

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**İŞ GÜVENCESİ VE İŞLETMESEL NEDENLERLE İŞ
SÖZLEŞMESİNİN FESHİ**

GAMZE POLAT

**Danışman
Prof. Dr. MELDA SUR**

İZMİR – 2013

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2010800350

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : GAMZE POLAT
Tez Başlığı : İş Güvencesi ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi

Savunma Tarihi : 27.09.2013
Danışmanı : Prof.Dr.A.Melda SUR

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.A.Melda SUR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Erhan BİRBEN	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Oybirliği (X)

Oy Çokluğu ()

GAMZE POLAT tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "İş Güvencesi ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi" başlıklı Tezi (X) / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “**İş Güvencesi Ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

...../...../.....

GAMZE POLAT

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

İş Güvencesi Ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi

Gamze POLAT

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Üniversitesi

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Tezimizin konusunu “ İş Güvencesi Ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi” oluşturmaktadır. Çalışmamızın amacı, iş güvencesi sistemini ve iş güvencesi sistemi gereği geçerli fesih nedenlerinden olan işletmesel nedenlerle iş sözleşmesinin feshini ve işletmesel nedenlerle yapılan fesihlerde göz önünde bulundurulması gereken temel ilkeleri ortaya koymaktır.

Tezimiz, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak iş sözleşmesinin feshi ve fesih türleri anlatılmaktadır. İkinci bölümde, iş güvencesi kurumu ve iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı anlatılmaktadır. Bu bölümde, iş güvencesi kurumu tanımlanmış, iş güvencesinin uluslararası kaynakları, özellikle 4857 sayılı İş Kanunumuzun hazırlanışı sürecindeki etkisi göz önüne alınarak ayrı bir başlık altında 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve iş güvencesinin ulusal kaynakları incelenmiştir. Ayrıca iş güvencesi hükümleri tüm işyerleri ve tüm işçilere uygulanmadığı için iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Tezimizin üçüncü bölümünde ise, geçerli fesih nedenlerinden biri olan işletmesel nedenlerle fesih anlatılmıştır. Bu bölümde öncelikle, geçerli fesih kavramı açıklanmış ve geçerli fesih nedenlerinden olan işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle geçerli nedenlerle yapılan fesih kavramı ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. İşletme gereklerine dayanan fesihlerde aranan işletmesel karar kavramı ve bu işletmesel kararın mahkemelerce denetimi incelenmiştir. Daha sonra, işletmenin, işyerinin ve işin içinden ve dışından kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshi ve uygulamada karşılaşılan örnekleri, Yargıtay kararları ile

birlikte açıklanarak anlatılmıştır. Üçüncü bölümün son kısmında ise, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde uygulanan ilkelerin Yargıtay kararları ile birlikte iş hukuku uygulamasındaki yerleri açıklanmıştır.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise, çalışmamızın genel bir değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesi, Fesih, Geçerli Fesih Nedenleri, İşletmesel Nedenler, İşletmesel Karar, Yargısal Denetim.

ABSTRACT

Master's Thesis

Job Security and Termination of Labor Contract Due to Operational Reasons

GAMZE POLAT

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

The subject of our thesis is “Job Security and Termination of Labor Contract Due to Operational Reasons”. The purpose of the study is to examine the job security system, termination of labor contract due to operational reasons, which are among valid termination reasons according to job security system, and fundamental principles required to be considered in terminations due to operational reasons.

Our thesis is composed of three sections. The first section is explained termination of labor contract and termination types in general. The second section is examined the job security and field of application of the job security provisions. This section is defined international sources of job security, ILO Convention No: 158 under a separate title by considering its effect especially during the process of preparing our Labor Law No: 4857, and national sources of job security. Furthermore, since provisions of the job security can not be applied to all businesses and workers, there are examined application field of the job security provisions. The third section is discussed termination due to operational reasons, which are among valid termination reasons. In this section primarily is explained the concept of valid termination and makes explanations about the concept of termination due to requirements of business, workplace and job, which are among valid termination reasons. The concept of operational decision sought in terminations based on requirements of business and the control of this operational decision by courts are examined. Then we explained the termination of labor contract caused by reasons other than the operation of

business, workplace and job, and examples encountered during the application with court decisions. The final part of the third section is explained principles applied in terminations due to requirements of business, workplace and job in the application of labor law with court decisions.

In the final part of study, an overall evaluation of our study is realized.

Keywords: Job Security, Termination, Valid Termination Reasons, Operational Reasons, Operational Decision, Judicial Review.

İŞ GÜVENCESİ VE İŞLETMESEL NEDENLERLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE GENEL AÇIKLAMALAR

§1. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ	5
I. Fesih Bildirimi	5
A) Fesih Bildiriminin Şekli	8
B) Fesih Bildiriminin Hüküm Doğurduğu An	10
§2. FESİH TÜRLERİ	11
I. Süreli Fesih	12
A) Fesih Bildirim Süreleri	13
B) Usulsüz Fesih	17
II. Haklı Nedenle Derhal Fesih	18

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ GÜVENCESİ

§1. İŞ GÜVENCESİ VE KAYNAKLARI	20
I. Genel Açıklamalar	20

II. İş Güvencesinin Tanımı	21
III. İş Güvencesinin Uluslararası Kaynakları	22
A) Genel Olarak 158 Sayılı ILO Sözleşmesi	34
1. Sözleşmenin Öngördüğü Normlar	35
a) Yöntem Ve Kapsam	35
b) İş İlişisine Son Vermede Geçerli Neden	36
c) İş İlişisinin Sona Erdirilmesinde Uygulanacak Usul	38
2. Genel Değerlendirme	42
IV. İş Güvencesinin Ulusal Kaynakları	43
A) 1475 Sayılı Kanun Dönemindeki Düzenleme	47
B) 4773 Sayılı Kanun Dönemindeki Düzenleme	49
C) 4857 Sayılı Kanundaki Düzenleme	52
D) Anayasadaki Düzenleme	55
V. İş Güvencesinin Türleri	58
A) Dar / Geniş Anlamda İş Güvencesi	58
B) Yasal / Akdi İş Güvencesi	60
VI. İş Güvencesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği	62
A) İş Güvencesi Hükümlerinin Buyuruculuğu	62
1. Mutlak Emredici İş Güvencesi Hükümleri	62
2. Nispi Emredici İş Güvencesi Hükümleri	63
B) İş Güvencesi Hükümlerinden Feragat Edilmezlik	63
§2. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI	64
I. İşçinin İş Kanunu Veya Basın İş Kanunu Anlamında İşçi Olması	66
II. Otuz Veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılan İşyerinde Çalışma	69
III. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması	74
IV. İşçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması	77
V. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak	80

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEÇERLİ NEDEN OLARAK İŞLETME GEREKLERİ

§1. GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ	81
-----------------------------	----

I. Geçerli Fesih Kavramı	81
II. Geçerli Neden Oluşturmayan Haller	83
§2. İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE GEÇERLİ NEDENLERLE YAPILAN FESİH	85
I. Genel Olarak	85
II. İşletmesel Karar	87
A) Bağlı İşveren Kararı	93
B) Kurucu İşveren Kararı	95
III. İşletmesel Kararın Denetimi	95
IV. İşletmenin, İşyerinin Ve İşin İçinden Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi	103
A) Yeniden Yapılanma	106
B) İşyeri Birleşmeleri	108
C) İşyerindeki Bazı Bölümlerin Veya İşyerinin Kapatılması	115
1. Özelleştirme Uygulaması	119
2. Toplu İşçi Çıkarma	120
D) İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesi	123
E) Emekliliğe Hak Kazanmış Bulunan İşçilerin İş Sözleşmesinin Feshi	127
V. İşletmenin, İşyerinin Ve İşin Dışından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi	131
A) Ekonomik Kriz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi	134
§3. İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE YAPILAN FESİHLERDE UYGULANAN İLKELER	137
I. Ölçülülük İlkesi	137
II. Feshin Son Çare Olması İlkesi	142
A) Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında İşverenin İşçiyi Başka Bir İşyerinde Çalıştırma Yükümlülüğü	147
B) Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılarak İşçinin İşyerindeki İşinin Korunması	151
1. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik	151
2. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılmasının Şartları	154

a) Belirli Çalışma Şartlarına Sahip Ve İş Kanununa Tabi İşçi Bulunmalıdır	154
b) İşverence Yapılan Tek Taraflı Değişikliğin İşçinin Aleyhine Ve Esaslı Olması	155
c) İşçi Bu Değişikliği Süresinde Onaylamalıdır	156
C) Feshin Son Çare Olması Kapsamında Alınabilecek Diğer Tedbirler	162
III. Sosyal Seçim Kriteri	164
IV. Menfaatlerin Tartılıp Değerlendirilmesi İlkesi	172
V. Eşitlik İlkesi	174
SONUÇ	183
KAYNAKÇA	189

KISALTMALAR

ASŞ	Avrupa Sosyal Şartı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz	Bakınız
B	Bası, Baskı
b	Bent
BK	Borçlar Kanunu
C	cilt
Çimento İşveren D	Çimento İşveren Dergisi
Dn	Dipnot
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f	Fıkra
GGASŞ	Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
E	Esas
Fr İş K	Fransız İş Kanunu
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İHU	İş Hukuku Uygulaması
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü
İHU	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	Kanun
Kamu – İş	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası İş Hukuku Ve İktisat Dergisi
k	Karar
LEGALİHSGHD	Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
LEGAL YKİ	LEGAL İş Hukukuna Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları Ve İncelemeleri Dergisi
Mercek	Mercek Dergisi
MESS	Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
S	Sayı
s	Sayfa

SSK	Sosyal Sigortalar Kurumu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	Türkiye Ağır Sanayi Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi
vb	Ve benzeri
vd	Ve devamı
vs	Ve saire
YD	Yargıtay Dergisi
Y.9.HD	Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İş hukukunun temel amaçlarından biri, işçi ile işveren arasında kurulan iş ilişkisinde ekonomik anlamda daha güçsüz konumda bulunan işçi tarafını, işverene ve işverenin aşırı tutumlarına karşı korumaktır. İş sözleşmesi gereği işçi ile işveren arasında kurulan iş ilişkisinde, işçi, işverene bağımlı olarak, işverenin emir ve gözetimi altında çalışmasını sürdürmektedir. Bu ilişkide işveren, emir ve gözetimi altındaki işçilere karşı emir ve talimat verme hakkı, yönetim hakkı gibi bazı haklara sahiptir. İşveren bu ilişkide bazı durum ve hallerde işçinin iş sözleşmesini, süreli fesih yolu ile ya da haklı sebeplerin varlığı halinde ise, süre tanımaksızın derhal sona erdirebilir. İşçi de aynı şekilde, iş sözleşmesini süreli fesih yolu ile ya da haklı nedenlerin varlığı halinde derhal sona erdirebilir. İşçinin iş sözleşmesini bu gibi durumlarda feshetmesi, işveren açısından çok büyük kayıplara neden olmaz iken; işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, tek geçim kaynağı işi olan işçi açısından ve hatta ailesi açısından büyük sorunlara yol açabilmektedir.

İşçi açısından iş sözleşmesinin feshedilmesi, varlığını devam ettirememe ve toplumsal anlamda da toplum çıkarlarının zarar görmesi riskini beraberinde taşımaktadır. Günümüzde işsizlik, sadece kişiyi ilgilendiren kişisel bir olgu değil, toplumsal bir olgudur. Borçlar Hukuku alanında karşılıklı borç doğuran sözleşmeler, sözleşme taraflarının eşitliği esasına dayanmaktadır. İş Hukuku alanında ise, iş sözleşmesi her iki tarafa da borç doğuran bir sözleşme olmasına rağmen, iş sözleşmesinde tarafların eşit olmadıkları fikri esastır. Ekonomik açıdan güçlü konumda olan işverenin, keyfi olarak, istediği zaman, sebep göstermeksizin işçinin iş sözleşmesini feshetmesi, iş hukukunun koruyucu özelliği ile bağdaşmayacaktır. İşsizlik ve bu olgunun hem kişiler ve hem de toplum üzerinde yaratacağı olumsuzlukların önüne geçilebilmesi için uluslararası hukuk alanında birçok düzenlemeler yapılmıştır. Birçok Avrupa ilkesi, işçilerin, işveren karşısında özel olarak korunması ihtiyacını göz ardı etmeyerek, işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı işçiyi korumak için özel yasalar ile işçinin feshe karşı korunmasını sağlamışlardır.

Ülkemiz, işçilerin feshe karşı korunması konusunda duyarsız kalmamış ve uluslararası sözleşme niteliği taşıyan ILO'nun 158 sayılı "Hizmet İlişkisine İşveren

Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme” yi 1994 yılında uygun bulma kanunu ile onaylamış ve Resmi Gazetede yayınlamak üzere yürürlüğe koymuştur. ILO’nun 158 sayılı Sözleşmesi işveren tarafından yapılacak fesihlere karşı, işçiyi koruyucu hükümler getirmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi uygun bulma kanunu ile onaylayıp Resmi Gazetede yayınlamak üzere bu konuda uluslararası alanda yükümlülük altına girmiş ve Sözleşme gereklerini yerine getirebilmek için iç mevzuatında yenilikler yapma çabası içine girmiştir.

Avrupa ilkelerinde işçiyi koruyucu hükümlerin uzun yıllardır uygulanıyor olması, Türkiye’nin uluslararası alanda yükümlülük altına girmiş olması, iş hukukunun amaçlarından biri olan işçinin korunması amacı gibi birçok nedenlerle iç hukukumuzda, işçinin işini koruyabilmesi amacıyla düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuştur.

İş güvencesi olarak adlandırılan, işverenin keyfi işten çıkarmalarına karşı işverenin fesih hakkının sınırlandırılması kurumu, tüm ülkelerde olduğu gibi ülkemiz açısından da iş hukuku alanında en önemli konulardan biridir. İş güvencesi sisteminin temel amacı, işçiyi işverenin keyfi, makul olmayan fesihlerine karşı korumak ve işverenin iş sözleşmesini feshedeceği zaman, kanunda bulunan nedenlerin varlığının aranmasıdır. İş güvencesi sisteminde, işverenin fesih hakkına sınırlamalar getirilmekte ve böylelikle ekonomik bakımdan güçsüz olan işçinin işini koruyabilmesi sağlanmaktadır. İş güvencesi ile sadece işçinin işini koruyabilmesi değil, aynı zamanda işverenin de işletmesi ile ilgili olarak çıkarlarının korunması amaçlanmaktadır. İşçiye sağlanan yasal güvenceler ile işçi her an işini kaybedebilme endişesinden uzakta işini yerine getirebilmektedir.

Türk İş Hukukunda, iş güvencesi hükümleri, tüm işçileri ve tüm işyerlerini kapsayacak şekilde düzenlenmemiştir. İş güvencesi hükümlerinin bu özelliği eleştirilere yol açmıştır. İş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmek için kanunda öngörülen koşulların oluşması gerekmektedir.

İş güvencesi sisteminde işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmek istediğinde (haklı nedenlerle iş sözleşmesinin derhal feshi halleri dışında), kanunda belirtilen geçerli nedenlere dayanmak zorundadır. Kanunda öngörülen geçerli nedenlerden olan işletmesel nedenlerle iş sözleşmesinin feshi hali, uygulamada çok sık başvurulan fesih halidir. İşletmesel nedenlerle fesihte, fesih nedeni işçinin kişiliği ile ilgili

olmaksızın doğmaktadır. İşletmesel nedenler, ekonomik nedenler, yeni teknolojik yenilikler ve değişiklikler, rekabet koşulları, verimlilik gibi nedenler olabilir. İşveren bu gibi hallerde işletmesi ile ilgili olarak bazı kararlar alıp, bu kararları uygulamaya koyabilmektedir. İşveren kimi zaman iş sözleşmesinin feshi yerine işçilerin çalışma koşullarında değişiklik yapmakta ya da işçilerini ücretsiz izne çıkarmakta ya da işçilerinin mesailerini kaldırmaktadır. İşveren bu tedbirlerle de içinde bulunduğu veya ileride içinde bulunacağı ekonomik darboğazı, verimlilik kayıplarını aşamıyorsa, bazı işçilerin iş sözleşmesinin feshi gündeme gelmektedir.

İşverenin işletmesi ile aldığı kararlar sonucunda, bazı işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi zorunlu hale geldiği durumlarda da işveren keyfi hareket edememektedir. İşveren bu durumda, iş güvencesi hükümlerini düzenleyen kanun maddelerinde veya bu maddelerin gerekçelerinde dile getirilen ilkeler ve yahut uygulamada kabul edilen ilkeler doğrultusunda iş sözleşmesi feshedilecek işçileri seçecektir.

İşverenin işletmesi ile karar alma serbestisi, işverenin yönetim hakkına, Anayasada düzenlenen sözleşme özgürlüğüne, girişim özgürlüğüne dayanmaktadır. Anayasada sadece işverenin girişim özgürlüğü düzenlenmemiştir aynı zamanda işçinin çalışma hakkı da düzenlenmiştir. Bu sebeptendir ki, işverenin karar almada serbest olması tam bir serbesti hali değildir. İşverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır. İşverenin bir takım nedenlerden dolayı bazı işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi sonucunu doğuran işletmesel kararları, işçilerin bu fesihlere karşı yargı yoluna başvurusu durumunda mahkemeler tarafından keyfilik, ölçülülük, tutarlılık gibi bazı denetim aşamalarından geçmektedir. Mahkemeler tarafından yapılan denetim, ölçülülük ilkesi, feshin son çare olması ilkesi, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, eşitlik ilkesi gibi ilkeler göz önüne alınarak yapılmaktadır.

Tüm bu anlattıklarımız ışığında çalışmamızı üç bölüme ayırarak ele aldık. Çalışmamızın ilk bölümünde, genel olarak fesih kavramı ele alınmıştır. İkinci bölümünde ise, iş güvencesi, iş güvencesinin uluslararası ve ulusal kaynakları, Türk İş Hukuku mevzuatındaki gelişimi ve iş güvencesi hükümleri tüm işyerlerinde ve tüm işçilere uygulanmadığı için iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı ele alınmıştır. İkinci bölümde ayrıca, 4857 sayılı İş Kanununa yaptığı etki de göz önüne

alınarak ayrı bir başlık altında 158 Sayılı ILO Sözleşmesi incelenmiştir. Üçüncü bölümde, iş güvencesi sisteminde, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde dayanabileceği geçerli sebep kavramı, geçerli sebep hallerinden olan işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshi ve işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde uygulanan ilkeler ele alınmıştır. Bu bölümde işverenin, yönetim hakkı, sözleşme özgürlüğü ve girişim özgürlüğüne dayanarak aldığı işletmesel karar kavramı ve işletmesel kararların denetimi ele alınmıştır. Ayrıca işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde uygulamada çok sık karşılaşılan ve İş Kanununun gerekçesinde de belirtilen yeniden yapılanma, işyerindeki bazı bölümlerin veya işyerinin kapanması, alt işveren uygulamaları, ekonomik kriz nedeniyle iş sözleşmesinin feshi gibi uygulamalar ve emekliliğin iş sözleşmesinin feshine etkisi gibi konular ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Bu bölümde son olarak, işletmesel nedenler ile yapılan fesihlerde, işçi tarafından yargı yoluna başvurulduğunda, mahkemelerce uygulanan ilkeler, Yargıtay kararları ile örneklendirilerek açıklanmıştır.

Çalışmamızın ele alınışında uygulama ile olan bağlantıyı pekiştirmek için yeri geldikçe Yargıtay kararları ışığında uygulamadan örnekler göz önüne alınarak açıklamalar yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE GENEL ÖZELLİKLERİ

Ş1. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

I.Fesih Bildirimi

1475 sayılı İş Kanununda¹ (eski İş Kanunu) bulunmamasına karşılık 4857 sayılı İş Kanununda² (yeni İş Kanunu) iş (hizmet) sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu madde 8/f. I' e göre, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.”. Yine İş Kanunu madde 2/f.I' e göre, “.....işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir.” hükmü yer almaktadır. İş (hizmet) sözleşmesi 818 sayılı Borçlar Kanunu³ (eski Borçlar Kanunu) madde 313/f. I 'de “ Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma bakıldığında iş sözleşmesindeki işçinin, işverene bağımlı olarak çalışma unsurundan bahsedilmemiştir ve eksik bir tanım yapılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda⁴ (yeni Borçlar Kanunu) bu eksiklik giderilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 393/f. I' de “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanım yapılmıştır.

İş sözleşmesi, iş (çalışma), bağımlılık, ücret (karşılıklılık) olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. İş sözleşmesi, iş görme amacı güden sözleşmelerden bir

¹ 1475 sayılı İş Kanunu, Kabul Tarihi: 25.08.1971, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 01.09.1971, <http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/5/1475/a/1475sk1.htm>, (10.01.2012).

² 4857 sayılı İş Kanunu, Kabul Tarihi: 22.05.2003, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 10.06.2003, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4857.html>, (10.01.2012).

³ 818 sayılı Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 22.04.1926, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 29.04.1926, http://www.sanayi.gov.tr/Files/Mevzuat/borclar_kanunu-13042010210822.pdf, (10.01.2012).

