (Hukuk Eki), S.58.
- ŞAHLANAN**, Fevzi (2013), Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol ile Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmesinin Feshedilebilmesi-Geçerli Neden (Karar İncelemesi), TİD. (Hukuk Eki), S.79.
- ŞAHLANAN**, Fevzi (2014), İşyeri Devri Nedeniyle Oluşan Çalışma Koşullarında Değişiklik (Karar İncelemesi), TİD. (Hukuk Eki), S.86.
- ŞAKAR**, Müjdat (2012), İş Güvencesi ile İlgili Olarak Yargıtay'ın Vermiş Olduğu Bazı Önemli İlke Kararları, Yaklaşım Dergisi, S.229, <https://uye.yaklasim.com/Login.aspx?ReturnUrl=/MagazineContent.aspx?ID=13483>, ET.: 17.03.2019.
- ŞEN**, Murat (2003), 4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.07.2003 Tarihli ve E. 2003/12442, K. 2003/13123 Sayılı Kararı Çerçevesinde, EÜHFD., C.7, S.3-4, http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_25.pdf, ET.: 17.03.2019.
- ŞEN**, Murat (2012), Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı, Sicil, S.27.
- TANRIVER**, Süha (2006), Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD., S.64.
- TAŞKENT**, Savaş (1991), İş Güvencesi ve İşçinin Feshe Karşı Korunması (B.1), İstanbul, Belediye-İş Sendikası Yayınları, (Feshe Karşı Korunması).
- TAŞKENT**, Savaş (2002), İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme (B.1), Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayınları, (İş Güvencesi).
- TAŞKENT**, Savaş (2008), Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı, Sicil, S.9.
- TAŞKENT**, Savaş (2010), Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi (Karar İncelemesi), ÇT., S.3, (Karar İncelemesi).

- TAŞKENT**, Savaş (2011), Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Esaslı Neden Sorunu, Sicil, S.24.
- TAŞKENT**, Savaş (2018), Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu (B.11), İstanbul, Beta, (İş Kanunu).
- TINAR**, Mustafa Yaşar/ **ZENGİNGÖNÜL**, Oğul (2001), İş Güvencesi ve İstihdam, Mercek, S.22.
- TULUKCU**, N. Binnur (2010), Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleriyle İş Sözleşmesinin Feshi (Karar İncelemesi), Sicil, S.18, (Karar İncelemesi).
- TULUKCU**, N. Binnur (2017), İş Güvencesi İşe İade (B.1), Ankara, Seçkin.
- TUNCAY**, A. Can (2003), İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, ÇEİS., C.17, S.1.
- TUNCAY**, A. Can (2007), İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu (Karar İncelemesi), Sicil, S.6, (Otuz İşçi).
- TURGUT**, Pınar (2011), İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- UÇUM**, Mehmet (2002), Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı (B.1), 18-19 Mayıs 2001, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını.
- UÇUM**, Mehmet (2008), İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları, Sicil, S.11.
- ULUCAN**, Devrim (1997), Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler, Kamu-İş, C.4, S.2.
- ULUCAN**, Devrim (2007), İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İSGHD., S.14.
- UŞAN**, Fatih (2007), 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, DEÜHFD., C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU'na Armağan.

UŞAN, Fatih/ AYGÜL, Musa (2007), İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir Mi? (Karar İncelemesi), Legal YKİ., S.3.

ÜNSAL, Engin (2003), İş Güvencesi, MÜHFD., S.1.

WANK, Rolf (1987), Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA.

YAVUZ, Aslı (2010), Türk İş Hukuku’nda Genel İş Güvencesinin Kapsam ve Koşulları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

YAVUZ, Cevdet (2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (B.10), İstanbul, Beta.

YILDIZ, Gaye Burcu (2008), Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Sicil, S.10.

YILDIZ, Gaye Burcu (2014), İşçinin Aynı İşveren Nezdinde Fasıllı Çalışması Durumunda İş Güvencesinden Yararlanması İçin Gereken Altı Aylık Kıdem Süresinin Hesaplanması (Karar İncelemesi), İÜHFM., C.72, S.2.

YİĞİT, Yusuf (2012), Türk İş Hukuku Açısından İş Güvencesi Uygulamasında En Az Altı Aylık Kıdeme Sahip Olma Koşulu, SÜHFD., C.20, S.2.

YUVALI, Ertuğrul (2012), İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu (B.1), Ankara, Turhan Kitabevi.

YÜKSEK, Ayşe (2012), İş Güvencesinin İstihdam Yaratılmasındaki İşlevi, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.

ZENGİNGÖNÜL, Oğul (2004), İş Güvencesine İstihdam Açısından Bir Yaklaşım, DEÜSBED., C.6, S.1.