⁴ 6098 sayılı Borçlar Kanunu Kabul Tarihi: 11.01.2011, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-1.htm>, (10.01.2012).

tanesisidir. İş sözleşmesini, diğer iş görme amacı güden sözleşmelerden⁵ ayıran en önemli unsur bağımlılık unsurudur⁶. Bu bağımlılık unsuru kişisel/hukuki bağımlılıktır⁷.

İş sözleşmesi, taraflar arasında kişisel ilişkiler kuran, karşılıklı borç yükleyen, sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmedir⁸. İş sözleşmesi işçi ve işveren taraflarının karşılıklı anlaşmasıyla her zaman sona erdirilebilir. İşçinin ölümü de iş sözleşmesini sona erdirir. Buna karşılık işverenin kişiliği göz önünde tutularak yapılmış bir sözleşme olmadıkça, işverenin ölümü kural olarak hizmet sözleşmesini sona erdirmez. İş sözleşmesi belirli süreli yapılmış ise, sürenin bitimiyle de sözleşme kendiliğinden sona erer. İş sözleşmesinin sona ermesi fesih bildirim yoluyla da yapılabilir.

İş sözleşmesi, sürekli borç yükleyen bir sözleşme olduğu için tarafların böyle bir sözleşme ile ömür boyu bağlı kalmaları beklenemez. Bu nedenle işçi veya işverenin tek taraflı bir irade açıklamasıyla iş sözleşmesini sona erdirebilmeleri 4857 sayılı İş Kanunu 17. maddesinde, 1475 sayılı İş Kanununun da 13. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca 818 sayılı eski Borçlar Kanunu madde 340 ve 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu madde 431 vd. maddelerinde konuyla ilgili hükümler yer almaktadır. İş sözleşmesinin feshi, iş sözleşmesinin taraflarından birisi tarafından

⁵ İş görme amacı güden sözleşmeler: İş (Hizmet) Sözleşmesi, Eser (İstisna) Sözleşmesi, Yayın Sözleşmesi, Vekâlet Sözleşmesi, Vekâletsiz İş Görme, Havale (Havale, bir iş görme ilişkisidir fakat sözleşme değildir. Fakat iş görme niteliği gereği, genellikle iş görmeye yönelik sözleşmelerle aynı bölümde ele alınır (Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, ss. 311 – 386).

⁶ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, ss. 67 – 68; Öner Eyrenci ve diğerleri, **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 55; Sarper Süzek, **İş Hukuku (Genel esaslar – Bireysel İş Hukuku)**, 3. Bası (Tıpkı Bası), Beta Basım Yayın, İstanbul 2006, ss. 189 – 192; Ercan Akyiğit, **Açıklamalı Ve İctihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, ss. 74, 75; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2010, s. 44.

⁷ İşverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olan işçinin iş sözleşmesinde bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. İşçi iş görme borcunu işverenin yönetim, denetim ve gözetimi altında yerine getirir. İşin görülmesi süreci içinde emirler, talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu bağımlılık unsuru mutlak değil, görecelidir.” (Süzek, ss.191-193; Ali Güzel, **İşçi Kavramı, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi Ve İşveren Kavramları Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997, ss. 15 – 46; Sarper Süzek, **İş Hukukunun Genel Esasları**, Savaş Kitap Ve Yayınevi, Ankara 1998, (Anılış, Genel Esaslar), s. 250).

⁸Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Süzek, s. 196; Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 432; A. Nizamettin Aktay ve diğerleri, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Ve Yenilenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 168; Çelik Çağrı, **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi Ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 19; Çelik, s. 108.

açıklanan sözleşmeyi sona erdirmeye iradesiyle diğer tarafın kabulüne bağlı olmaksızın ileriye dönük olarak sözleşmeye son verebilme olanağı sağlayan hukuki işlemdir⁹.

Fesih hakkı, hak sahibine karşı tarafa yöneltilmesi gereken, karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesinden sonra veya derhal sona erdirmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesih hakkı, yenilik doğuran bir hak¹⁰ olduğu için yenilik doğuran hakların ortak özelliklerini taşır. Taraflardan birinin fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmeye iradesine de fesih beyanı / bildirimini denilmektedir. Yalnız bir tarafın irade beyanı ile hukuki sonuç doğduğu için fesih, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Fesih bildiriminin hukuki sonuç doğurması karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığında hukuki sonuç gerçekleşmiş olur; var olan ilişki ortadan kalkmış olur. Fesih, her iki tarafa da tanınmış bir haktır. Fesih hakkı, kullanılmasıyla taraflar arasında var olan hukuki ilişkiyi bozup yeni durum yarattığı için bozucu yenilik doğuran haktır. İş akdini fesih hakkı bir kez kullanılmakla ortadan kalkar ve bir daha kullanılamaz. Fesih hakkı, yenilik doğuran bir hak olarak diğer tarafın bağlı bulunduğu bir hukuki ilişkiyi etkilediği için, bu husustaki bildirim açık ve belirli olması gerekir. Fesih bildiriminde fesih sözcüğünün bulunması gerekmez. Taraflardan birinin davranışından onun sözleşme ilişkisine son verdiği anlaşılıyor

⁹ Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara 1976, (Anılış, Fesih Hakkı), s. 14; Münir Ekonomi, **İş Hukuku, Ferdî İş Hukuku**, Cilt: I, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayını, İstanbul 1984, s. 166; Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Süzek, s. 397; Günay, s. 433; Akyiğit, s. 124; Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş İlişkileri)**, Turhan Yayınevi, Ankara 2008, s. 586; Eda Manav, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm Ve Sonuçları**, Turhan Yayınevi, Ankara 2009, s. 29; Hakan Keser, **İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 20.

¹⁰ Yenilik doğuran hak, tek taraflı irade beyanıyla bir başkasının hukuki durumunu, onun katılmasına gerek olmadan değiştiren haklara denir. Yenilik doğuran hakların kullanılmasıyla yeni bir hukuki ilişki meydana gelmekte, mevcut hukuki ilişki değiştirilmekte ya da mevcut hukuki ilişki tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Yenilik doğuran hakların ortak özellikleri; A) Bu haklar, bir defa kullanılmakla sona eren, tükenen haklardır. Hak bir defa kullanılmakla hak sahibi amacına ulaştığı ve böylece hak tükendiği için ikinci bir defa kullanılamaz. B) Yenilik doğuran haklar, alacak hakkı olmadıkları ve dolayısı ile bir edimi kapsamadıkları için, kural olarak zamanaşımına bağlı olmayıp, hak düşürücü süreye tabidirler. C) Yenilik doğuran haklardan, kullandıktan sonra dönmek (geri almak) mümkün değildir. Bu haklar bir defa kullanılmakla sona erer, tükenirler. D) Yenilik doğuran haklar dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır. Yenilik doğuran haklar, kural olarak şarta bağlanamaz. Bu haklar, kesinlik ve açıklık isteyen haklar oldukları için kural olarak şarta bağlanamaz. Çünkü şart, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan gelecekteki bir olaydır (Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, ss. 62 – 65;). Yenilik doğuran haklardan fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran haklardandır. Bozucu yenilik doğuran haklar, kullanılmalarıyla bir hakkı veya hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran haklardır. Yenilik doğuran haklar kural olarak hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla ve yahut istisnai olarak yenilik doğuran dava ile kullanılabilirler. Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 49); EREN, ss. 58 – 64.

ise, bu durumda da fesih gerçekleşmiş olur. Fesih, işçinin olumsuz bir eylemi şeklinde olabilir. Örneğin işçi işi terk edip gitmişse fesih yapılmış sayılır. Bazen ise fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de olabilir. Örneğin, işçinin işyerine alınmaması gibi¹¹.

İş sözleşmesinin feshini bildirme hakkına ilişkin hükümler emredici nitelikte olup, bu haktan önceden vazgeçilemez. Bu hakkın kullanılmasını imkânsızlaştıran toplu iş sözleşmesi geçerli değildir. Fesih bildirimini karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden kural olarak şarta bağlı yapılamaz. İstisnai olarak özellikle süreli fesih bildirimini ile sözleşmesinin sona erdirilmesinde, şartın yerine getirilmesi karşı tarafın arzu ve iradesi ile oluşacak duruma bağlayan şartta, şartlı fesih bildirimini geçerli sayılmaktadır¹².

A) Fesih Bildirimin Şekli

İş sözleşmesinin feshine yönelik irade açıklamasının herhangi bir şekle bağlı olup olmadığı konusunda ne 818 sayılı (eski) Borçlar Kanununda ne de 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanununda hüküm yer almamaktadır. Basın İş Kanunu¹³ madde 9'da tam açıklayıcı olmasa da bir hüküm yer almaktadır¹⁴. Deniz İş Kanunu¹⁵ madde

¹¹ Süzek, Fesih Hakkı, s. 14; Ekonomi, s. 167; Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Süzek, s. 398; Günay, s. 436; Manav, ss. 29 – 30; Çelik, s. 189; Keser, s. 20; Ç. Çelik, s. 20. Y. 9. HD., 05.02.2007, E.2006/31969, K. 2007/2253, www.sinerjias.com.tr, (02.02.2012): “..... Davacı işçinin rahatsızlığı nedeniyle uzun süre rapor kullandığı ve rapor süresine göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1 – b maddesi uyarınca feshi için gerekli şartların oluştuğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı işveren iş sözleşmesini anılan hüküm uyarınca değil, İş Kanunu'nun 17. Maddesi gereğince ihbar ve kıdem tazminatı ödemek sureti ile feshetmiştir. İş Kanunu'nun 17. Maddesi çerçevesinde feshi halinde ise aynı kanunun 19. maddesinde belirtilen şekil koşullarının yerine getirilmesi gerekir. Somut olayda fesih bildiriminde fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmediği gibi, fesihten önce davacıdan savunması da alınmamıştır. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile isteğin kabulü hatalıdır.....”; Y. 9. HD., 19.09.2005, E. 2005/29066, K. 2005/30405 (TÜHİS, Kasım 2005, ss. 108-109, <http://www.tuhis.org.tr/dergi/kasim2005/kasim2005hukuk.pdf>, (02.02.2012); Y. 9. HD., 07.03.2007, E. 2006/22210, K. 2007/6065 (Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2007/4 (15), ss. 324-325): “.....davacı şirketin işveren vekili tarafından davacıyla yapılan tartışma neticesinde 'defol git' diye hitap ettiği, dolayısıyla iş akdinin davacı tarafça haksız olarak feshedildiği anlaşılmaktadır.....”, <http://www.calismatoplum.org/sayi15.htm>, (02.02.2012); Y. 9.HD., 12.01.2005, E. 12481, K. 528 (AKYİĞİT, s. 415).

¹² Süzek, Fesih Hakkı, s. 14; Emine Tuncay Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı – Sınırları, Hüküm Ve Sonuçları**, Han Kitabevi, Ankara 1987, ss. 24 vd.; Süzek, s. 402; Günay, s. 436; Çelik, s. 190.

¹³ 212 sayılı Kanun (Basın İş Kanunu), Kabul Tarihi 13.06.1952, Resmi Gazete Tarihi: 20.06.1952, http://tgs.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=16, (03.02.2012).

¹⁴ *Mülkiye amirine bildirilecek hususlar*

Madde 9 – (Değişik 04/01/1961- 212/1 md)

18’de ise, fesih bildirimının, işveren veya işveren vekili tarafından gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır¹⁶.

4857 sayılı İş Kanunu madde 19/f.1¹⁷ ve 109¹⁸ da konu ile ilgili açık hükümler bulunmaktadır. İş Kanunu¹⁹ hükümlerine göre, bildirimlerin Tebligat Kanunu kapsamına girip girmediği ayırımı yapılmakta ve Tebligat Kanunu kapsamına giren tebligatlar (bildirimler) bu yasa hükümlerine göre yapılması gerekirken, bu kanun kapsamına girmeyen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekmektedir. Eğer bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durumun o yerde tutanakla tespit edilmesi gerekmektedir (İş K. madde 109). Maddedeki fesih bildiriminin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması koşulunun geçerlilik mi yoksa ispat koşulu mu olduğu konusunda öğretide bunun ispat koşulu olduğu öne sürülmüştür²⁰. Yargıtayın İçtihadı Birleştirme Kararında²¹ da şu görüşlere yer verilmiştir:

“İş akdinin feshinin yazılı şekle tabi tutulduğunun dolayısıyla İş Kanunu ile kabul edilen şeklin bir muteberlik şekli olduğunun kabulü doğru olmaz. Bilakis mezkûr madde ile benimsenmiş bulunan şeklin sadece bir ispat kaidesi olduğunun kabulü için icaplarına, menfaatler ihtilafına, nihayet hukuk esaslarına daha uygun düşer”.

Mukavelenin yapılışı işveren tarafından; feshi, fesheden tarafından Bölge Çalışma Müdürlüğüne, mülkiye amirliğine ve eğer gazeteci üye ise sendikasına değilse en fazla üyesi bulunan mesleki teşekküle on beş gün içinde beyanname ile bildirilir. Mülkiye amirleri bu beyannamelerin birer örneğini, gazetecinin kıdeminin tespitine esas olmak üzere hemen Basın- Yayın ve Turizm Bakanlığına hemen gönderirler.

¹⁵ 858 sayılı Deniz İş Kanunu, Kabul Tarihi: 20.04.1967, Resmi Gazete Tarihi: 29.04.1967, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı:12586, http://tgs.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=16, (04.02.2012).

¹⁶ *Feshin bildirilmesi*

Madde18- Hizmet akdinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemi adamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkânı olmayan hallerde durum bir tutanakla tespit olunur.

¹⁷ *Sözleşmenin feshinde usul*

Madde 19- İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

¹⁸ *Yazılı bildirim*

Madde 109- Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir.

Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır.

¹⁹ Çalışmamızda “İş Kanunu” dediğimizde, yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunundan bahsetmiş olacağız.

²⁰ Ekonomi, s. 168; Süzek, s. 402; Akyiğit, s. 125; Mollamahmutoğlu, s. 662; Çelik, s. 192; Keser, s. 20.

²¹ Y. İBK, 18.02.1959, E:28, K: 17 (Süzek, s. 403; Akyiğit, s. 125; Çelik, s. 192).

1959 tarihli bu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da bunun ispat koşulu olduğu belirtilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yeni kararında da fesih bildirim yazılı olması ispat koşulu olarak kabul edilmiştir²². Genel olarak fesih bildirim herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayıp, sözlü, yazılı ve yahut üstü örtülü de yapılabilir. Örneğin, ”davalı şirketin işveren vekili tarafından davacıyla yapılan tartışma neticesinde ‘defol git’ diye” hitap etmesi veya işçinin işyerine alınmaması gibi hallerde de sözleşmenin feshedildiği sonucuna varılabilir²³. İş Kanunu madde 19’un gerekçesinde²⁴ de fesih bildirim yazılı yapılmasının ispat kolaylığı sağladığı açıkça belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin feshedilip edilmediği konusunda uyuşmazlık çıktığında, bu durumda İş Kanunu madde 109’da belirtilen şekilde yazılı şekilde ispat gerekmektedir²⁵. Bu durum ispat konusunda diğer kanuni delillere²⁶ özellikle tanık ifadesine başvurulmasına engel değildir. Fesih, diğer yasal delillerle de ispatlanabilir²⁷.

B) Fesih Bildiriminin Hüküm Doğurduğu An

Borçlar Hukukuna göre yenilik doğuran irade beyanı karşı tarafa varma anından itibaren hukuki sonuç doğurur²⁸. Fesih bildirim de yenilik doğuran bir irade beyanı olduğu için Türk Hukukundaki baskın görüşe göre, fesih bildirim karşı tarafa varma anında hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁹. Fesih bildirim posta yoluyla

²² Y. 9. HD., 03.10.2000, E. 9309, K. 12891 (Mustafa KILIÇOĞLU, **İş Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Ankara 2002, s. 1227; ÇELİK, s. 192.

²³ Y. 9. HD., 07.03.2007, E. 2006/22210, K. 2007/6065, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2007/4 (15), ss. 324-325, <http://www.calismatoplum.org/sayi15.htm>, (05.02.2012); Y. 9.HD., 12.01.2005, E. 12481, K. 528 (Akyiğit, s. 415); Akyiğit, s. 126.

²⁴ *Sözleşmenin feshinde usul*

Madde 19- İş sözleşmesinin feshindeki usul ve şekil bu madde ile düzenlenmiştir. İşveren fesih bildirimini yazılı yapacaktır ve bu bildirimde fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtecektir. Bu husus ileride işçi tarafından açılacak bir davada, feshin İş Kanunu anlamında geçerli sayılıp sayılmayacağı belirlenmesi bakımından ispat kolaylığı sağlayacaktır, <http://tugis.org.tr/index.php/mevzuat/49-4857-say-1-is-kanunu-ve-gerekcesi>, (05.02.2012).

²⁵ Akyiğit, s. 126; Ekonomi, s. 168.

²⁶ Deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin deliller, senet, yemin, kesin hükümdür. Takdiri deliller ise, tanık, bilirkişi, keşiftir (Hakan Pekcanitez ve diğerleri, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, 12. Bası, ss. 471 – 474).

²⁷ Akyiğit, s. 126.

²⁸ Eren, s. 63.

²⁹ Süzek, s. 403; Mollamahmutoğlu, s. 663; Çelik, s. 190.

yapılmışsa, karşı tarafa ulaştığı, karşı tarafın hâkimiyet alanına girdiği anda sonuçlarını yaratır. Bunun muhatap tarafından daha geç öğrenilmesi hukuki sonucu değiştirmez³⁰. Karşı görüşe göre³¹ ise, iş sözleşmesinin sona ermesinde “varma “ değil, “öğrenme” anının esas alınması gerektiği savunulmuştur.

Fesih bildirim, karşı tarafa varma anında hukuki sonuçlarını geleceğe etkili olarak doğurur ve var olan iş ilişkisi sona erer³².

Ş2. FESİH TÜRLERİ

İş sözleşmesinin feshinde, “sürelî fesih (feshi ihbarlı fesih, önelli fesih, bildirimli fesih) ve haklı nedenle fesih (derhal fesih, süresiz fesih) olmak üzere iki ayrı temel fesih türü vardır. İş Kanunu madde 17’de “sürelî fesih” terimi, madde 24 ve 25’te “haklı nedenle derhal fesih” terimleri kullanılmıştır. Biz de çalışmamızda sürelî fesih ve haklı nedenle derhal fesih terimlerini kullanacağız. Ayrıca ayrı bir fesih türü oluşturup oluşturmadığı tartışmalı olan “İş K. madde 17/f. V³³’de yer alan “bildirim sürelerine ait ücreti peşin vermek suretiyle fesih³⁴”, “çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” (İş K. madde 22)³⁵ ve “toplu fesih³⁶” vardır.

³⁰ Süzek, s. 403.

³¹ Reşat Atabek, **İş Akdinin Feshi**, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938, s. 39; Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Ankara 1984, 5. Bası, s. 239; Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi**, İstanbul, İstanbul 1955, s. 174 vd.’ dan aktaran Çelik, s. 191. GÜNAY’ a göre, işçinin hastalığı hallerinde, cezaevinde bulunmasında veya devamsızlığı gibi durumlarda varma değil, öğrenme anının esas alınması gerektiğini savunmaktadır (Günay, s. 436). Bizde bu gibi durumlarda fesih bildiriminin öğrenme anından itibaren hüküm doğuracağı görüşündeyiz.

³² Savaş Taşkent, “Boşta Geçen Sürenin Ücreti”, **Kamu – İş, İş Hukuku Ve İktisat Dergisi**, 2004, Cilt: VII, Sayı: 3, s. 4; Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Süzek, s. 403; Akyiğit, s. 126; Çelik, s. 190.

³³ *Sürelî fesih*

Madde 17/f. V: İşveren bildirim sürelerine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir..

³⁴ Bildirim sürelerine ait ücreti peşin vermek suretiyle fesih, sadece belirsiz sürelî iş sözleşmelerinde uygulanır. Bu tür fesih imkânı İş Kanunu’nda sadece işverene tanınmışken, Basın İş Kanununda (Bas. İş K. madde 5/f. II) hem işçiye (gazeteciye) hem de işverene verilmiştir. İş Kanununun 17. maddesinin 5. fıkrasına göre, “İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.” (Süzek, ss. 409 – 410; Akyiğit, s. 130).

³⁵ Bu konu ileride incelenecektir.

³⁶ Toplu fesih, İş Kanunu madde 29 anlamında ele alınan bir durumdur ve işverenin birden çok işçinin hizmet sözleşmesini belli bir süre içinde feshetmesidir. İş Kanunu madde 29’ da “toplu işçi çıkarma” adıyla düzenlenmiştir (Akyiğit, s. 145).

I. Süreli Fesih

Süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmelerini tek taraflı irade beyanıyla bildirim sürelerinin sonunda sona erdirmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır³⁷. Süreli fesih, İş K. madde 17, Deniz İş K. madde 16, Basın İş K. madde 5, 6, 7 ve (818 sayılı Borçlar Kanunu madde 340, 343) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 431, 432’de düzenlenmiştir. Süreli fesih, kural olarak sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgü bir fesih türüdür. Ancak istisnai olarak 818 sayılı (eski) Borçlar kanunu madde 343³⁸ ve yeni Türk Borçlar Kanunu madde 430 / f. III³⁹,de belirli süreli iş sözleşmelerinde de düzenlenmiştir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin tanımı İş Kanununda yapılmıştır. İş Kanununun 11. maddesinin I. fıkrasına göre, “ İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.”. İş Kanunu işçiyi korumak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda sınırlamalar getirmiş ve belirli süreli sözleşme yapmak için anılan fıkra da belirtilen objektif koşulların varlığını aramıştır⁴⁰.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, süreli fesih yoluyla sözleşmeyi son verme olanağının tanınması tarafların kişilik haklarının korunması ilkesine dayanır. Süresi

³⁷ Süzek, Fesih hakkı, s. 31; Ekonomi, s. 168; Eyrenci ve diğerleri, s. 146; Süzek, s. 398; Mollamahmutoğlu, ss. 656 – 657; Manav, s. 31; Çelik, s. 193; Ç. Çelik, s. 21.

³⁸ *Hayat Müddetince Yahut On Seneden Fazla İçin Yapılan Akit*

Madde 343- Bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla için yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla tazminat dahi vermeksizin feshedebilir.

³⁹ *Sözleşmenin Sona Ermesi*

I. Belirli Süreli Sözleşmede

Madde 430 ./f. III – Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder.

⁴⁰ Süzek, Fesih Hakkı, s. 30, 99 – 100; Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Türk Ağır Sanayii Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara 1998, ss. 9 -11; Gülsevil Alpagut, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Mercek Dergisi**, Ocak 2004, (Anılış, Belirli Süreli), ss. 73 - 80; Süzek, ss. 199 – 202. Ayrıca bu konudaki açıklamalar “iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı” başlıklı kısımda yapılmıştır.

belirsiz bir sözleşmeyle sınırsız bir süre için bağlanmayı kabul etmek kişi özgürlüğü ilkesine aykırı düşer⁴¹.

Sürelili fesih, iş sözleşmesi fesih bildirim yapıldığı anda değil, tanınmış bildirim süresinin bitiminde sona erer⁴². Bildirim süresi içinde haklı bir fesih nedeni ortaya çıkarsa sürenin sonu beklenmeden sözleşme derhal feshedilebilir⁴³.

A) FESİH BİLDİRİM SÜRELERİ

Sürelili fesih hakkının kullanılmasından karşı tarafın göreceği zararı azaltmak ve taraf menfaatlerini korumak için belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce bildirim sürelerine uyulması zorunluluğu getirilmiştir. Böylelikle fesihden önce karşı taraf haberdar edilmekte ve bildirim süresi içinde işveren yeni iş; işçi ise yeni bir iş bulma olanağına kavuşmaktadır⁴⁴. Sözleşme fesih bildirim yapıldığı anda değil, tanınması gerekli ve tanınmış bildirim süresinin bitiminde sona ereceğini belirtmiştir⁴⁵. İş Kanunu bildirim sürelerini işçinin hizmet süresini de dikkatte alarak düzenlemiştir. İşçinin hizmet süresi (kıdemi) arttıkça artan bildirim süreleridir. İş Kanunu madde 17/ f. II' e göre, “ İş sözleşmeleri;

a) İşçi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b) İşçi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c) İşçi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

d) İşçi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.”.

İş Kanununda öngörülmüş olan (2, 4, 6, 8 hafta) bu bildirim süreleri hem işçi hem de işveren tarafından yapılan fesihlerde geçerlidir. Yeni Türk Borçlar Kanunu

⁴¹Süzek, Fesih Hakkı, s. 27; Ünal, Narmanlıoğlu, **İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri**, B.3, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1998, s. 262; Süzek, s. 40; Çelik, s. 193.

⁴² Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Süzek, s. 409; Akyiğit, ss. 126 – 127; Aktay ve diğerleri, s. 175.

⁴³ Çelik, s. 193; Y. 9. HD. 10.10.2003, E. 2003 / 4302, K. 2003 / 16781 (TÜHİS, C. XVIII, Sayı: 4, Kasım 2003, ss. 46 – 47).

⁴⁴ Eyrenci ve diğerleri, s. 146; SÜZEK, s. 404.

⁴⁵ Ekonomi, s. 170; Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Süzek, s. 409; Aktay ve diğerleri, s. 175; Akyiğit, s. 127; Mollamahmutoğlu, s. 664.

madde 432⁴⁶, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde bildirim sürelerini ve bu sürelerin kısaltılamayacağını fakat sözleşmeyle arttırılabileceğini düzenlemiştir. Eski Borçlar Kanunu, bildirim sürelerini işçi ve işverenler için aynı tutmuş (Eski BK madde 340, 341) ve sözleşme ile iki taraf için farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılmasına izin vermemiştir (Eski BK madde 340 / son fıkra)⁴⁷. Deniz İş Kanununda da İş Kanunu madde 17'deki bildirim süreleri aynen kabul edilmiştir (Deniz İş Kanunu madde 16/B)⁴⁸. Basın İş kanununda ise, işçi ve işveren için farklı bildirim süreleri öngörülmüştür (Basın İş Kanunu madde 6/ f. IV, madde 7)⁴⁹.

İş Kanunlarındaki fesih bildirim süreleri, asgari olup sözleşmelerle arttırılabilir (İş K. m. 17 / 3; Deniz İş K. m. 16 / C; Basın İş K. m. 8). Bildirim

⁴⁶ Fesih bildirim süresi

a. Genel olarak

Madde 432- Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.

Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet sözleşmesi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş olan işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş olan işçi için altı hafta sonra sona erer.

Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle arttırılabilir.

İşveren fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir.

Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, s. 665. Madde 340 / son fıkra – İş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri mukavele edilmesi caiz değildir.

⁴⁸ Aktin çözülmesinde bildirim

Madde 16 – B) Süresi belirsiz hizmet akitlerinin çözülmesinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.

Hizmet akti:

a) işi altı ay sürmüş olan gemi adamı için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b) işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan gemi adamı için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c) işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan gemi adamı için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

ç) işi üç yıldan fazla sürmüş olan gemi adamı için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra,

Bozulmuş olur.

⁴⁹ Süzek, s. 404; Mollamahmutoğlu, s. 665.

Akdin işveren tarafından feshi ve kıdem tazminatı

Madde 6 / f. IV – Birinci maddenin şümulüne giren bir işyerinde işverenle arasındaki hizmet münasebeti bir veya müteaddit mukaveleye istinaden fasılasız olarak en az beş yıl sürmüş olan gazetecinin işine son verilmesi yapılacak yazılı ihbardan itibaren üç ay geçtikten sonra muteber olur . Beş senden az hizmeti olanlar için bu ihbar müddeti bir aydır.

Akdin gazeteci tarafından feshi

Madde 7 – Gazeteci en az bir ay evvel işverene yazılı ihbarda bulunmak suretiyle iş akdini her zaman feshedebilir.

sürelerine ilişkin kurallar, nispi emredici nitelikte⁵⁰ olduğu için tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılamaz veya azaltılamaz. Tarafların kanunun altında kararlaştırdıkları bildirim süreleri yerine kanundaki bildirim süreleri uygulanır.

Fesih sürelerinin işçi ve işveren için değişik olarak kararlaştırılması halinde nasıl yol izleneceğine dair kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Eski Borçlar Kanunu madde 340 / f. I ‘e göre, işçi ve işverenler için değişik fesih süreleri kabul edilemez. Bu durumda taraflar istedikleri süreleri eşitlik esasına göre belirleyebilirler (madde 344/ f. II). Yeni Türk Borçlar Kanunu madde 432 / f. V ‘ e göre de, fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de aynı olması zorunludur, sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresinin uygulanır. Çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi konusunda yaklaşımı “tarafların eşitliği” değil, “işçinin korunması” düşüncesidir⁵¹. Yeni Türk Borçlar Kanununda da bu düşünce göz önünde tutularak düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır. Borçlar Kanunundaki eşitlik esasının iş hukukunda mutlak olarak uygulanmayarak, İş Kanunu madde 17 / f. III’ de yer alan özel hüküm karşısında Yeni Türk Borçlar Kanunu madde 432 / f. IV (Eski Borçlar Kanunu m. 340 / f. I) hükmünün geçerli olmayıp, İş Kanununun 17. maddesi nispi emredici nitelik taşıdığından, bildirim sürelerinin sözleşmelerle aynı uzunlukta arttırılabileceği gibi işverenin uyacağı bildirim süresinin işçinin uyacağı bildirim süresinden daha uzun olarak kararlaştırılabileceği, öğretide ağırlık kazanan görüştür. Bu görüşe göre, “İşçinin işverenden daha kötü bir duruma düşürülmemesi için işçiye karşı işverenin uyacağı bildirim süresi, işverene karşı işçinin uyacağı süreden daha kısa kararlaştırılamaz; aksi halde işveren kararlaştırılan daha uzun süreye uyar. Buna

⁵⁰ İş hukukunda bazı hükümler mutlak emredici nitelikte hükümlerdir. Bazı hükümler ise, nispi emredici nitelikte (sosyal kamu düzeni niteliğinde) olan hükümlerdir. İş kanunlarında nispi emredici hükümlerle işçi açısından alt sınır çizilmekte, iş sözleşmeler ve toplu iş sözleşmeleriyle bu sınırın üstüne çıkılabilmekte, fakat bu sınırın altına inilememektedir. İş hukukunda mutlak emredici hükümlerle nispi emredici hükümlerin birbirinden ayrılması konusunda ayırıcı bir kural getirilmemiştir. İş kanunlarındaki kuralların niteliğini belirleme görevi öğretiyeye ve yargı organlarına bırakılmıştır. Fakat iş kanunlarında yer alan kuralların amacından hareketle bu konuda ayırıcı bir ölçüt getirilebilir. İş kanunlarında öngörülen nispi emredici (sosyal kamu düzeni) hükümlerinin en son amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır. Bunların doğrudan amacı işçilerin korunmasıdır. Mutlak emredici (kamu düzeni) hükümleri, tüm toplumun, bütünüyle çalışma yaşamının ve çalışma barışının korunması amacıyla getirilmiştir (Narmanlıoğlu, s. 14; Süzek, s. 29; Ali Güzel, İhbar Tazminatı Miktarını Arttıran Toplu Sözleşme Hükümünün Geçersizliği, İHU, İş K 13, No. 12 (İHU, İş K 13, No 12), (Anılış, İHU, İş K. 13), s. 5).

⁵¹Erdem Özdemir, “ Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı:2, Mayıs 2012, s. 208.

karşılık işverenin uyacağı süre işçininkinden daha uzun ise, bu uzun süre geçerli sayılır.”⁵² . Biz de bu görüşe katılmaktayız. İş hukukunda iş lehine yorum ilkesi gereği, sözleşmelerle yapılan düzenlemeler işçi aleyhine olmamak kaydıyla geçerlidir. Fesih bildirim sürelerinde, işverenin uyacağı fesih bildirim süresinin işçinin uyacağı süreden daha uzun olmak şartıyla sözleşmelerle düzenlenmesi anlayışı iş hukukuna genel olarak hâkim olan işçi lehine yorum ilkesine ve iş kanunlarındaki hükümlerin genel olarak nispi emredici nitelikte olması özelliklerine de uygun düşmektedir. Yargıtaya göre ise, kanuni bildirim sürelerinin üzerinde bildirim süresi belirlenmesi, sadece işveren yönünden (onun süreli fesih hakkını kullanması bakımından) geçerli olabilir; işçi yönünden kanuni bildirim süreleri uygulanmak zorundadır, bu süreler arttırılamaz⁵³ .

Kanundaki fesih bildirim sürelerinin artırımına ilişkin bir sınırın olmaması bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği anlamına da gelmemektedir. Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sözleşmelerle fahiş bildirim süreleri tespitinin kamu düzenine aykırı olduğu, Kanunun bildirim sürelerinin üst sınırını belirlememekle birlikte bir üst sınır tespitinin zorunlu olduğu, Kanunun bu konudaki boşluğunun yargıç tarafından Medeni Kanun madde2 hükümlerine göre doldurması gerektiği, fahiş bildirim sürelerinin işverenin fesih hakkını kullanmasını önemli ölçüde sınırlandırmış bulunduğu bu şekilde işçilere olağanüstü haklar edinmeleri yolu açıldığı ve toplu iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılmaması gerektiğine karar vermiştir⁵⁴ . Yargıtay başka bir kararında da “ihbar tazminatına yargıcın müdahalesini gerektiren durumlarda üst sınır en çok ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamı kadar olacaktır.” şeklinde karar vermiştir⁵⁵ .

⁵²Ekonomi, s. 170; Narmanlıoğlu, s. 274; Aktay ve diğerleri, s. 175; Süzek, s. 405; Mollamahmutoğlu, s. 668; Çelik, s. 196.

⁵³ Süzek, s. 405; Akyiğit, s. 127; Mollamahmutoğlu, s. 668. Y 9. HD, 04.03.1998, E. 564, K. 3399 (TÜHİS, Ağustos 1998, s. 48); Y. 9. HD, 29.09.1998, E. 11002, K. 13716 (**Tekstil İşveren Dergisi**, Şubat 1999, s. 15 – 16).

⁵⁴ Y. 9. HD., 21.03.2006, E. 2006 /111, K. 2006 / 7054, [http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2006-111-k-2006-7054-t-21-03-2006-toplu-is-sozlesmesi-ile-ihbar-onellerinin-arttirilmesi/257495,\(06.02.2012\),](http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2006-111-k-2006-7054-t-21-03-2006-toplu-is-sozlesmesi-ile-ihbar-onellerinin-arttirilmesi/257495,(06.02.2012),) bu kararın incelemesi için bakınız Hakkı Kızıloğlu, “ Toplu İş Sözleşmesinde Fahiş Şekilde Belirlenen İhbar Önelerine Hakimin Müdahalesi Gerektiği” , **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, Eylül 2007, s. 77 vd ; Mollamahmutoğlu, s. 668.

⁵⁵ Y. 9. HD., 14.07.2006, E. 2007 / 2449, K. 2008 / 20203 (7054), [http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2006-111-k-2006-7054-t-21-03-2006-toplu-is-sozlesmesi-ile-ihbar-onellerinin-arttirilmesi/257495,\(06.02.2012\)](http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2006-111-k-2006-7054-t-21-03-2006-toplu-is-sozlesmesi-ile-ihbar-onellerinin-arttirilmesi/257495,(06.02.2012)) ve kararın incelemesi için bkz. Fevzi ŞAHLANAN, “Fahiş İhbar Tazminatına Yargıcın Müdahalesi Ve Üst Sınır Getirilmesi”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 364, Temmuz 2010, ss .2 – 4, [http://www.tekstilisveren.org/ttsis//index.php?option=com_frontpage&lang=tr&Itemid=1,\(06.02.201\).](http://www.tekstilisveren.org/ttsis//index.php?option=com_frontpage&lang=tr&Itemid=1,(06.02.201).)

Bildirim süreler bütünlük arz ettiği için bölünerek uygulama yapılamaz⁵⁶.

B) USULSÜZ FESİH

Belirsiz süreli iş sözleşmesi taraflarca (işçi veya işverence) bildirim süresi verilmeksizin veya eksik verilerek feshedilmiş ya da bildirim sürelerine ait ücreti peşin vermek suretiyle fesihte⁵⁷ bildirim sürelerine ait ücret ödenmemiş, eksik ödenmişse veya kısmen süre kısmen para verilmişse “usulsüz fesih” söz konusu olur⁵⁸. Bildirim sürelerinin bölünmezliğinden bahsetmiştik. Belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçiye ya fesih bildirim süresi tanıyacak ya da peşin parayla ödeme yoluna gidecektir. Bildirim süresinin bölünerek bu iki fesih türünün bir arada uygulanması mümkün değildir. İşveren işçiye bildirim süresi verdikten sonra, bildirim süresi işlediği sürede bunu keserek kalan sürenin ücretini peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini derhal feshedemez⁵⁹. Usulsüz fesih, usulüne uygun yapılmış fesih bildirim gibi iş sözleşmesini sona erdirir. Fakat usulsüz feshe maruz kalan işçi veya işveren karşı taraftan “ihbar tazminatı⁶⁰” (İş Kanunu madde 17 /f. IV, Deniz İş Kanunu madde 16 / D f. I) ve koşulları varsa maddi – manevi tazminat talep edebilir. Yine koşulları varsa işçi, işverenden kıdem tazminatı isteyebilir (Eski 1475 sayılı İş Kanunu madde 14⁶¹, Deniz İş Kanunu madde 20, Basın İş Kanunu madde 6).

⁵⁶ GÜNAY, s. 440.

⁵⁷ Bkz. dipnot 34.

⁵⁸ Eyrenci ve diğerleri, s. 148; Süzek, s. 413; Aktay ve diğerleri, s. 177.

⁵⁹ Süzek, s. 410.

⁶⁰ İş Kanunu madde 17 /f. IV’ e göre, “ Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.”. İş Kanunu madde 17 /f. IV de tanımlanan ihbar tazminatıdır. İhbar tazminatı belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olur. Ayrıca İş Kanununun 10. maddesinin II. fıkrası uyarınca ihbar tazminatı, sürekli iş sözleşmelerinde olur. İş Kanununun 10. maddesinde sürekli – süreksiz işlerin tanımı yapılmıştır. Nitelikleri gereği 30 iş gününden fazla süren işlere süreksiz iş denir.

⁶¹1475 sayılı İş Kanunu, Kabul Tarihi 25.08.1971, Resmi Gazete Tarihi 01.09.1971, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/yayinlar/kitaplar/4857/4857.pdf>, (10.02.2012). 22.05.2013 tarihli ve 4857 sayılı Kanununun 120. maddesiyle, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmış ve metinden çıkarılmıştır.1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi kıdem tazminatı ile ilgili maddedir.

II. HAKLI NEDENLE DERHAL FESİH

Taraflardan birinin yasaca öngörülen sebeplerden birine dayanarak iş sözleşmesini derhal (süre vermeden) feshetmesine, haklı nedenle derhal fesih denir⁶². Haklı nedenle derhal fesih, hem belirli süreli iş sözleşmelerinde hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olur. Haklı nedenle fesih hakkı, tarafa belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini son verme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır⁶³. Haklı nedenle fesih hakkı, İş Kanunu madde 24 – 25, Deniz İş Kanunu madde 14, Basın İş Kanunu madde 11, Yeni Türk Borçlar Kanunu madde 435 (Eski Borçlar Kanunu madde 344) de düzenlenmiştir. Bunlar incelendiğinde feshi haklı kılan nedenler, işçi ve işveren için ayrı ayrı düzenlenmiş olduğu görülecektir.

Haklı nedenle fesihte, haklı nedenin fesih beyanında belirtilmesi gerekir. Fesih beyanında belirtilen haklı neden sonradan değiştirilemez. Haklı nedenle fesihte sözleşme, fesih beyanının karşı tarafa vardığı andan son bulur. Ayrıca herhangi bir sürenin geçmesi beklenmez. Muhataba varma, fesih beyanının onun hâkimiyet alanına ulaşması anlamına gelir. Yargıtay da varma anını esas almaktadır⁶⁴. Haklı nedenle fesihte de fesih beyanı geleceğe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur⁶⁵. Haklı nedenle feshe ilişkin İş Kanununun 24. ve 25 maddelerindeki hükümler, işçi aleyhine değiştirilemeyen, nispi emredici (sosyal kamu düzeni) nitelikte hükümlerdir. Bu hükümler içinde mutlak emredici nitelikte olanlar işçi yararına bile olsa sözleşmeyle değiştirilemez veya kaldırılamazlar⁶⁶.

Emredici hukuk kuralına dayanan haklı nedenle fesih hakkından önceden feragat edilemez⁶⁷. Taraflar, sözleşmeyle bir olayın haklı neden oluşturacağını kararlaştırabilirler⁶⁸. Böyle bir sözleşme, haklı neden sayılan olayın, kanunun haklı neden olarak kabul ettiği olaylar veya durumlar niteliğinde olması halinde geçerlidir⁶⁹.

⁶² Akyiğit, s. 134.

⁶³ Süzek, Fesih Hakkı, s. 16; Mollamahmutoğlu, ss. 586 – 587.

⁶⁴ Akyiğit, s. 134; Mollamahmutoğlu, s. 596.

⁶⁵ Mollamahmutoğlu, s. 586.

⁶⁶ Çenberci, s. 359; Demir, s. 128; Mollamahmutoğlu, s. 598.

⁶⁷ Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş “ Akdinin Feshi**, İstanbul, İstanbul 1955, s. 38’den aktaran Mollamahmutoğlu, s. 598.

⁶⁸ Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş “ Akdinin Feshi**, İstanbul, İstanbul 1955, s. 39’dan aktaran Mollamahmutoğlu, s. 599.

⁶⁹ Mollamahmutoğlu, s. 599.

İşveren haklı nedenle fesih hakkını kullanmak istediğinde İş Kanunu madde 19 /f. I uyarınca “ fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. “. İş Kanununun 25. maddesinin son fıkrasında⁷⁰ haklı .(haksız) nedenle fesihlerde uygulanacak iş güvencesine ilişkin hükümler arasında İş Kanununun 19. maddesi sayılmamıştır. Fakat İş Kanunu madde 19’ da süreli fesih – haklı nedenle fesih ayrımı yapılmaksızın, işverenin yapacağı fesih bildirimlerinde yazılı şekle uyacağı ve fesih nedenini belirteceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca İş Kanunu madde 25 /son fıkrada haklı nedenle fesihlere de uygulanacağı öngörülen İş Kanunu madde 20’de de “fesih bildiriminde gösterilen sebep” ten söz edilmektedir. Bu nedenlerle, haklı nedenle fesihte bulunan işveren fesih bildirimini hem yazılı yapmak hem de fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır⁷¹. Konunun ilk kısımlarında ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi buradaki yazılılık koşulu geçerlilik şartı değil ispat şartıdır.⁷².

İşçinin davranışı haklı nedenle derhal feshe neden olabilecek ağırlıkta bulunmama ile birlikte aynı maddi fiil İş Kanunu madde 18 / f. I uyarınca geçerli bir fesih nedeni sayılabilecek nitelikteyse, işveren tarafından yanlış değerlendirme yapıldığı kabul edilerek ve hâkim tarafından fiile uygun bir biçimde nitelendirilmek suretiyle bunun geçerli bir neden oluşturduğu sonucuna varılabilmektedir⁷³.

⁷⁰ Madde 19 /f. son – İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20, 21’inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilir.

⁷¹ Süzek, s. 501.

⁷² Bkz. “Fesih Bildiriminin Şekli” başlık altında yaptığımız açıklamalara.

⁷³ Süzek, s. 532; Y. 9. HD., 24.02.2003, E. 2003 / 22581, K. 2003 / 3229 (Süzek, s. 532). Haklı sebeple fesih süresinin kaçırılmasının feshin geçerli sebeple fesih sayılmasına engel olmayacağı da benimsenmektedir. Bkz. Y 9. HD., 13.06.2005, E. 17429, K. 20761: “Haklı fesih süresi kaçırıldıktan sonra yapılan fesih haksızdır ama aynı olgular geçerli sebep sayılabilir.” (Akyiğit, s. 533).

İKİNCİ BÖLÜM İŞ GÜVENCESİ

Ş1. İŞ GÜVENCESİ VE KAYNAKLARI

I. Genel Açıklamalar

İşçinin geçimini sağlayabilmesi ve sürdürebilmesi çalışmasına bağlıdır. İşçinin tek geçim kaynağı çalışması sonucunda elde edeceği ücret geliridir. İşçi işini kaybedecek olduğunda, varlığını sürdürememe tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Eskiden işçinin yaptığı iş sadece nesnel açıdan ele alınırken, günümüzde yapılan işin işçi ve ailesinin yaşamı ve onun kişiliği ile yakın ilişkisi olduğu göz önünde bulundurulmaktadır. Çalışma istek ve yeteneğine sahip olup, mevcut çalışma ve ücret şartlarında emeğini sunduğu halde uygun iş bulamayan kişilerin durumunu belirten “işsizlik” işçinin kişisel menfaatleri kadar toplum menfaatini de yakından ilgilendiren ekonomik ve sosyal bir olgudur. İşsizliğin ve doğurduğu sorunların önemi, Birinci Dünya Savaşı sonunda imzalanan Versailles Barış Anlaşmasına konulan ve Uluslararası Çalışma Örgütünün öngören hükümler arasında çok açık şekilde belirtilmiştir. ILO Anayasasının başlangıç kısmında “... evrensel ve kalıcı barışın ancak sosyal adalet temeline dayalı olarak kurulabileceği, bu amaçla çalışma şartlarının iyileştirilmesi gerektiği belirtilerek, bu şartlara ilk örnek olarak çalışma sürelerinin düzenlenmesine işaret edilmekte ve daha sonra işçilerin işe alınması, işsizliğe karşı savaş ...” için önlemler alınmasına değinilmektedir. Belirtilen öncelikler ILO sözleşmelerine de yansımıştır. İşsizlik 1929 dünya ekonomik krizinin yaşanmasıyla ülkelerin çok yönlü ilgilendiği bir sorun haline gelmiştir. İktisadi liberalizmin ve bunun hukuk alanındaki ifadesi olan sözleşme serbestisi ilkesinin egemen olduğu zamanlarda iş sözleşmesinin feshinde taraflara ve bu arada işverene tam bir serbestlik tanınırken, günümüzde işçinin işini koruyabilmesi, sözleşmenin feshini istisna, sözleşme ile bağlılığı kural kabul eden iş güvencesi sisteminin sağlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır⁷⁴.

⁷⁴Münir Ekonomi, “İşsizliğin İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları”, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, Ankara 2003, (Anılış, İşsizlik), s. 235; Murat Engin,

İş güvencesi konusu, işçi, işverene ve toplum çıkarları arasındaki karşılıklı ilişkiler arasında çizilecek sınırlarla doğrudan ilgilidir. İşçinin işini koruması hakkının tanınması, hem işçi hem de toplum çıkarları açısından gerekli görülmektedir. İşçinin ve toplumun çıkarları göz önüne alınarak iş güvencesinin sağlanması amaçlanırken işverenin durumu ve bunun toplum çıkarı ile olan ilişkisi de göz önünde tutulmalıdır. Fesih hukuku sosyal piyasa ekonomisinin geçerli olduğu tüm ülkelerde Hukukun odak noktasını oluşturur. Diğer yandan fesih hukuku, piyasa ekonomisi içinde iş ilişkisinin sürekli kılınması ile işletme çıkarlarının korunması bakımından farklı konumda olan sosyal taraflar arasında ciddi çıkar çatışmasına yol açmaktadır⁷⁵.

II. İş Güvencesinin Tanımı

İş güvencesi kavramı geçimini emeği ile sağlayan bağımlı çalışanları, haklı bir neden olmaksızın, işveren tarafından iş sözleşmesi ilişkisine son verilmesi halinde, işverenin fesih hakkına bazı sınırlamalar getirerek işçilerin keyfi biçimde işten çıkarılmalarını engelleyen, koruyucu yönü ağır basan düzenlemelerdir. İş güvencesinin en önemli amaçlarının başında, işverenin fesih hakkına bazı sınırlamalar getirmek suretiyle işçilerin keyfi biçimde işten çıkarılmalarını önlemektir. Buradaki keyfi olma, işverence gerçekleştirilecek feshin, makul veya uygun bulunmayacak bir nedene dayanması ve hatta hiçbir neden olmaksızın sırf keyfe dayalı olarak ortaya çıkması anlamındadır. Sağlanacak olan iş güvencesinin, iş sözleşmesinin işçi yerine, işveren tarafından feshine yönelik olacağı görülmektedir. İşçinin iş sözleşmesini feshi, esas olarak iş güvencesinin kapsamı ve uygulama alanı dışında kalır⁷⁶.

İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, ss. 15, 20, 24, 32; Çelik, s. 212.

⁷⁵ Çelik, s. 212; Devrim Ulucan, “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi Ve Geçerli Neden Kavramı”, **İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi İş Güvencesi Temel Kavramlar Ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul 2003, ss. 17, 18.

⁷⁶ Tankut Centel, **İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku**, B. 2, Beta Basım Yayın, İstanbul 1994, s. 18; Eyrenci ve diğerleri, s. 150; Aktay ve diğerleri, s. 180; Mollamahmutoğlu, s. 703; Bektaş Kar, **İş Güvencesi Ve Uygulaması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 19; Keser, s. 37.

İş güvencesi, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun sürdürülmesi, hiçbir şekilde işveren tarafından feshedilemeyeceği anlamını taşımaz⁷⁷. İş güvencesi sisteminde de işçi işten çıkarılabilecektir; ancak bunun için yasada belirtilen nedenlerin varlığı aranacaktır. İşçinin geleceğinden güven duyması, işini kaybetme dolayısıyla kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan gelirinden yoksun kalma endişesinin dışında tutulması, iş hukukunun en önemli amaçlarından ve konularından biridir. İşçi işini kaybedecek olduğunda, varlığını sürdürme olanağını yitirmektedir. Bu yüzden işçinin işinin korunması ve bunun için de işçiye etkin bir yasal güvencenin sağlanması zorunludur⁷⁸. Çalışma hakkının soyut bir hak olmaktan çıkabilmesi ve güvence altına alınabilmesi, uygulamada iş güvencesinin kabulü ile ortaya çıkmaktadır. İşçinin feshe karşı korunmadığı hukuk düzeninde, çalışma hakkı, sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve grev hakkı yeterli işlev göremez. İşverenin işçinin işini sebep göstermeksizin son verebilmesi imkânına sahip bulunması, işçinin verilmeyen haklarını aramasına engel olmaktadır. İş güvencesinin bulunmadığı bir ortamda işten çıkarılma endişesi taşıyan işçilerin yasadan veya sözleşmeden doğan haklarını talep konusunda tereddüt yaşamaları mümkündür Ülkemizde fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri ve asgari ücret farkı ile ilgili davaların çoğunlukla iş sözleşmesi sona erdikten sonra açılabilmesi rastlantı değildir. Uygulamada işçinin kendisine uygun bir işe girmiş ve çalışıyor olması yeterli bulunmayıp, tanınacak güvence bakımından, işçinin çalışma yaşamının kurallarına uygun çalıştığı sürece, işini yitirmemesi sağlanmalıdır⁷⁹.

III. İş Güvencesinin Uluslararası Kaynakları

Çağdaş iş hukukunun oluşum ve gelişiminde devletin işçi ve işveren ilişkilerine yasa koyarak müdahalesi ve işçilerle işverenlerin kendi aralarında birleşerek hareket etmeleri yanında uluslararası girişimlerin de rolü olmuştur. Birden

⁷⁷Eyrenci ve diğerleri, s. 150; Durmuş Özcan, **İş Sözleşmesinin Feshi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 114

⁷⁸Eyrenci ve diğerleri, s. 150; Günay, s. 619.

⁷⁹Fevzi Demir, **İş Güvencesi Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir 1999, (Anılış, İş Güvencesi), s. 1; Savaş Taşkent, **İş Güvencesi Ve Yeni Yasal Düzenleme**, Türkiye Belediye İş Sendikası, Ankara 2002, (Anılış, İş Güvencesi), s. 11; Günay, s. 619; Tankut Centel, **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, (Anılış, İş Güvencesi), s. 10.

fazla devletin ortak çalışma yoluyla kararlaştırdıkları çalışma yaşamına ilişkin kurallar iş hukukunun uluslararası kaynaklarını oluşturur⁸⁰. 1948 tarihli **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi** Türkiye açısından da önemli bir yere sahiptir. İnsan haklarının bölünmezlik, bütünsellik ve karşılıklı bağımlılık ilkelerinin ilk “evrensel” belgesi olan 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB), birinci kuşak insan haklarının yanı sıra, daha az sayıda bir listeye olsa bile, aynı zamanda ikinci kuşak insan haklarına, yani ekonomik sosyal ve kültürel haklara da yer vermiştir. Başlıklarıyla anımsatmak gerekirse, Bildirgenin tüm insanların hiçbir yönden ayırım gözetilmeksizin yararlanacaklarını tüm insanlığa duyurduğu haklar ve özgürlükler arasında sayılan sosyal haklar şunlardır: Madde 20’de, toplanma ve dernek özgürlüğü hakkı; madde 22’de, sosyal güvenlik hakkı ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi hakkı; madde 23’te, çalışma, hakça çalışma koşulları ve hakça ücret ve sendika hakları; madde 24’te, dinlenme, boş zaman, ücretli izin hakları; madde 25’te, yeterli yaşam düzeyi hakkı ve ana ve çocukların özel korunma hakkı; madde 26’da, eğitim hakkı ve eğitimin amaçları; madde 27’de kültürel yaşama katılma hakkı; madde 28’de hak ve özgürlüklerin gerçekleştiği sosyal ve uluslararası düzen hakkı⁸¹düzenlenmiştir. Bu bildirgenin 23. maddesinde⁸² iş güvencesinin kökeni yer almaktadır. Bu maddede herkesin çalışma ve işsizliğe karşı korunması hakkından söz edilmiştir.

5 Mayıs 1949 tarihinde kurulan Avrupa Konseyi, iş ilişkileri konusunda faaliyet önemli faaliyetler göstermiş ve uluslararası iş hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlamıştır. Avrupa Konseyi’ne Türkiye’de 1949’ da katılmıştır⁸³. Avrupa Konseyine üye devletler tarafından 04.10.1950 tarihinde Roma’da “**İnsan Haklarının Ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasını İlişkin Sözleşme (kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)**” imzalanmıştır. Sözleşme uluslararası alanda 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 10.03.1954

⁸⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 25; Süzek, s. 69.

⁸¹ Mesut Gülmez, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayacak Mıyız?”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2007 / 1, s. 30, <http://asosindex.com/journal-article-fulltext?id=195&part=1>, (16.02.2012).

⁸² Madde 23 / f. 1 - Herkesin çalışmaya işini özgürce seçmeye adil ve elverişli çalışma koşullarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır, http://www.meb.gov.tr/belirligunler/insan_haklari/bildirge.htm, (16.02.2012).

⁸³ Süzek, s. 78; Avrupa Konseyi Statüsü, 12 Aralık 1949 tarihli, 5456 sayılı kanunla onaylandı (Düstur, III. Tertip, C. 31, Sayı: 198, RG 17.12. 1949, S. 7382) (Melda Sur, İş **Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, Beta Basım Yayın, İzmir 1995, s. 3, atf 3).

tarhinde 6366 sayılı kanunla onaylamış, Resmi Gazetede yayınlıyarak yürürlüğe koymuştur⁸⁴. Genel olarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan bu sözleşmede sosyal haklara genel bir biçimde yer verilmemiş olup⁸⁵, zorla çalıştırma veya angarya yasağı (madde 4 / f. II, III), sendika kurma ve sendikaya üye olma özgürlüğü (madde 11) gibi iş ilişkilerini doğrudan ilgilendiren hükümlere yer verilmiştir.

İlerleyen yıllarda klasik temel hak ve özgürlüklerin kişileri korumaya tek başına yeterli olmadığı, kişilerin içinde yaşadıkları toplumsal koşullar dikkate alındığında, hak ve özgürlüklerden fiilen yaralanmanın sosyal haklara bağlı olduğu fikri kabul edilmeye başlanılmış ve Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ekonomik ve sosyal haklarla tamamlanması isteğini karşılayan, çalışma yaşamının önemli konularını ve temel ilkelerini kapsayan **Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Toplumlar Antlaşması)**'ni kabul etmiştir⁸⁶. Avrupa Sosyal Şartının oluşumunda Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)nün çok büyük katkıları olmuştur. Avrupa Sosyal Şartı, ILO sözleşmelerinden esinlenmiş olup, daha genel, ayrıntıya inmeyen kurallar içermektedir. 38 maddeden ve ayrılmaz parçası niteliğinde olan Ek'ten oluşan Avrupa Sosyal Şartında çalışma hakkı (m. 1), adil çalışma koşulları (m. 2), iş sağlığı ve güvenliği hakkı (m. 3), adil ücret hakkı (m. 4), çalışanların sendika özgürlüğü (m. 5), toplu pazarlık ve grev hakkı (m. 6), çocukların ve gençlerin korunması (m. 7), çalışan kadınların korunması (m. 8), mesleğe yöneltme ve mesleki eğitim hakkı (m. 9 – 10) gibi konularda güvenceler öngörülmüştür. Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı 16 Haziran 1989 tarihli 3581 sayılı uygun bulma

⁸⁴Düstur, III. tertip, C. 35, RG 19.03.1954, S. 8662 (SUR, s. 7; <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>) (16.02.2012).

⁸⁵ Sosyal haklara genel olarak yer verilmemesinin nedeni olarak dönemde hakim olan anlayışa göre, ekonomik ve sosyal haklar hukuki olmaktan çok ahlaki ve siyasal ağırlıklı anlayışlara bağlı olup, farklı ülkelerde farklı düzeylerde tanınmaktadır. Gerçekleştirilebilmeleri çoğunlukla devletlerin olumlu eylemlerine bağlı olan ekonomik ve sosyal hakların bu kadar ileri ve zorlayıcı bir uluslararası denetim sistemiyle donatılması yadırganıyor; böyle bir koruma sisteminin bu hakların niteliğiyle bağdaşmadığı savunuluyordu (Velu, J: Ergeç, R: **La Convention européenne des Droits de l'Homme, Extrait du Réertoire pratique de droit belge, Complément**, tome VII, 1990, Bruylan,, Bruxelles 1990, No. 72 den aktaran Sur, s. 8).

⁸⁶ Avrupa Konseyi üyesi, 13 devlet tarafından 18.10.1961 tarihinde imzalanıp, 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 16.06.1989 yılında kısmen onaylamış, bir kısım hükümleri de kapsam dışı tutmuştur (Sur, s. 70; Narmanlıoğlu, ss. 39 – 40).

kanunu ile onaylamış, Resmi Gazetede yayınlarak yürürlüğe koymuştur⁸⁷. Türkiye, Şartın 2, 3, 5, 6 ve 8. maddelerini tamamen; 4. ve 7. maddelerini kısmen kapsam dışı tutmuştur. Şartın söz konusu hükümleri ülkemiz açısından bağlayıcı değildir⁸⁸. Şart, sosyal hakların genelini bir arada toplayıp elen alan ilk bağlayıcı uluslararası belgedir. Avrupa Sosyal şartında sosyal haklar yer alır. Bu haklar özellikleri gereği “doğrudan uygulanır” değildirler ve genellikle bazı ek düzenleme ve önlemlerin alınmasına bağlı olarak gerçekleşirler. Baskın görüşe göre, Şart, kişilere subjektif kamu hakkı (dava açma hakkı) vermeyip, sadece kamu otoritesine bir takım genel yükümlülükler getirir⁸⁹. Şart, beş bölüm ve metinden sayılan Ek’ten oluşmaktadır. Birinci bölümde ilke ve amaçlar belirlenmiştir. İkinci bölümde, önceki bölümde gösterilen hak ve ilkeler açısından ülkelerin yükümlülükleri 19 madde halinde düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde üstlenmelere (madde 20) ve dördüncü bölümde (madde 21 – 29) gözetime ilişkin hükümler yer almaktadır. Beşinci bölümde ise, savaş ve olağanüstü durumlardaki aykırılıklar, kısıtlamalar, antlaşmayla iç hukuk ve uluslararası sözleşmeler arasındaki ilişki ve imzalanma, onaylama ve yürürlüğe girme ve ülkelerdeki uygulama ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa Sosyal Şartı’nın 1. bölümünde temel alınan hak ve ilkeler belirtilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı’nın 1. maddesinde⁹⁰, çalışma hakkı düzenlenmiştir. Avrupa Sosyal Şartı madde 1, bent 2, “*çalışanların özgürce edindikleri bir işte yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde koruma*” yükümünü öngörmektedir. Bunun anlamı, çalışanlara iş

⁸⁷ 16 Haziran 1989 tarihli, 3581 tarihli uygun bulma yasası, Resmi Gazete Tarihi: 04.07.1989, S. 20215; Bakanlar Kurulunun 07 Ağustos 1989 tarihli, 89 / 14434 sayılı onaylama kararname: RG Tarihi: 14.10.1989, S. 20312 (Bkz. Sur, s. 93, atf 56).

⁸⁸ Süzek, s. 79.

⁸⁹ Süzek, s. 80; SUR’a göre, doktrinde ağırlık gören bu görüşe tamamen katılmak mümkün değildir. Sosyal haklar arasında “doğrudan uygulanır” nitelikte olanlarda vardır. Örneğin, sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları, kolektif özerkliğe dayalı “kendi kendine yardım” mekanizmaları oldukları için, herhangi bir düzenleme getirilmeden de gerçekleşebilirler. Sosyal normlar, kesin ve dakik hükümler içerdiklerinde ulusal yargı organları önünde talep edilebileceklerdir. Şartın birçok hükmü müphem (belirsiz – muğlak) kavramlara dayanır. Örneğin, madde 2/ f. I ‘de “makul günlük ve haftalık çalışma saatleri”, madde 4 /f. I’ de “saygın bir yaşam düzeyi sağlayacak ücret hakkı”, değişik maddelerde kullanılan “uygun önlemler” (madde 10 /f. IV’ de, madde 11/f. III’ de) vb. ifadeler, somut hak ve yükümlülükleri oluşturmamaktadır (Sur, s. 111).

⁹⁰ Madde 1 - Çalışma hakkı

Akit Taraflar çalışma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere:

- 1. Tam istihdamı gerçekleştirmek üzere olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklardan biri saymayı;*
- 2. Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı;*
- 3. Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini sağlamayı veya korumayı;*
- 4. Uygun mesleğe yönelme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı veya geliştirmeyi taahhüt ederler.*

güvencesi sağlanmasıdır⁹¹. Avrupa Sosyal Şartı madde 1, bent 2, iş güvencesini keyfi fesihleri önleyici kapsamda almamıştır. Maddede anılan güvencenin “etkin biçimde” sağlanması öngörülmektedir. “Etkin biçimde koruma”, sadece fesihteki yargı denetimi ile kalmayacak, etkin olan her usul taraf devletlerce kabul edilebilecektir⁹². Avrupa Sosyal Şartı madde 1, bent 2 hükmünün gereği, geçmişte iş güvencesi hükümlerinin kabulüne kadar, iç hukuk sistemimizde sağlanabilmiş değildi. İş güvencesine ilişkin yasal düzenlemelerin Türk hukukunca kabulüyle birlikte, Avrupa Sosyal Şartı’nın madde 1, bent 2 hükmüyle uyum sağlanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı zaman içinde, 1988, 1991 ve 1995 tarihli üç protokol ile desteklenmiştir⁹³ Avrupa Sosyal Şartı’nın 1988 tarihli Ek protokolünün 2. maddesinin, I. fıkrasında “bilgilendirilme ve danışılma hakkı” düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, çalışanların ve temsilcilerinin, işletmenin ekonomik ve mali durumu, çalışanların çıkarlarını etkileyebilecek özellikle de istihdam durumunda değişiklik yapabilecek kararlar konusunda bilgilendirilmesi ve bu konularda kendilerine danışılması hakkı düzenlenmiştir.

Yaşanan ekonomik, sosyal gelişmeler karşısında, Şart’ ta yer alan hakların gerek kapsam, gerekse düzey bakımından yetersizliği tartışılmaya başlanılmış ve 5 Kasım 1990 günü Roma’ da, 21 – 22 Ekim 1991 günleri de Torino’ da toplanan Bakanlar Konferansında, Şart’ ın maddi içeriğinin geliştirilmesi yönünde çalışmalar yapılmıştır. Bunun üzerine Sosyal Şart Komitesi, Şart’ ta yer alan hakların içerik ve kapsamını genişleten yeni metin üzerinde çalışarak, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart Tasarısı”nı 14 Ekim 1994 ‘ de kabul ederek, tasarıyı Bakanlar Komitesine sunmuştur⁹⁴. **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı**, 3 Mayıs 1996 tarihinde imzalanmış ve 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından da 06.10.2004 tarihinde imzalanmış, Bakanlar Kurulu’nun 07 / 11907 sayılı kararı ile onanarak 09.04.2007’de 26448 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 1961 tarihli Avrupa Sosyal

⁹¹ Öner Eyrenci, “Avrupa Sosyal Şartı karşısında Türk Mevzuatı”, **İÜHFİM**, C. XXXXXIII, Sayı: 1 – 4, 1991, s. 227, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/4213/3803>, (16.02.2012).

⁹² Centel, İş Güvencesi, s. 9.

⁹³ Nurseli, Tarcan, “Avrupa Sosyal Şartı’ndan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na”, **SİCİL**, Sayı: 4, Aralık 2006, ss. 218 – 219.

⁹⁴ Sur, s. 99.

Şartı'nın ve 1988 tarihli Ek Protokolün maddi içeriğini zenginleştirmiştir ve Avrupa Sosyal Şartı'ndan ayrı, bağımsız bir belgedir ve üye ülkeler her iki metinle de bağlıdır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, bir kısım hakları daha ileri düzeye ulaştırmış ve bir kısım hakları ise, daha açık ve kesin anlama kavuşturmuştur. Ayrıca, Avrupa Sosyal Şartı'nda yer almayan bazı önemli yeni haklara yer verilmiştir⁹⁵. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, zaman içinde tüm Avrupa Konseyi üyesi ülkelere onaylandıktan sonra Avrupa Sosyal Şartı'nın yerini alacaktır⁹⁶. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa Sosyal Şartı, insan hakları sözleşmesidir. 1961 ve 1996 Sosyal Şartlarında tanınan ve güvenceye bağlanan sosyal haklar, insan haklarındandır⁹⁷. Türkiye, onaylanmasını uygun bulduğu GGASŞ'nin 5 ve 6. maddelerinin tümünü, 2. ve 4. maddesinin de birer fıkrasını kapsam dışında tutmuştur⁹⁸. Kapsam dışı tutulan madde ve/ya da fıkralar ve bunları kapsam dışı tutan öteki devletler şunlardır:

Madde 2/3: (ASŞ'de 2 hafta olan) asgari 4 haftalık yıllık ücretli izin verilmesini sağlama;

⁹⁵ Sur, s. 100. Madde 1, 4, 5, 6, 9, 13, 14, 18, 20 23 (Ek protokol her dört maddesi) eski şeklini aynen korudu. Madde 2, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 15, 17 ve 19 tadil gören maddelerdir. İlk kez getirilen haklar ise, 24 – 31 maddelerde yer almaktadır (Sur, s. 100).

⁹⁶ Tarcan, s. 219.

⁹⁷ Gülmez, s. 29.

⁹⁸ Gülmez, s. 32. Türkiye; Avrupa birliği ortalama çalışma sürelerinin üzerinde olan çalışma sürelerinin azaltılması ve 2. maddenin III. fıkrasında yer alan; "En az 4 haftalık yıllık ücretli izin hakkı," 4. maddenin I. fıkrasında yer alan; "Çalışanların kendilerine ve ailelerine iyi bir yaşam düzeyi sağlayacak ücret hakkı" uygulamalarını kapsam dışında tutması, Avrupa Birliği sürecinde ve evrensel hukuk ve insan hakları kriterleri dikkate alındığında; çalışanların kendilerinin ve ailelerinin ekonomik ve sosyal refah seviyesine kavuşturulması noktasında anayasamıza ve evrensel hukuka da aykırıdır. Asgari ücretin tespiti ile alakalı olan 4. maddenin birinci fıkrasını kapsam dışında tutması, Anayasamızın aile bütünlüğünün korunması ve ailenin korunması ilkelerine de aykırıdır. 5.madde: "Örgütlenme hakkı" ile 6. madde: "Toplu pazarlık hakkı"nın istisnasız tüm çalışanlara, grev ve toplu sözleşme ile sendikal örgütlenme hakkı maddelerinin tamamen kapsam dışında tutulması ise hiçbir savunmaya esas gerekçeye dayanmayıp, Ülkemizin taraf olduğu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20. maddesi, ILO 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeler, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesinin 21. ve 22. maddeleri, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 6., 7. ve 8. maddeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırıdır.

Bu iki maddenin kapsam dışında tutulması aynı zamanda temel insan haklarına aykırı kısıtlamalar olup, bu maddelerin kapsam dışı tutulmalarının gerekçesi ise, "Ülkemizin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik şartlar ve kalkınmışlık düzeyinin yetersiz olması" olarak ifade edilmiştir (Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına konulan Çekinceler ve Çelişkiler, Türkiye Kamu Sen, Türk Tarım – Orman Sen, <http://www.tos.org.tr/genel-baskandan/item/158-2012-03-08-11-35-24>, (16.02.2012). Ayrıca bkz. GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA SOSYAL ŞARTI'NIN 5, 6, 23 VE 4. MADDESİNİN 1. FIKRASINA ÇEKİNCE KOYAN HÜKÜMETİ UYARIYORUZ!, http://www.tmmob.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=2772&tipi=2, (16.02.2012).

- Bu fıkrayı, toplam 7 devlet kapsam dışı tutmuştur. Bunlardan 5'i (Azerbaycan, Bulgaristan, Kıbrıs, Gürcistan ve Romanya) GGASS'ye, 2'si de (Letonya ve Türkiye) ASS'ye taraf olan devletlerdir. Bu fıkraya, her iki Sosyal Şarta taraf devletlerin %18,4'ü kapsam dışı tutmuştur. Öte yandan, 38 devletin kapsam dışı tuttuklarının ancak %0,9'u bu fıkraya ilişkindir.

Madde 4/1: Çalışanlara ve ailelerine uygun yaşam düzeyi sağlamak için, yeterli ücret hakkı tanınması;

- Bu fıkrayı, toplam 14 devlet kapsam dışı tutmuştur. Bunların 7'si (Ermenistan, Bulgaristan, Kıbrıs, Estonya, Finlandiya, Gürcistan, Moldova) GGASS'yi, 7'si de (Çek Cumhuriyeti, Hırvatistan, Letonya, Macaristan, Polonya, Yugoslavya ve Türkiye) ASS'yi onaylamıştır. Bu fıkrayı, her iki Sosyal Şarta taraf 38 devletin üçte birinden biraz çoğu (%36'8'i) kapsam dışı tutmuştur.

Madde 5: Çalışanlara sendika hakkı tanınması;

- Bu maddeye, GGASS'yi onaylayan 22 devletten hiçbirini kapsam dışı tutmazken, yalnızca ASS'yi onaylayan 2 devlet (Yunanistan ve Türkiye) kapsam dışı tutmuştur.

Madde 6/1, 2, 3, 4: Çalışanlara, toplu pazarlık ve grevi de içeren toplu eylem haklarının tanınması.

- Bu maddeye, GGASS'yi onaylayan devletlerden yalnızca 1'i (Andora) tüm fıkralarıyla kapsam dışı tutmuştur. Maddenin 4. fıkrasını ise, 3 devlet (Avusturya, Lüksemburg ve Polonya) kapsam dışı tutmuştur. Öte yandan, ASS'yi onaylayan 2 devlet (Yunanistan ve Türkiye) bu maddeyi tüm fıkralarıyla kapsam dışı tutmuřtur⁹⁹.

Avrupa Sosyal Şartı'na oranla, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda kapsam dışı tutulan madde sayısı daha azdır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda konumuzla ilgili düzenlemelere yer verildiği görölmektedir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinde çalışma hakkı, 5. maddesinde örgütlenme hakkı, 6. maddesinde toplu pazarlık hakkı, 21. maddesinde bilgilendirme ve danışılma hakkı, 24. maddesinde iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı, 29. maddesinde çalışanların toplu işten çıkarma sürecinde bilgilendirme ve danışılma hakkı, düzenlenmiştir. Şart'ın 21. Maddesine göre, "*Ákit Taraflar, çalışanların işletmede bilgilendirilme ve danışılma*

⁹⁹ Gülmez, ss. 32 -34.

hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, ulusal mevzuat ve uygulama çerçevesinde çalışanların ya da temsilcilerinin;

a- işletmeye zarar verebilecek bazı bilgilerin açıklanmasının reddedilebilmesi ya da gizliliğe tabi olabileceği koşuluyla, kendilerini çalıştıran işletmenin ekonomik ve mali durumu hakkında düzenli olarak ya da uygun zamanlarda ve anlaşılabilir bir biçimde bilgilendirilmelerine; ve

b- esas itibarıyla çalışanların çıkarlarını etkileyebilecek, özellikle de işletmenin istihdam durumunda önemli bir etkiye sahip olacak nitelikteki, alınması düşünülen kararlar hakkında bunlara zamanında danışılmasına olanak veren önlemleri almayı ya da bunu özendirmeyi taahhüt ederler.”.

Bu düzenlemeye göre, Türk hukuk sisteminde işçi temsilciliği kurumu bulunmadığından dolayı sendikasız işçilerin bu hakkı kullanmalarında sorunlar yaşanacaktır. Mevzuatımızda işyeri sendika temsilciliği kurumu olduğundan bu hakkın kullanılmasında da etkin rol alacaklar, işyeri sendika temsilcileridir.

Şart'ın 24. Maddesinde düzenlenen iş akdinin sona erdiği durumlarda işçinin korunması” hükmü, tüm işçiler bakımından iş güvencesi sağlamaktadır. 24. maddeye göre, “*Âkit Taraflar, çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;*

a- tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını;

b- iş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı; taahhüt ederler.

Bu amaçla Âkit Taraflar, iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı; taahhüt ederler.”. 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen iş güvencesi ise, tüm çalışanları / işçileri kapsayacak şekilde düzenlenmemiştir.

İş hukuku alanındaki uluslararası kaynakların en önemlilerinden diğer birisi de uluslararası çalışma sözleşmelerini oluşturan **Uluslararası Çalışma Örgütü**dür. Birinci Dünya Savaşından sonra dünya barışını tehdit eden en önemli nedenlerden birinin yoksulluk olduğu kabul edilmiş ve Versailles Barış Antlaşmasıyla Milletler

Cemiyetine bağı olarak 1919 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organisation – ILO) kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşından sonra Milletler Cemiyetinin yerini alan Birleşmiş Milletler ile ILO arasında yapılan bir anlaşma sonucunda ILO Birleşmiş Milletlerin geniş ölçüde özerkliğe sahip bir özel uzman kuruluşu niteliği kazanmıştır. Ülkemiz 1932 yılında Uluslararası Çalışma Örgütüne üye olmuştur¹⁰⁰. Uluslararası Çalışma Örgütünün amaçları ve temel ilkeleri ILO Anayasasının başlangıç kısmında¹⁰¹ ve 1944 yılında kabul edilen Philadelphia Bildirgesinde¹⁰² (Uluslararası Çalışma Örgütünün Hedef ve Amaçlarına İlişkin Bildirge) belirtilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasasının başlangıç kısmında ILO'nun kurulmasının temelinde yatan üç neden sayılmıştır. Birincisi, bütün dünyayı kapsayabilecek sürekli bir barışın ancak sosyal adalet temeli üzerine kurulabileceği gerçeğidir. İkincisi, dünyada çok sayıda insan için adaletsizlik ve sefalet yaratan çalışma koşullarının ivedilikle iyileştirilmesi gereğidir. Üçüncüsü ise, çalışanların ekonomik ve sosyal durumunu geliştirmek isteyen bir ülkenin, başka ülkeler aynı önlemleri almadıkları takdirde, uluslararası pazarda rekabet gücünü kaybedeceği endişesiyle bunu yapmaktan kaçınabileceği, bu nedenle de bütün ülkelerin bu konuda ortak hareket etmek zorunda olduğudur. Bu amaçların gerçekleştirilebilmesi ise, ILO'nun çalışmalarının evrensel bir nitelik taşımasını, çalışma yaşamında uluslararası hukuki düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılar¹⁰³. Uluslararası Çalışma örgütü üçlü bir yapıya sahiptir. Hükümet temsilcileri, iş ve işveren temsilcilerinin eşit katılımıyla oluşur. Üçlü yapılanma ilkesi ile çalışma yaşamıyla ilgili doğrudan ilgisi olan ve üretimin asli unsurlarını oluşturan işçi ve işveren kesiminin hükümet temsilcileriyle bir araya getirilmesi amaçlanmıştır. Böylelikle kararların daha demokratik biçimde alınması sağlanmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütünün organları, Uluslararası Çalışma Konferansı, Yönetim Kurulu ve Uluslararası Çalışma Bürosudur¹⁰⁴. ILO'nun en üst ve yetkili organı olan ve “dünya çalışma parlamentosu” olarak da adlandırılan Uluslararası Çalışma Konferansı (genel

¹⁰⁰ Centel, ss. 33 – 34; Süzek, s. 69.

¹⁰¹ Bakınız ILO Anayasası başlangıç kısmı (Kamil Ateşoğulları, “Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ – ILO) Türkiye İlişkileri Belgeler”, **Sosyal İş Sendikası Eğitim Yayınları 2**, s. 33 vd., http://www.sosyal-is.org.tr/yayinlar/uco_ilo.pdf, (17.02.2012)).

¹⁰² Bakınız Bildirge için Ateşoğulları, s. 47 vd.

¹⁰³ Centel, s. 34; Süzek, s. 70.

¹⁰⁴ Centel, s. 35; Uluslararası çalışma Örgütünün organları ve işlevleri için ayrıntılı bilgi için bakınız Ateşoğulları, s. 13 vd.

kurul) her üye devletin, ikisi hükümet, biri işçi, biri de işveren kesiminden gelmek üzere dörder temsilcisinden oluşur (ILO Anayasası m. 3 / f. I). İşçi ve işveren temsilciler, üye devletlerin en fazla temsil yetkisine sahip işçi ve işveren kuruluşları tarafından seçilir (ILO Anayasası m. 3 / f. V). İşçi ve işveren temsilcileri bağlı buldukları hükümetlerin değil, kendi meslek gruplarının çıkarlarını göz önünde bulundurmak suretiyle görüşlerini açıklayabilir, oy kullanabilirler¹⁰⁵. Yürütme organı olan Yönetim Kurulu, ILO'nun tüm faaliyetlerini koordine etmekle ve konferansın aldığı kararları yürütmekle görevlidir. Uluslararası Çalışma Bürosu ise, ILO'nun sekretarya işlerini yürüten ve sürekli görev yapan organıdır. Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından öngörülen “Uluslararası çalışma (ILO) sözleşmeleri ile tavsiye kararları¹⁰⁶” birlikte uluslararası iş hukukunun temel kaynağını oluştururlar. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amacı, ürettiği uluslararası normlara evrensel bir nitelik kazandırmak, farklı hukuki sistemlerin yeknesak hale getirilmesi suretiyle iş hukuku ilke ve kurallarının mümkün olduğu ölçüde tüm ülkelerde ortak olmasını sağlamaktır. ILO sözleşmeleri iki taraflı değil, çok taraflı sözleşmelerdir. Devletler arasında karşılıklı pazarlık süreci yoktur. Hazırlanan sözleşme ve tavsiye taslak metinleri Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından, Genel Konferansa katılan delegelerin üçte iki oy çoğunluğu ile kabul edilir (ILO Anayasası m. 19). Sözleşme ve tavsiyelerin hükümet temsilcileri tarafından imzalanması da söz konusu değildir. Aksi halde ILO'nun üçlü yapısına aykırı bir durum oluşur. Daha sonra ILO sözleşmesi üye devletlerin onayına sunulur (ILO Anayasası m. 19 / f. V). Sözleşmelerin, Konferans tarafında kabul edilmiş olması tek başına üye devletle riçin yükümlülük doğurmaz. Bu tür yükümlülüğün doğması için sözleşmenin üye devlet tarafından onaylanması gerekir. ILO Anayasasına göre, “Üyelerden her biri

¹⁰⁵ Süzek, s. 71.

¹⁰⁶ Uluslararası iş hukukunun başlıca kaynaklarını sözleşmeler ve tavsiyeler oluşturmasına rağmen bu iki kaynak hukuki sonuçları bakımından kesin çizgilerle ayrılırlar. Sözleşmeler, onaylayan ülkeler açısından uluslararası yükümlülük doğuran belgelerdir. Tavsiyeler, yükümlülük doğurma amacına yönelik olmayıp, sadece hükümetlerin çalışma yaşamlarına ilişkin politika ve etkinlikleri açısından yol gösterici bir işleve sahiptir. Bir konunun sözleşme ile düzenlenmesi henüz yeterli olgunluğa ulaşmadığı anlaşılıyorsa veya üye devletler arasında farklılıklar önemli boyutta ise sözleşmenin kabulü uygun olmayabilir. Örneğin, üye devletlerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar nedeniyle, işveren kesiminin konuya sempati ile yaklaşmaması sonucu 1982 yılına kadar iş güvencesi konusunda herhangi bir sözleşme kabul edilmemiştir. Sadece 1963 yılında 119 sayılı Tavsiye kararı oluşturulmuştur. Tavsiyeler, genellikle ileride o alanda bir sözleşmenin kabul edilmesi amacıyla gerekli ortamı hazırlama işlevini görür (Ali Güzel, ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi Ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri**, Ankara 1997, (Anılış, ILO Normları), s. 6).

konferans toplantısının kapanmasından itibaren 1 yıl içinde (yahut olağanüstü bir durum sebebiyle bir yıl içinde olmazsa, olanak görülür görülmez, fakat konferans toplantısının kapanışından itibaren asla 18 aydan fazla bir süre geçmeden) sözleşmeyi kanun haline getirmek yahut başka türlü bir önlem almak üzere, bu hususta yetkili makama veya makamlara sunmayı yükümlenir.” (ILO Anayasası m. 19 / f. V, b). Yetkili makam, kural olarak yasama organı, parlamentodur. Üye devletin sözleşmeyi onaylama değil, onay prosedürünü başlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yetkili makamın yahut makamların onayını sağlayan üye, sözleşmeyi kesin olarak onadığını Genel Müdüre bildirecek ve bu sözleşmenin hükümlerini yerine getirmek için gerekli önlemleri alacaktır (ILO Anayasası m. 19 / f. V, d). Bir sözleşme, meselede yetkili bulunan makamın veyahut makamların onayı ile karşılanmadığı takdirde, üyeye herhangi başka bir sorumluluk yüklenmeyecek ise de kendisi yönetim kurulunun kararlaştırdığı şekilde uygun görülecek dönemlerde, sözleşmeye konu oluşturan meseleye ait kanuni mevzuatı ve uygulaması hakkında Uluslararası Çalışma Bürosu Genel Müdürlüğüne raporlar göndermek zorunda olacak ve bunlarda teşrii, idari yollarla, genel sözleşmelerle veyahut diğer herhangi bir suretle sözleşmenin herhangi bir hükmünün ne dereceye kadar yerine getirildiğini veyahut yerine getirilmesinin tasarlandığını açıklığa kavuşturma ve böylece bir sözleşmenin onanmasını hangi güçlüklerin olanaksız ve geri bıraktığını açıklayacaktır (ILO Anayasası m. 19 / f. V, e)¹⁰⁷.

Uluslararası hukukta onaylama, “imzalanan bir antlaşmanın devletin bu konudaki yetkili organınca kabul edilmesi sonucu devleti uluslararası düzeyde bağlayan bir hukuksal işlemdir¹⁰⁸.” Bir devletin iç hukuku açısından onaylama, o devletin anayasası ve iç hukuku tarafından yetkili kılınmış organlarınca gerçekleştirilir. Ülkemizde 1961 ve 1982 Anayasalarında antlaşmaların bağlayıcılık kazanması için, kural olarak, önce TBMM’nin bir uygun bulma yasasını kabul etmesi daha sonra Cumhurbaşkanınca onaylanması ve Resmi Gazetede yayınlanması gerekmektedir. 1982 Anayasasının 90. maddesinin I. fıkrasına göre, “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla

¹⁰⁷ Güzel, ILO Normları, ss. 7 – 8; SÜZEK, s. 72.

¹⁰⁸ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2005, s. 59.

uygun bulmasına bağlıdır.”.Bir antlaşma ilke olarak bu tür bir uygun bulma yasası ile kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanınca onaylanmak ve Resmi Gazetede yayınlanmak (1982 Anayasası m. 104) suretiyle gerek uluslararası hukuk gerekse iç hukukumuz açısından bağlayıcılık kazanmaktadır. Bazı antlaşmalar için uygun bulma yasasına gerek yoktur (1982 Anayasası madde 90 / f. II, III)¹⁰⁹. Bir antlaşmanın iç hukukumuzda yürürlüğe girebilmesi için kural olarak, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Resmi Gazete’de yayınlanması gerekmektedir (244 sayılı Kanun madde 3 / f. II)¹¹⁰.

Türkiye’nin onayladığı ILO sözleşmeleri arasında: 2 Sayılı İşsizlik Sözleşmesi, 11 Sayılı Örgütlenme Sözleşmesi, 14 Sayılı Haftalık Dinlenme Sözleşmesi, 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme, 95 Sayılı Ücretin Korunması Hakkında Sözleşme, 98 Sayılı Teşkilatlanma ve kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında Sözleşme, 102 Sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme, 135 Sayılı İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında Sözleşme, 158 Sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme, vb ülkemiz tarafından onaylanmış bulunan ILO sözleşmelerinden en önemlileridir¹¹¹. Konumuzla ilgili olan 158 sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında ILO sözleşmesinden bahsetmekte fayda vardır.

¹⁰⁹ 1982 Anayasası madde 90 / f. II - *Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.*

Madde 90 / f. III - *Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.*

¹¹⁰ 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanmasıyla Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Resmi Gazete Tarihi: 11.06.1963, Kabul Tarihi: 31. 05. 1963, <http://www.tbmm.gov.tr/genser/0244.pdf>, (18.02.2012).

¹¹¹ Süzek, s.73. Ayrıca bkz., <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/sozlesmeler.htm>, (17.02.2012) ve <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/diyih.portal?page=disiliskiler&id=2.2>, (17.02.2012).

A) Genel Olarak 158 Sayılı ILO Sözleşmesi

İşçinin feshe karşı korunmasının uluslararası dayanağı Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) 158 sayılı “Hizmet Aktinin İşveren Tarafından Feshi Hakkında Sözleşme” sidir. 158 sayılı Sözleşme, Uluslararası Çalışma Bürosu Yönetim Kurulunca 02.06.1982 tarihinde kabul edilmiş¹¹² ve Türkiye tarafından 09.06.1994 tarihinde 3999 sayılı uygun bulma kanunuyla onaylanmış, Bakanlar Kurulu kararnamesi ile Resmi Gazetede yayınlanmıştır¹¹³. Sözleşme, Anayasanın 90. maddesi uyarınca ulusal mevzuatın bir parçası haline gelmiştir. Ayrıca uluslararası boyutta bağlayıcılığı Sözleşmenin 16. maddesinin III. fıkrasında¹¹⁴ öngörülen 12 aylık sürenin tamamlanmış olması itibariyle başlamış olmaktadır. Sözleşmenin öngördüğü normlarla iç hukukun uyumlaştırılması taahhüdü altına giren Türkiye, bu nedenle ILO tarafından uygulanabilecek yaptırımlara¹¹⁵ maruz kalabilecek konuma gelmiştir¹¹⁶. Sözleşmenin giriş bölümünde açıklanan oluşturulma nedenleri iki ana noktada toplanmaktadır. Birincisi, 1963 yılında oluşturulan 119 sayılı Tavsiye Kararından bu yana üye ülkelerin hukuk ve uygulamalarında söz konusu tavsiye kararının içerdiği konularda kayda değer gelişmelerin yaşanmış olmasıdır. İkincisi ise, söz konusu gelişmelerin uluslararası normların oluşmasına uygun bir ortam hazırlaması ve son yıllarda yaşanan ekonomik güçlüklerin ve teknolojik değişikliklerin bu alanda ciddi problemlere neden olması ve bunun da yeni uluslararası normların oluşturulmasını gerektirmesidir¹¹⁷.

¹¹² Sözleşme, 356 lehte, 9 aleyhte ve 54 çekimser oyla kabul edilmiştir. Aynı toplantıda 375 kabul ve 16 çekimser oyla İşveren Tarafından İş İlişkinin Sona Erdirilmesi Hakkında 166 sayılı Tavsiye Kararı da kabul edilmiştir, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz158.htm>, (19.02.2012).

¹¹³ Bu sözleşmenin onaylanması 09.06.1994 tarih ve 3999 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi hakkında 158 sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna İlişkin Kanunla (RG, 18.06.1994 / 21964) ve uygulanması da 10.08.1994 tarihli 94 / 5971 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG, 12.10.1994 /22079) kabul edilmiştir.

¹¹⁴ Bu Sözleşme, iki üyenin onama belgesi Genel Müdür tarafından kaydedildiği tarihten on iki ay sonra yürürlüğe girer.

¹¹⁵ Yaptırımlar için bakınız ILO Anayasası madde 22 – 34.

¹¹⁶ Ahmet Sevimli, “4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Yeknesak Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar”, **Çimento – İşveren Dergisi**, C. XVIII, Sayı: 6, Kasım 2004, s. 5; Devrim Ulucan, “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Ve Türkiye’nin Uyumu, ILO Normları Ve Türk İş Hukuku”, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri**, Ankara 1997, (Anılış, ILO), s. 159 vd.; Metin Kutal, “İş Güvencesi Kavramı Ve Uluslararası Dayanağı”, **Mercek**, Sayı: 30, Nisan 2003, s. 7.

¹¹⁷ Kutal, ss. 7 – 8; Sevimli, s. 5.

1. Sözleşmesinin Öngördüğü Normlar

a) Yöntem Ve Kapsam

Sözleşmenin 1. maddesi, “*Bu sözleşme hükümlerinin, toplu iş sözleşmeleri, hakem kararları veya mahkeme kararları ile veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yöntemle geçerlilik kazanmadığı hallerde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuatla sağlanır*”. düzenlemesini getirmiştir. Bu sıralamaya göre, sözleşme hükümlerinin getirdiği koruyucu ilkelerin öncelikle toplu iş sözleşmeleri, hakem veya mahkeme kararları veya ulusal uygulamaya uygun başka yöntemler aracılığıyla ulusal hukuk bakımından uyumu sağlanmaya çalışılacak bu olmadığı takdirde yasama yoluna gidilecektir¹¹⁸.

Sözleşmenin 2. maddesi sözleşmenin kapsamını belirlemektedir. “ *Bu sözleşme tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanır.*” (madde 2 / f. I). Başka bir ifadeyle, işçi statüsünde olan çalışanlar, çalıştıkları ekonomik faaliyet alanı ne olursa olsun bu sözleşmenin getirdiği koruyucu hükümlerden yararlandırılacaklardır. Ancak sözleşme bu konuda bazı istisnalar getirilebileceğini de kabul etmektedir. Sözleşme bunlara bazı örnekler vermekte, bunların seçimini her ülkenin kendisine bırakmaktadır¹¹⁹. Sözleşme madde 2 / f. II , “ *Bir üye devlet hizmet ilişkisi içinde çalışanlarından aşağıdaki kategorilerde bulunanları işbu sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulama alanı dışında bırakabilir:*

a. Belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler,

b. Süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş denem süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar,

c. Süreksiz hizmet ilişkisi ile çalışan işçiler” bu kimselerin sözleşme hükümlerinin kapsamı dışında tutulmaları mümkündür. ”.

¹¹⁸ Ulucan, ILO s. 160; Sevimli, s. 5.

¹¹⁹ Sevimli, ss. 5 – 6; Ulucan, ILO, s. 161.

Sözleşme madde 2 / f. IV, “ *Kendilerine en az bu sözleşmedekilere eşit güvenceler sağlayan özel bir istihdam rejiminin kurallarına tabi olarak çalışanların, gerektiğinde bu sözleşmenin tamamının veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakılması bir ülkedeki yetkili makamca veya uygun bir mekanizma aracılığıyla varsa işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra kararlaştırılabilir.*”.

Sözleşme madde 2 / f. V, “*İşçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan sınırlı bir kategori, gerektiği takdirde, bir ülkedeki yetkili makam veya uygun bir kuruluşça, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra bu Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsamı dışında bırakılabilir.*”.

Kapsamdan istisna edilebilecekler böyle düzenlenmekle birlikte, kapsam dışında bırakmaya ilişkin bu hükümlerin Sözleşme'nin amacına aykırı biçimde kullanılmasına meydan vermemek için, Sözleşme'nin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmasına, karşı yeterli güvencelerin¹²⁰ alınması gereği vurgulanmıştır (madde 2 / f. III). Buna göre, belirli süreli hizmet sözleşmeleri ancak işin türü veya işin uygulanmasına ilişkin koşullar nedeni ile işçinin çıkarları bakımından gerekli ise yapılabilir. Buna aykırı yapılan belirsiz süreli sayılmalıdır. Yukarıda belirtilen nedenlerle geçerli kabul edilenler dışında belirli süreli sözleşmeler bir veya birden fazla uzatılmışlarsa belirsiz süreli sayılacaklardır. Bu konuda ülkemizde de yargı kararları ile benzer sonuçlara ulaşılmıştır¹²¹.

b) İş İlişisine Son Vermede Geçerli Neden

158 Sayılı Sözleşme'nin en önemli özelliği iş güvencesinin temel esaslarından biri olan bildirimli fesihlerin geçerli (meşru) bir nedene dayandırılmasını ilke olarak benimsemesidir. **Sözleşme madde 4'e göre**, “*İşçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez.* “. Bu maddenin Türkçeye çevrilmesinde eksiklik bulunduğundan orijinal metne uygun olarak maddeyi, işçinin

¹²⁰ Güvenceler için bakınız 166 sayılı Tavsiye Kararı madde 3.

¹²¹ Ulucan, ILO, s. 161.

kişiliğinden (yeteneğinden) veya davranışlarından ya da işlemenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden bulunmadıkça iş akdine son verilemez, şeklinde anlamak daha uygun olacaktır. Bu nedenler belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinin derhal feshi için aranılan “haklı nedenleri” oluşturmayan, ancak iş sözleşmesinin süreli fesihle sona erdirilmesini meşru kılan nedenler olduğu için, ayırt edici olmak üzere sözleşmede “geçerli neden” terimi kullanılmıştır¹²².

Sözleşmenin 5. Maddesinde geçerli neden oluşturmayan hususlar düzenlenmiştir. **Sözleşme Madde 5’ e göre**, “ özellikle aşağıdaki hususlar son verme için geçerli neden teşkil etmezler:

a. Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma,

b. İşçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak,

c. İşvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak,

d. Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken,

e. Doğum izni esnasında işe gelmeme. “.

Sözleşme madde 6’a göre, “Hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık işten çıkarma için geçerli neden değildir.

Hangi hallerin geçici olarak işe gelmeme sayılacağı hangi hallerde tıbbi raporun gerekli olacağı ve bu maddenin 1 inci bendinin uygulanmasına getirilebilecek sınırlamalar, sözleşme’nin 1 inci maddesinde belirtilen uygulama yöntemlerine göre belirlenir.”.Bu konuda 158 sayılı sözleşmeyi uygulama yöntemlerinden biri seçilerek düzenlenebilecek ve somutlaştırılabilecektir. Konuyu somutlaştırmada mahkeme kararları, toplu iş sözleşmesi düzenlemeleri, hizmet sözleşmeleri gibi yöntemler seçilebilecektir¹²³.

¹²² Sarper Süzek, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, **Kamu – İş**, Cilt: VI, 2002, Sayı: 4, (Anılış, Fesih Hakkının Sınırlandırılması), s. 4.

¹²³ Ulucan, ILO, s. 162.

c) İş İlişkisinin Sona Ermesinde Uygulanacak Usul

Sözleşme'nin getirdiği önemli temel bir ilke de işçiye ileri sürülen nedene karşı kendisini savunma olanağı tanınması ve gerektiğinde bu konuda karar verecek bir merciye başvurabilmesidir¹²⁴.

Sözleşme'nin 7. maddesine göre, “İşverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez.”. 158 sayılı Sözleşme’de istisnai durumlar dışında işçinin kişiliğiyle ilgili geçerli neden kategorilerine dayanılarak yapılacak fesih işleminin ancak savunma alındıktan sonra uygulanması öngörülmüştür.

İşveren işine son vereceği işçiye makul bir süre önce bildirmekle yükümlüdür. İş ilişkisine son verilecek bir işçiye, işverenin kendisini bildirim süresi zarfında çalıştırmaya devam etmesini istemenin makul sayılamayacağı türden bir davranış kusuru¹²⁵ atfedilmedikçe, işçi makul bir bildirim süresine veya onun yerine tazminata hak kazanacaktır (Madde 11). **Sözleşme madde 8 / f. I ‘ e 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.”. İtirazda bulunma hakkına savunması alınan ya da savunması alınmadan işten çıkarılan işçi başvurabilir¹²⁶. İşçi bu hakkını makul bir süre içinde kullanmalıdır. Madde 8 /f. III’ e göre, “Bir işçi hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmamışsa bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır.”. Sözleşme madde 9 /f. I’ e göre, “8 inci maddede belirtilen merciler, son verme nedenlerini ve davayla ilgili diğer vakaları incelemeye ve son vermenin haklı olup olmadığına dair bir karar vermeye yetkili kılınacaklardır.”. İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde haklı bir neden bulunup bulunmadığına ilişkin ispat yükünü tek başına işçinin üstlenmemesi için sözleşme bazı ilkeleri benimsemiştir. **Sözleşme madde 9 / f. I, II’e göre,** “8 inci maddede belirtilen merciler, son verme nedenlerini ve davayla ilgili diğer vakaları incelemeye

¹²⁴ Ulucan, ILO, s. 163.

¹²⁵ İngilizcedeki “misconduct” kelimesinin karşılığı olarak resmi çevirideki “hizmet kusuru” yerine “davranış kusuru” deyimini tercih edilmektedir. “Hizmet kusuru” deyimini işçinin davranışlarından çok yeterliliğiyle ilgili bir kusuru olduğu izlenimi yaratmaktadır (Sevimli, s. 6, atıf 20’deki açıklamalar).

¹²⁶ Ulucan, ILO, s. 163.

ve son vermenin haklı olup olmadığına dair bir karar vermeye yetkili kılınacaklardır.”.

İşçinin, son verme işlemine ilişkin ispat yükünü tek başına üstlenmemesi için, bu sözleşmenin 1 inci maddesinde belirtilen uygulama yöntemleri aşağıdaki olanaklardan birini veya her ikisini sağlamalıdır.

a. Bu Sözleşme'nin 4 üncü maddesinde tanımlandığı üzere, geçerli bir nedeninin bulunduğu ispat yükü işverene ait olmalıdır.

b. Bu Sözleşmenin, 8 inci maddesinde belirtilen merciler, taraflarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usuller çerçevesinde son verme nedeni üzerinde bir sonuca varmaya yetkili kılınmalıdırlar.”. Bu durumda işverenin ispat yükü hafiflemiş olmaktadır. İlgili merci karşılıklı getirilen kanıtları değerlendirme yetkisine sahiptir. Böyle olunca sadece işveren değil, işçi de kendi lehine kanıt getirme durumunda kalacaktır. Bu kanıtları ilgili merci değerlendirip bir karar verecektir. Sözleşme sadece işverene öncelikle iddiasını kanıtlama yükümlülüğü getirmektedir¹²⁷. **Sözleşme madde 9 / f. III'e göre**, “*Son verme işleminin, işletmenin, işyerinin veya hizmetin yürütümü gereklerine dayandığının ileri sürülmesi halinde, bu Sözleşmenin 8 inci maddesinde belirtilen merciler son vermenin gerçekten bu nedenlere bağlı olup olmadığını belirlemeye yetkilidirler, bununla beraber bu sebeplerin söz konusu sona erdirmeyi haklı kılmadığına karar vermeye ne ölçüde yetkili kılınacakları işbu Sözleşmenin 1 inci maddesindeki uygulama yöntemlerine göre belirlenecektir.”.* İşleminin, işyerinin veya hizmetin yürütümü gereklerinden hangilerinin haklı feshi geçerli kılacağı yargı takdirine bırakılmışsa yargıç bu konuda da yetkili olacaktır. Yasa veya toplu iş sözleşmesi ile bunlar belirlenmişse yargıç, bu konuda yetkili olmayacak mevzuatın sona erdirmeyi geçerli kılan nedenleri açısından konuyu inceleyecek ve karar verecektir¹²⁸.

Yargı organı tarafından feshin geçerli bir nedene dayanmadığının kararlaştırılması halinde uygulanacak yaptırım konusunda Sözleşme'nin 10. Maddesi esnek bir düzenleme getirmiştir. **Madde 10'a göre**, “*Bu sözleşme'nin 8 inci*

¹²⁷ Ulucan, ILO, s. 164.

¹²⁸ Ulucan, ILO, s. 164.

maddesinde belirtilen merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır.” Sözleşme iş sözleşmesinin geçerli ve haklı bir nedene dayanmaksızın sona erdirildiğinin yetkili merci tarafından saptanması halinde mutlaka işlemin iptalini öngörmemekte, tazminat gibi başka yaptırım yollarını da kabul etmektedir. Yaptırım seçenekleri arasındaki tercihi iç hukukun yapmasına olanak sağlamaktadır¹²⁹.

Sözleşme madde 13’e göre, “1- Ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle hizmet ilişkilerine son vermeyi düşünen işveren:

a. *İlgili işçi temsilcilerine, düşünülen son verme işlemlerinin nedenleri, bu işlemde etkilenen işçi sayısı ve grupları ve son verme işlemlerinin ne kadarlık bir zaman diliminde gerçekleştirileceği de dahil olmak üzere gerekli tüm bilgileri zamanında sağlar.*

b. *İlgili işçi temsilcilerine, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak, mümkün olduğunca önceden, ilgili işçiler için her nevi son verme işlemini önlemek veya asgariye indirmek amacıyla alınacak önlemleri ve bu işlemlerin işçiler üzerindeki olumsuz etkilerini, başka iş bulmak gibi önlemlerle hafifletmek amacıyla alınacak önlemleri danışma fırsatı tanır.*

2- *Bu maddenin 1 inci bendinin uygulanması, bu Sözleşmenin 1 inci maddesinde belirtilen uygulama yöntemleriyle, hizmet ilişkisine son verilmesi düşünülen işçi sayısının, en azından belirli bir sayıya veya personel sayısının belirli bir yüzdesine ulaştığı hallerde sınırlandırılabilir.*

3- *Bu maddenin uygulanmasında “İlgili İşçi Temsilcileri” deyimi, işçi Temsilcileri Hakkında 1971 tarihli Sözleşmeye uygun olarak ulusal mevzuat ve uygulamada benimsendiği şekliyle işçi temsilcileri anlamına gelir.”* İşveren ekonomik, teknolojik, yapısal veya benzer nedenlerle iş sözleşmesine son verme durumlarında mümkün olduğu kadar önceden yetkili makama bildirimde bulunulması gerektiğini belirtmektedir. Burada da işçiler bakımından belirli bir sayı

¹²⁹ Ulucan, ILO, s. 164; Süzek, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s. 5; Sevimli, s. 7.

ölçü olarak kabul edilebilecektir. Son verme işlemlerinin etkileyeceği işçi sayısı, gerekçeler ve son vermenin uygulanacağı süre hakkında da bilgi verilecektir¹³⁰.

Yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanununda işçi temsilciliği kurumuna yer verilmemiştir. Mevzuatımızda 3008 sayılı kanun zamanında “işçi temsilciliği” kurumuna yer verilmiş, daha sonra 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun (274 sayılı Sendikalar Kanunundan sonra bu kanunun yerini alması için 2821 sayılı Sendikalar Kanunu getirilmiştir. 2821 sayılı sendikalar Kanunu’ndan sonra da bu kanunun yerini alması için 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹³¹ getirilmiştir. 1963 yılında 274 Sayılı Sendikalar Kanununun çıkarılmasıyla işçi temsilciliği kurumu yerine “işyeri sendika temsilciliği” kurumuna yer verilmiştir. İşçi temsilciliği, sendikacılığın gelişiminden önce işçilerin birleşerek kendi aralarında örgütlenmeleri işverene karşı haklarını savunmak ve bazı taleplerde bulunmak için bir araya gelmeleri ile ortaya çıkmıştır. Örneğin, Almanya, Danimarka, Fransa, İsveç’te işyeri yönetimine katılmak için işçi temsilcileri seçilmektedir¹³². İşyeri düzeyinde işçilerin temsilini sağlayan iki kurum vardır. İlki, sendikayı ve sendika adına işçileri temsil eden sendika temsilcileri; diğeri ise, sendikal hareketle ilgisi olmayıp, sendikalı sendikasız ayrımı yapmadan tüm işçileri temsil eden işçi temsilcileridir¹³³. İşçi temsilcileri işçilerce seçilmekte ve işçileri temsil etmektedir. İşyeri sendika temsilcileri ise, Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 27. madde¹³⁴sine göre, sendika tarafından atanmaktadır. İşyeri sendika temsilcileri,

¹³⁰ Bkz. 158 sayılı ILO Sözleşmesi madde 14.

¹³¹ 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kabul Tarihi: 18.10.2012, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 07.11.2012, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd, (18.02.2012).

¹³² Sevimli, s. 36.

¹³³ Ali Rıza Okur, Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985, s. 7.

¹³⁴ İşyeri sendika temsilcisinin atanması ve görevleri

MADDE 27- Toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika; işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir. Bunlardan biri baş temsilci olarak görevlendirilebilir. Temsilcilerin görevi, sendikanın yetkisi süresince devam eder.

2- Sendika tüzüğünde işyeri sendika temsilcisinin seçimle belirlenmesine ilişkin hüküm bulunması hâlinde, seçilen üye temsilci olarak atanır.

3- İşyeri sendika temsilcileri ve baş temsilcisi; işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir.

4- İşyeri sendika temsilcileri, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartı ile görevlerini yerine getirir. İşyerlerinde, sendika temsilcilerine görevlerini hızlı ve etkili biçimde yapmalarına imkân verecek kolaylıklar sağlanır.

kendisini atayan sendikayı temsil etmekte, işyerinde güçlü bir sendikanın oluşumunu sağlamakta ve Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 27. maddesinin III. fıkrasına göre de işçilerin şikâyetlerini dinlemek, çözümlmek, iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek gibi görevleri vardır.

Sözleşme madde 12' de iş akdi feshedilen işçinin işverenler tarafından veya işverenlerin katkısıyla oluşturulacak bir fondan ödenecek kıdem tazminatı hakkında ve/veya işsizlik sigortası yardımlarından yararlanacağı düzenlenmiştir. Toplu işçi çıkarmalarda işçi temsilcilerine dayanılması yukarıda da açıklandığı gibi Sözleşme madde 13' de ve yetkili makama bildirimde bulunulması da Sözleşme madde 14' de düzenlenmiştir.

2. Genel Değerlendirme

158 sayılı Sözleşme katı ve kesin bir fesih yasağı getirmemektedir. İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde geçerli bir nedenin varlığını temel koşul olarak kabul etmektedir. Böyle bir geçerli neden sözleşmeye göre,

- İşçinin kapasitesine ve işin yürütümüne veya işin gereklerine dayalı olabilecek veya

- Ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzer nedenlerden kaynaklanabilecektir. Ancak bu durumda iş sözleşmesine son verilebilecektir.

Sözleşme nelerin geçerli neden sayılmayacağını belirtmektedir. İş sözleşmesine son vermelerde, işvereni neden bildirme ve kanıtlama ile yükümlü tutmakta, bu konuda bir merci önünde denetim yapılması yolunu açmaktadır. Geçerli neden hakkında ulusal hukukça kabul edilen usul çerçevesinde mahkeme, hakem veya benzeri bir ilgili merci karar verecektir. Bu konuda karar verme durumunda olan yetkili merciin hangi merci olacağı ulusal hukuk belirleyecektir. Sona erdirmeye nedenleri ve yaptırımları konusunda esnek davranmakta bu konuda seçeneklerden hangisinin benimseneceğini ulusal hukuka bırakmaktadır. İlgili merci ileri sürülen nedeni geçerli kabul etmezse,

- İşlemin iptaline ve / veya işçinin işe iadesine veya bunları uygulanabilir bulmazsa,
- Yeterli bir tazminat veya uygun addolunan diğer bir telafi biçimine karar verecektir.

İlgili merci ileri sürülen nedeni geçerli kabul ederse,

- İşsizlik sigortası,
- İhbar süresi veya tazminatına uyulacak
- Kıdem tazminatı ödenecek.

Geçerli neden işçinin kusurundan kaynaklanıyorsa bunların hiç biri uygulanmayacak ve işçinin işine derhal son verilecektir¹³⁵.

IV. İş Güvencesinin Ulusal Kaynakları

Türk iş hukuku mevzuatında işçinin feshe karşı yeterince korunmamış olmasının uygulamada yarattığı olumsuz sonuçlara uzun yıllardır işaret edilmiş ve sorunun çözümü için işçiye iş güvencesi sağlayacak yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır¹³⁶. İş güvencesi kurumunun, Türk iş hukuku mevzuatına girme sürecine bakıldığında, 1994 yılına kadar hazırlanmış olan kanun tasarıları gerek siyasi, gerekse ekonomik sebeplerden ötürü kanunlaşma imkânı bulamamışlardır.

Türk İş Hukukunda 4857 sayılı İş Kanununa kadar, feshe karşı korunmayı öngören düzenlemeler, feshi engellemeyi değil geciktirici niteliktedir. Türk İş Hukukundaki işverenin fesih işlemine karşı getirilen bütün sınırlamalar ve yasaklar feshin sonuçlarını hafifletici önlemleri kapsamaktadır¹³⁷.

Cumhuriyet döneminde devletin çalışma yaşamına ilk müdahalesi, 1921 yılında yürürlüğe konulan, *Zonguldak ve Ereğli Havzai Fahmiyesinde Mevcut Kömür Tozlarının Amele Umumiyesine Olarak Furuhtuna Dair Kanun ve Ereğli Havza-i Fahmiye Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun* ile başlamıştır. Bu kanun ile

¹³⁵ Ulucan, ss. 166 – 167.

¹³⁶ Eyrenci ve diğerleri, s. 152; Süzek, s. 430; Çelik, s. 213..

¹³⁷ Ali Pir Kaya, “ İş Güvencesi - Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme - 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Temmuz 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi”, **İş Güç Endüstri İlişkileri Ve İnsan Kaynakları Dergisi**, Cilt:III, 2001, Sayı:1, s.1, www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil, (21.02.2012).

Zonguldak ve Ereğli maden ocaklarında çalışan işçilerin günlük çalışma süreleri, asgari çalışma yaşı düzenlenmiş, zorunlu çalışma yasaklanmış ve asgari ücret oranı düzenlenmiştir¹³⁸.

Ülkemizde bireysel iş ilişkileri ilk kez 1926 yılında yürürlüğe konulan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun "hizmet akdi" başlığı altında yer verilen hükümleriyle düzenlenmeye başlamıştır. Bu hükümlerin (Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu) geçerliliği, yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında bırakılan işlerde günümüzde de uygulanmaktadır. 1930' lu yıllarda Türkiye'de ise, özel kesimin önderliğindeki ulusal sanayinin yeterince gelişip, yaygınlaşmadığı ortaya çıkmıştı. Bu durum yeni arayışları da beraberinde getirmişti. Dünyadaki 1929 Ekonomik Bunalımı sonrasında çeşitli ülkelerde izlenmeye başlanan karma ekonomi modeli Türkiye için de bir esin kaynağı olmuştur. Böylece özel teşebbüsün yanında bizzat işveren olarak devlet; dokuma, çimento, kâğıt, cam, maden, şeker gibi sanayi alanlarına girerek ülkemizde kamusal ağırlıklı bir ekonomi politikası izlenmeye başlandı. Yetişkin işçilerin yanı sıra, kadın, genç ve çocuk işçileri çalışma yaşı, süreleri, işin nitelik ve koşulları yönünden koruyan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu böyle bir ortam içinde hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Gelişen sanayi ile birlikte canlanan ekonomik yaşam işçi ve işverenlerin iş ilişkileri ve yaşamını düzenleyecek özel bir iş kanununun hazırlanarak yürürlüğe konulmasını gerekli hale getirmiştir. TBMM'de 08. 06. 1936 günü kabul edilen 3008 sayılı İş Kanunu böyle bir gereksinimle hazırlanıp, Resmi Gazete'de yayınlanmasından 1 yıl sonra, 15. 06. 1937'de yürürlüğe konulmuştur. Ülkemizde bireysel iş ilişkileri ve yaşamı, 1937-1967 yılları arasında, yani 30 yıl boyunca 3008 sayılı İş Kanunu hükümleriyle düzenlenmiştir. 3008 sayılı İş Kanunu ile Türkiye tarihinde ilk defa, çalışma ilişkileri bireysel ve toplu boyutlarıyla ve bütüncül bir biçimde düzenlenmiş olmaktadır. Bireysel iş ilişkileri alanında işçiyi koruyucu önlemler getiren yasa, toplu iş ilişkileri alanında dönemin özelliklerine uygun otoriter düzenlemeler yapıyor; çalışma ilişkileri sisteminin asli iki aktörü olan işçi ve işveren geriye itilirken, devlet belirleyici bir ağırlık kazanıyordu. İş mücadelesi araçları olarak grev ve lokavtın kesin bir biçimde yasaklanması ve cezai müeyyidelere bağlanması, sendikalardan söz edilmeksizin işçi temsilciliği kurumunun getirilmesi, toplu iş uyuşmazlıklarının

¹³⁸ Bkz. İş Hukukunun Tarihsel Gelişimi, <http://notoku.com/is-hukukunun-tarihsel-gelisimi/>, (22.02.2012).

çözümünün zorunlu tahkim sistemiyle devlete ihale edilmesi; yasanın belli başlı düzenlemeleriydi¹³⁹. 3008 sayılı İş Kanunu'na 1951 yılında 5518 sayılı Kanun ile eklenen 3. madde ile “işverenler işçilerini toplu halde veya toplu sayılacak şekilde kısa fasıllarla işten çıkartmak istedikleri takdirde, bunların işlerine son vermeden bir ay önce çıkarmayı gerektiren sebep ve zaruriyetleri belirtmek suretiyle, Çalışma Bakanlığı'nın yetkili teşkilatına yazı ile bildirmeye mecbur” tutulmuşlardı. Maddede işverenlere sadece sebep ve zaruriyet bildirme yükümü getirilmiş, buna karşılık Bakanlığa denetim ve gerektiğinde işçilerin işlerine iade edilmeleri yetkisi tanınmamıştı. Maddede düzenlenen, toplu işçi çıkaran işverenler, aynı iş için tekrar işçiye ihtiyaç duyduklarında, işten çıkardıkları işçileri işe alma zorunluluğuydu. Bu düzenlemeye benzer düzenleme 4857 sayılı İş Kanununda da yer almaktadır¹⁴⁰.

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki uluslararası konjonktür ve Türkiye'nin yeni oluşan dünyada kendine bir yer bulma çabaları; içsel dinamiklerle birleşerek, siyasi ve iktisadi alanda olduğu gibi çalışma ilişkileri alanında da önemli değişimler göstermiştir. 1951 yılında, zaman içerisinde yaygınlaşacak olan asgari ücret uygulamalarına başlandı. Dönem içerisinde memurların gerçek gelirleri azalırken, işçilerin ve özellikle kamu kesimi işçilerinin çalışma ve yaşam koşullarının iyileşmesi, gerçek ücretlerinin en azından GSMH'daki artışı izleyen bir gelişme göstermiştir. 1967 tarihinde, 931 sayılı İş Kanunu, Anayasa mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edilmiştir. 1971 tarihinde, 2003 yılına kadar yürürlükte kalacak, 1475 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir¹⁴¹.

Türk çalışma mevzuatının en önemli ve sürekli olarak tartışılan eksikliklerinden biri, iş güvencesi konusuydu. İş güvencesine yönelik çeşitli zamanlarda taslaklar hazırlanmıştır. Bunlar:

- 1979 yılında Bahir Ersoy'un Çalışma Bakanlığı döneminde hazırlanan taslak; Taslakta, geçersiz fesihle işçinin boşta kaldığı süreye ait bütün haklarının

¹³⁹Ahmet Makal, “Cumhuriyet'in 80. Yılında Türkiye'de Çalışma İlişkileri”, ss. 2, - 4, http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dosyalar/tm/SBF_WP_62.pdf, (23.02.2012); İş Hukukunun Dünyadaki Tarihsel gelişimi, <http://notoku.com/is-hukukunun-tarihsel-gelisimi/>, (23.02.2012). Ancak, yasanın özellikle bireysel çalışma ilişkileri alanındaki işçileri koruyucu hükümlerinin; gerekli denetimlerin yapılamaması ve İkinci Dünya Savaşı'nın kendine özgü koşullarında çıkarılan ve İş Kanunu'nun bazı koruyucu hükümlerini askıya alan 1940 tarihli Milli Korunma Kanunu uygulaması nedeniyle yaşama yeterince aktarılamamıştır (Makal, ss. 5 – 6).

¹⁴⁰ Muzaffer Koç, **Tüm Yönleriyle İş Güvencesi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2005, s. 35.(Ayrıca bkz. İş K. madde 29).

¹⁴¹ Makal, ss. 10 – 11.

ödenmesi, işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata hükmedilmesi öngörülmüştü.

- 1982 yılında Turhan Esener'in Çalışma Bakanlığı döneminde hazırlanan taslak;
- 1992 yılında Mehmet Moğultay'ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı döneminde hazırlanan taslak; Taslakta, geçersiz fesih halinde yargı kararı ile işçinin işe iade edilmesi, toplu çıkarmalarda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüklerinden izin alınması şartları öngörülmüştü.
- 2001 yılında Yaşar Okuyan'ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı döneminde hazırlanan taslak¹⁴².

Dar anlamda, "iş sözleşmesinin feshi sırasında geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu" olarak tanımlanabilecek olan iş güvencesi konusu; birçok ülkedeki uygulama yanında, uluslararası kuruluşların belgelerinde de yer bulmuş; Uluslararası Çalışma Örgütü de 1982 yılında 158 sayılı Sözleşme ve 166 sayılı Tavsiye Kararı ile konuyu düzenlemiştir. Türkiye, 1994 yılında 158 sayılı "Hizmet Aktinin İşveren Tarafından Feshi Hakkında Sözleşme"yi onaylayarak, bu konuda yükümlülük altına girmiş; ancak aradan geçen zaman içerisinde konuya ilişkin uyum yasalarını çıkarmamıştır. Sözleşmenin ülkemizce kabulünden sonraki yıllarda, iş güvencesi konusunda yükümlülükler yerine getirilmemiş ve ülkemiz ILO nezdinde uyarılar almış ve kınanmıştır¹⁴³. Bu gelişmeler karşısında, 57. Koalisyon hükümetinin

¹⁴² Yıldırım Koç, "İş Güvencesi Yasa Tasarıları (1979 – 2001)", **Mülkiye Dergisi**, C. XXV, Sayı: 228, Mayıs – Haziran 2001, s. 2 – 6, <http://www.yildirimkoc.com.tr/usrfile/1325537411a.pdf>, (23.02.2012); AKTUĞ, s. 13 – 16.

¹⁴³ Makal, s. 17; İlker Ağır, **Türk Çalışma Hayatında İş Güvencesi**, Adalet Yayınevi, İstanbul 2006, s. 29. Uluslararası antlaşmaların Türk hukuk sisteminde değeri konusunda 1982 Anayasamızın 90. maddesinin Mayıs 2004 değişiklikle son fıkrası şöyledir, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler yasa gücündedir. 2004 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasalarla çatışması durumunda uluslararası sözleşmelerin esas alınacağı belirterek yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin yasalardan üstün tutulacağını kabul etmektedir (PAZARCI, s. 26); Onaylanmış uluslararası sözleşmeler yasa değerinde olduğu ve devletin bu sözleşme (158 sayılı ILO sözleşmesi) hükümlerini iç hukukuna yansıtması zorunlu olduğu için, sözleşme hükümlerinin iş mevzuatına girmesi ve bu doğrultuda değişiklik yapılması zorunlu hale gelmiştir (Gülhan Özgen, "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin İç Hukuk Düzenlemelerimize Etkisi", **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 2, Nisan 1995, s. 18). 158 sayılı ILO sözleşmesinin ülkemizce

Çalışma Bakanlığı tarafından, çalışma yasalarının uluslararası normlara ve piyasa ihtiyaçlarına uyumlaştırılması amacıyla işçi, işveren ve hükümetin eşit sayıda temsil edildiği, dokuz akademisyenden oluşan bir Bilim Kurulu oluşturulmuştur. Bilim Kurulu tarafından hazırlanan Taslak, 28 Mayıs 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu'na ve 14 Şubat 2002 tarihinde TBMM'ye gönderilmiştir. Tasarı 9 Ağustos 2002'de mecliste ele alınmış ve bu tarihte 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yasalaşmıştır. İş Kanunu Tasarısı çalışmaları henüz tamamlanmamış olduğundan, temeli Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi olan ve kısaca "İş Güvencesi" olarak nitelendirilen yeni yasal düzenleme, 15.03.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir¹⁴⁴.

Bilim Kurulu kendilerine verilen görev çerçevesinde, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerindeki ilkeleri ve ülke koşullarını göz önünde tutarak 1475 sayılı İş kanunu yerine, içinde iş güvencesi hükümlerinin de yer aldığı çağdaş bir iş yasası tasarısı taslağı hazırlamış ve bu yeni düzenleme bir takım değişikliklerle 4857 sayılı İş Kanunu TBMM'de 22.05.2003 tarihinde kabul edilip, 10.06.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹⁴⁵.

A) 1475 Sayılı Kanun Dönemindeki Düzenlemeler

Türkiye'de 1960 ihtilalını izleyen 1961 Anayasası ile yeni bir siyasal dönem açılmıştır. Anayasanın gerekçesinde "*sosyal devlet, fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip aynı zamanda onların insanca yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını da karşılamalarını da kendisine vazife edinen devlettir.*" şeklinde tanımladıktan sonra, "*her sınıf halk tabakaları için refah sağlamayı kendisine vazife edinen zamanımızın devleti, iktisaden zayıf olan kişileri, bilhassa işleri bakımından başkalarına tabi olan işçi ve müstahdemleri her türlü dar gelirlileri ve yoksul kimseleri himaye edecektir.*" görüşüne yer vermiştir¹⁴⁶.

onaylanmasından sonra, Türk hukuk sisteminde buna uygun değişiklik yapılmasının diğer nedeni ise, Türkiye'de artık emek kesimi iş güvencesi hakkının bilincine varmıştır ve bu hakkı yasal olarak talep etme sürecine girmiştir (Kaya, s. 1).

¹⁴⁴ Kaya, s. 1; Ağer, s. 29; Manav, s. 27.

¹⁴⁵ Eyrenci ve diğerleri, s. 153; Çelik, s. 214.

¹⁴⁶ Savaş Taşkent, **İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması)**, Türkiye Belediye İş Sendikası, İstanbul, 1991, (Anılış, Feshe Karşı), s. 102.

1961 Anayasası ile ilk kez benimsenmiş olan sosyal devlet ilkesi çerçevesinde, devlet tarafından sadece çalışanlara değil, toplumdaki işsiz, hasta, sakat, emeklilere de çeşitli sosyal güvenceler sağlanmıştır. 1961 Anayasanın 47. maddesi, sosyal haklarla ilgili kurallara geniş ölçüde yer vermiştir¹⁴⁷.

3008 sayılı İş Kanunu otoriter bir rejimin ürünüydü. Daha özgür ve demokratik bir toplum yaratma amacıyla çalışanlara grev hakkını da içine alan sendikal hakların tanınması, sosyal içerikli yeni hakların tanınması, sivil toplum örgütlerinin kurulmasının önünün açılması gibi birçok etken, yeni bir iş kanunu ihtiyacını doğurmuştur. 1967 tarihinde 931 sayılı İş Kanunu bu amaçla çıkarılmıştır. İkinci İş Kanunu olarak bilinen bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden iptal edildikten sonra ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak üzere 1971 yılında bazı değişikliklerle 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe konulmuştur¹⁴⁸.

İş güvencesi kurumu ilk kez 1475 sayılı İş Kanunu ile yasal düzenlemede yerini almıştır. 1475 sayılı İş Kanunu ile ilk kez, iş sözleşmesinin feshinden önce bir bildirim süresi kabul edilmiş (madde 13), belirli durumlarda hizmet sözleşmesinin askıda kalması sağlanmış (madde 16 /f. III, 17 / f. I ve III, 70), iş sözleşmesinin kötü niyetle feshinin ispatı halinde tazminat hakkı tanınmış (madde 13 /c), iş sözleşmesinin belirli hallerde sona ermesi sonucu 1 yılı dolduran işçilere kıdem tazminatı ödenmesi hükme bağlanmış (madde 14), işçinin bildirimsiz fesih hakkı (madde 16) ve işverenin bildirimsiz fesih hakkı (madde 17) düzenlenmiş, sakat ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu getirilmiş (madde 25), iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine 6 ay süre ile yeni işçi almak yasaklanmıştır (madde 24)¹⁴⁹.

1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinde işverenin geçerli sebep gösterme zorunluluğu aranmamıştır. İşveren işçinin hizmet sözleşmesini, ihbar öneline karşılık gelen ücreti peşin ödemek suretiyle hemen feshedebileceği gibi ihbar önelinde çalıştırmak suretiyle de feshedebilir. 1475 sayılı İş Kanunu, işçinin iş sözleşmesinin feshi ile ilgili serbest bir model benimsemiştir. İşverenin fesih hakkını kötüye kullandığı durumlarda, feshin geçersiz sayılması ve işe iade olanağı yoktu. Bu serbest model, işverenin fesih

¹⁴⁷Ülkü Hatman, “2003 Türkiye’inde Esnekliğin İş Yasası ve Sendikal Harekete Etkileri”, s. 12, arsiv.petrol-is.org.tr/yayinlar/yillik/2003_yillik/17_yasa/, (23.02.2012).

¹⁴⁸ Fevzi Şahlanan, “Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri Ve Temel Kavramları”, **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, (Anılış, Yeni İş Kanunu), s. 26.

¹⁴⁹ Ağer, s. 36.

hakkını kötüye kullandığı durumlarda, tazminat ödemesini öngören hükümlerle sınırlandırılmıştı. Fesih hakkının kötüye kullanıldığını ispatı da işçiye düşmekteydi¹⁵⁰.

1475 sayılı İş Kanununda, 4773 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar, yalnızca Sendikalar Kanununun¹⁵¹ 30. maddesinde düzenlenen işyeri sendika temsilcilerinin işverence feshi bakımından bir güvence vardı¹⁵².

B) 4773 Sayılı Kanun Dönemindeki Düzenlemeler

Birçok Avrupa ülkesinde yasayla düzenlenmiş bir hak olan ve bazı ülkelerde uzun yıllardır uygulanmasına karşı, Türkiye’de değişik nedenlerle yasal düzenlemeye kavuşmamış olan iş güvencesi konusu, 1991 yılında yoğun şekilde kamuoyunun gündemine getirilmiştir. 1992 yılında Mehmet Moğultay’ın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı olduğu dönemde iş güvencesine yönelik taslak hazırlanmıştır. Bu taslak, Bakanlar Kurulu tarafından TBMM’ye sunulmuştur. Tasarıda yapılması düşünülen değişiklikler, 1475 sayılı İş Kanununda yer alan 13, 17, 24 ve 98 inci maddeler ile 2821 sayılı Sendikalar Kanununda yer alan 29, 30, 31 ve 59 uncu maddelerin yeniden düzenlenmesi suretiyle, ülkemizde ilk kez, Batı ülkelerinde uygulanan, ILO’nun 158 sayılı sözleşmesinde öngörülen esaslara uygun iş güvencesini Türk Hukukuna getirmek amaçlanmıştır. Tasarının gerekçesinde de bu açıkça belirtilmiş olup, İş Kanunu hükümlerinin iş güvencesi açısından yetersizliğine dikkat çekilerek, Batı ülkelerinde ve uluslararası belgelerde işçinin feshe karşı korunduğu açıklanmakta ve ayrıca geniş ve sınırsız fesih hakkının Anayasanın çalışmayı herkesin hakkı olarak belirleyen 49 uncu maddesi ile Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “sosyal devlet” ilkesiyle de bağdaşmayacağı şeklinde açıklanmıştır¹⁵³. İşveren kesiminin tepkisi ve katı yaklaşımı nedeniyle tasarı, yasalaşma olanağı bulamamıştır¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Ağer, ss. 36 – 37; Günay, s. 619; Kar, s. 21.

¹⁵¹ 2881 sayılı Sendikalar Kanunu, 07.10.2012 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Yerine 18.10.2012 tarihinde kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu gelmiştir.

¹⁵² Ağer, s. 31; Kar, s. 21.

¹⁵³ Seçkin Mutlu, **İş Güvencesi Açısından Kıdem Tazminatı ve Kıdem Tazminatı Fonu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996, s. 90 vd.; Aktuğ, s. 25. Bu taslak, 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nde işçi lehine getirilenden daha ileri bir düzenleme içeriyordu. 158 sayılı Sözleşmede, yargının işçinin işe iadesine ilişkin kararına

1994 yılında TBMM tarafından onaylanan 158 sayılı ILO sözleşmesi, iş güvencesi yasasının çıkartılması için önemli bir temel oluşturmuştur. Ülkemizce 158 sayılı ILO sözleşmesi kabul edilmesiyle, iç mevzuatın sözleşme hükümleriyle uyumlu hale getirme yükümlülüğü doğmuştur¹⁵⁵. Ayrıca Avrupa Birliği'ne üyelik için yapılan çalışmalar iş güvencesi ile ilgili yasal düzenlemeleri gerekli kılmıştır¹⁵⁶. Bu gelişmeler karşısında, 57. Koalisyon hükümetinin Çalışma Bakanlığı tarafından, çalışma yasalarının uluslararası normlara ve piyasa ihtiyaçlarına uyumlaştırılması amacıyla işçi, işveren ve hükümetin eşit sayıda temsil edildiği, dokuz akademisyenden oluşan bir Bilim Kurulu oluşturulmuştur. Bilim Kurulu tarafından hazırlanan Taslak, 28 Mayıs 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu'na ve 14 Şubat 2002 tarihinde TBMM'ye gönderilmiştir¹⁵⁷.

İşçi kesimi, tasarının, iş güvencesini çağdaş ve demokratik bir toplum olabilmenin asgari şartlarından biri olarak görmüş ve bu tasarının 158 sayılı ILO sözleşmesi hükümlerinden uzak olmasına rağmen ileriye doğru bir adım olacağını kabul ederek olumlu gelişme olarak yorumlamıştır¹⁵⁸.

İşveren kesimi ise, işletmelerin rekabet gücünü arttırmak, işsizliği azaltmak ve artan rekabet karşısında işyerlerinin ayakta kalmasını sağlamak yerine, önemli sorunlara yol açacağını düşündükleri iş güvencesi kanun tasarısını zamansız, yanlış, eksik ve isabetsiz bulmuştur¹⁵⁹.

Tüm bu gelişmeler karşısında, Türkiye'nin AB üyeliği yolunda kabul ettiği önemli belgelerden biri olan "Ulusal Programa" da girmesi üzerine, iş güvencesine ilişkin hükümler getiren ve kamuoyunda "İş Güvencesi Kanunu" olarak bilinen 4773 sayılı "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Basın Mesleğinde Çalışanlar Ve Çalıştıranlar Arasında ki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 9 Ağustos 2002 tarihli meclis oturumunda 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmek

işverenin itirazı durumunda, işçinin işbaşı yapması olanaklı değildir. Hâlbuki bu tasarıda bu konudaki karar yargıya bırakılmıştı (Y. Koç, s. 6).

¹⁵⁴ Y. Koç, s. 6; Ağer, s. 42.

¹⁵⁵ Makal, s.17; Kaya, s. 3; Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", **DEÜHFİD**, Cilt: V, Sayı: 1, , İzmir 2003, s. 2.

¹⁵⁶ Günay, s. 620.

¹⁵⁷ Kaya, s. 1; Eyrenci ve diğerleri, s. 153; Ağer, s. 42; Mollamahmutoğlu, s. 705; Manav, s. 27.

¹⁵⁸ Ağer, s. 43.

¹⁵⁹ **MESS**, "İş Güvencesi Kanun Tasarısı Hakkındaki Gerçekler", İş Güvencesinde Çağdaş Ve Dengeli Çözüm Arayışları, İstanbul 2001, MESS Yayınları, No: 361, s. 2; Ağer, s. 43.

üzere kabul edilmiştir¹⁶⁰. Bazı işletmeler, “iş gücü planlaması” adı altında kanunun yürürlüğe gireceği 15 Mart 2003 tarihinden önce pek çok işçinin iş sözleşmesini sebepsiz yere feshetmiştir. İş güvencesi kavramını sadece işçi çıkarmanın zorlaşacağı şeklinde algılayanlar, bu dönem içinde 10 bini sendikalı olmak üzere 110 bin işçinin işsiz kalmasına sebep olmuşlardır¹⁶¹. 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesi değiştirilmiş ve 13. maddesinden sonra gelmek üzere, 13 / A, B, C, D, E şeklinde hükümler getirilmiştir¹⁶². Bu maddelerle, Türk İş Hukukunda ilk defa iş güvencesi kurumuna yer verilmiştir¹⁶³.

Feshe karşı koruma ayrı bir yasa ile değil, İş Kanununa eklenen maddeler ile düzenlendiği için özel iş yasalarına tabi olanlar ile İş Kanunu’nun uygulama alanı dışında kalanlar için fesih serbestîsi ilkesi geçerli kalmıştır. 4773 sayılı kanuna sonradan eklenen 11. ve 12. maddeler ile feshe karşı korumanın kapsamı iki yönde genişletilmiştir. Birinci değişiklik büyük tarım işçilerinin İş Kanununun kapsamına alınması olmuştur. 4773 sayılı kanunun 11. maddesi¹⁶⁴ ile 50’den fazla işçi çalıştıran tarım işyerleri ve bu işyerlerinde çalışanların iş sözleşmeleri İş Kanununa tabi olmakta ve buralarda çalışan tarım işçileri iş güvencesi hükümlerinden yararlanmıştır. İkinci değişiklik, 4773 sayılı kanuna sonra eklenen 12. maddesi¹⁶⁵ ile 5953 sayılı Basın İş Kanununun 6. maddesine eklenen fıkra ile 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13 / A ve devamı maddeleri kıyas yoluyla uygulanması öngörülmüştür. Böylelikle basın çalışanları da iş güvencesi hükümlerinden faydalanmışlardır¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Ağer, s. 45; Mollamahmutoğlu, s. 705.

¹⁶¹“İş Güvencesi için 110 Bin Kurban” Radikal, 22.04.2003, //www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=72746 (25.02.2012); AĞER, s. 45.

¹⁶² Günay, s. 621; Ağer, s. 39; Mollamahmutoğlu, s. 705.

¹⁶³ Mollamahmutoğlu, s. 705; Çelik, s. 214.

¹⁶⁴Madde 11 - 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendi "50'den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım işlerinin yapıldığı iş yerlerinde" şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁶⁵Madde 12 - 13.6.1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun değişik 6 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

1475 sayılı Kanunun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D, 13/E ile 24 üncü maddeleri hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

¹⁶⁶ Alp, s. 5; 158 sayılı ILO Sözleşmenin 2. maddesi sözleşmenin kapsamını belirlemektedir. “ Bu sözleşme tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanır.” (madde 2 / f. I). Başka bir ifadeyle, işçi statüsünde olan çalışanlar, çalıştıkları ekonomik faaliyet alanı ne olursa olsun bu sözleşmenin getirdiği koruyucu hükümlerden yararlandırılacaklardır (SEVİMLİ, s. 5 - 6; Güzel, ILO, s. 161). İş güvencesine yönelik düzenlemelerin Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için de yapılması gerektiği 158 sayılı ILO sözleşmesinin gereği olduğundan, buna uygun düzenleme yapılmamıştır (Çelik, s. 214).

Belirli süreli iş sözleşmeleri, kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. İş Kanunu madde 13 / A, f. I 'de açıkça, “belirsiz süreli hizmet akdini” fesheden işverenin geçerli bir sebep göstermek zorunda olduğu belirtilmekte, 4773 sayılı Kanun'un gerekçesinde de bu durum belirtilmiştir.

İş güvencesi hükümleri, işveren tarafından işçinin iş sözleşmesi feshedilmesi yani tek taraflı olarak sona erdirilmesi durumunda uygulanır. Sözleşmesinin diğer sona erme hallerinde iş güvencesi hükümleri uygulanmaz. Belirli süreli iş sözleşmeleri kapsam dışı olduğu için, süresi dolan belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından yenilenmemesi durumunda iş güvencesi hükümleri uygulanmaz¹⁶⁷.

4773 sayılı kanun ile yapılan değişikliklerle, Türk iş hukuku sistemi ILO normlarına uygun hale getirilmeye çalışılmıştır.

C) 4857 Sayılı Kanundaki Düzenlemeler

1475 sayılı İş Kanunu döneminin başladığı 1970'li yıllarda dünyada yeni bir teknolojik devrim çalışma hayatını etkilemeye başlamıştır. Bu devrimin simgesi mikro elektronik teknolojisidir. Üretim alanlarının tümüne giren bu teknoloji ile birlikte yeni çalışma biçimleri hızla yaygınlaşmış işin düzenlenmesinde yeni model ve uygulamalar ortaya çıkmıştır. Kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışmalar ödünç iş ilişkileri, iş paylaşım modelleri, belirli süreli iş sözleşmelerinin ve alt işveren uygulamalarının yaygınlaşması bu değişimin bazı örnekleridir¹⁶⁸. Bu gelişmeler sonucu iş hukukunun esnekleştirilmesi talepleri ortaya çıkmış ve öğretilerde tartışmalar başlamıştır. Ekonomik krizler, işsizlik, küreselleşme, rekabet ortamı, bilgisayar teknolojisine işletmelerin uyum sağlayabilmesinin ancak işçilerin yanında işletmelerin de korunması ile mümkün olabileceği, bunun da iş hukukunun esnekleştirilmesi ile gerçekleşebileceği öne sürülmüştür. 13. Dünya İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Kongresinde, esnekleştirmenin sınırlarının açıkça belirlenmesi, esnekleştirilmeye gidilen alanlarda da sözleşmelerle ihlal edilemeyecek, işçileri koruyucu nitelikteki asgari normların saptanması gerektiği kararlaştırılmıştır. Ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu yeni a-tipik çalışma modelleri ülkemizde

¹⁶⁷ Alp, s. 5; Polat Soyer, “ Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi Ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **LEGAL İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, 2005; Akyiğit, s. 249.

¹⁶⁸ Süzek, s. 18; Şahlanan, s. 27.

de ortaya çıkmış ve yargı kararlarına yansiyarak yaygınlaşma eğilimi göstermiştir. 1475 sayılı İş Kanununda bu konulara ilişkin düzenlemeler olmadığından, söz konusu çalışma modelleri (iş sözleşmesi türleri) işçileri koruyucu hükümlerden tamamen yoksun bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır. Yasal boşluklar uygulamada sorunların çözümünü güçleştirmiştir¹⁶⁹.

Türkiye, 1999 yılında Avrupa Birliği üye ülkeleri tarafından aday olarak kabul edilmiştir. Adaylık sürecinde, bir yandan ülkemizin imzaladığı uluslararası sözleşmelerin gereklerini yerine getirme çabası artarken, bir yandan da ulusal mevzuatımızı Avrupa Birliği'nin çalışma yaşamını düzenleyen normlarına uygun hale getirmek zorunluluğu doğmuştur.

Çok uzun bir zamandır Türk çalışma yaşamının gündemini işgal eden çağdaş iş kanunu ihtiyacı, iş güvencesine yönelik hükümler içeren 4773 sayılı Kanunun yasalaşması ve 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile daha da gerekli bir hal almıştır.

Rekabetçi ekonominin 2000'li yıllara damgasını vurduğu herkesçe kabul edilen bir gerçek olmuştur. Bunun karşısında ülkemiz de dünyaya uyum sağlaması gerekmiştir. Katı mevzuat, popülist politikalar, zorunlu istihdam mecburiyeti, işsizlik sigortası ve son olarak da mevcut güvencelerin üzerine getirilen iş güvencesi hükümleri yeni dünya düzeninin gerektirdiği esnekliği sağlayamamış, ülkemizin rekabet etme gücünün gittikçe alt sıralara düşmesi sonucunu doğurmuştur¹⁷⁰.

Bu temel gerekçelerle TBMM'ye sunulan 4857 sayılı İş Kanunu¹⁷¹ tasarısı 10 Haziran 2003 tarihinde yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu genel olarak, 4773 sayılı Kanunla getirilen değişiklikleri içermekle birlikte bazı farklılıklar da göstermektedir. İş güvencesi açısından 4857 sayılı İş Kanunundaki en somut düzenleme, "Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması" başlıklı 18. maddedir. Kanunda süreli fesih işlemi düzenlenirken, 1475 sayılı Kanundaki bildirim süreleri aynen korunmuş ve 18. madde ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi hali için, 158 sayılı ILO sözleşmesinde belirlendiği gibi geçerli sebep

¹⁶⁹ Süzek, s. 20; Şahlanan, s. 27.

¹⁷⁰ İsmet Sipahi, "İş Kanunu Tasarısı'nın Çalışma Hayatına Getireceği Yenilikler Ve Muhtemel Etkileri", **İşveren Dergisi**, Mart 2003, s. 15 – 21, http://tiskweb.com/isveren_yazdir.asp?yazi_id=682&id=41&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=, (28.02.2012).

¹⁷¹ 4857 sayılı İş Kanunu, Kabul Tarihi: 22.05.2003, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 10.06.2003, Sayı: 25134, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4857.html>, (28.02.2012).

bildirme zorunluluğu getirilmiştir. İş sözleşmesinin feshinde nelerin geçerli sebep olabileceği madde gerekçesinde düzenlenerek, feshin ancak işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Bu üç grup fesih nedeninde, objektif unsurların dikkate alınacağı, iş görme borcunun yerine getirilmesini imkânsız hale getiren veya iş ilişkisini ciddi biçimde olumsuz etkileyen olay ve olguların varlığının aranacağı ve işverenin fesih işlemini başvurulacak son çare olarak yorumlaması gerektiği madde gerekçesinde ayrıca belirtilmiştir¹⁷².

18. madde de fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar tek tek ve ayrıntılı biçimde sayılmış, böylece iş kanunları ile güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlüklerin hiç bir zaman fesih için geçerli sebep oluşturmayacağı yoruma yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu, İş Güvencesi Kanunu olarak da bilinen 4773 sayılı Kanun gibi uygulama alanını sınırlı tutmuş, gerek işyeri gerekse işçiler bakımından uygulama alanını daha çok daralmıştır¹⁷³. 4773 sayılı Kanun döneminde iş güvencesi hükümleri, 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri için geçerliydi. 4857 sayılı İş Kanunu ile 30 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri iş güvencesi kapsamına alınmıştır. Söz konusu düzenleme, 30' dan az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçileri, iş sözleşmesinin feshinde haklı ve geçerli sebebe dayanılması hakkında mahrum bırakarak, Anayasanın 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkından gereğince yararlanmalarını engellemekte ve bu hakkı, Anayasaya aykırı biçimde sınırlandırmaktadır¹⁷⁴. Ülkemizde SSK'ya kayıtlı 5.5 milyon işçinin ancak %52'si 30 ve daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde bulunduğu düşünüldüğünde¹⁷⁵. Bu hükmün Anayasadaki ölçülülük ilkesine (madde 13) aykırı olduğu da söylenebilir¹⁷⁶.

4857 sayılı İş Kanununda yer alan iş güvencesi sağlamaya yönelik hükümlerden sadece bir tanesi, iş güvencesinin ruhuna uygun bir değişimi yansıtacak şekilde düzenlenmiştir. 4773 sayılı Kanunda olmayan "işverenin aynı iş kolunda

¹⁷²Bakınız 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesi, [//www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm), (28.02.2012).

¹⁷³ Ağer, s. 53; Aktay ve diğerleri, s. 182; Mollamahmutoğlu, s. 706.

¹⁷⁴ Ağer, s. 53.

¹⁷⁵ Necdet Kenar, "Yeni İş Kanununun İstihdama Muhtemel Etkileri", **Mercek**, Temmuz 2003, s. 74.

¹⁷⁶ Günay, s. 639; Çelik, s. 217.

birden fazla işyerinin bulunması halinde işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.” hükmüdür¹⁷⁷.

D) Anayasadaki Düzenleme

Ulusal kaynakların en başında, tüm kaynakların üstünde Anayasa gelmektedir. Anayasanın bu niteliği, bizzat Anayasada açıklanmıştır. “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı Anayasa madde 11’ e göre “ *Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar anayasaya aykırı olamaz.*”. Anayasanın bu özelliğinden dolayı, İş Hukuku alanında da Anayasa hükümleri doğrudan doğruya uyulması ve uygulanması gerekli ilk sırada yer alan ulusal kaynaktır¹⁷⁸.

1924 Anayasasında klasik kişi hak ve özgürlükleri yer almasına karşın sosyal haklara ilişkin düzenlemeler bulunmamaktaydı. Sosyal hukuk devleri ilkesi ilk kez 1961 Anayasası ile benimsenmiş ve bu anayasanın “İktisadi Ve Sosyal Haklar Ve Ödevler” bölümünde iş hukuku ile ilgili temel esaslar öngörülmüştür¹⁷⁹.

1982 Anayasası ise, İş Hukukuna ilişkin bir kısım hükümler içermektedir ve özellikle Temel Haklar arasında “ Sosyal Ve Ekonomik Haklar” ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

1982 Anayasası’nın 49. maddesinde çalışma hakkı ve ödevi düzenlenmiştir. Madde 49’a göre, “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*”. Çalışma hakkı en üst norm olan Anayasaca tanınmıştır. Çalışma hakkı tanıyan Anayasa madde 49,

¹⁷⁷ Ağır, s. 59.

¹⁷⁸ Narmanlıoğlu, s. 23; Süzek, s. 21.

¹⁷⁹ Süzek, s. 41.

iş güvencesine ilişkin kanun hükümlerinin en önemli anayasal dayanağını oluşturur¹⁸⁰.

Çalışma hakkı, sosyal devlet ilkesi içerisinde, sosyal devleti gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerden olan sosyal haktır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. 2. madde de yer alan sosyal devlet ilkesi, 5. maddede geniş bir şekilde anlatılmıştır. “Devletin Temel Amaç Ve Görevleri” başlıklı madde 5’ e göre, “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*”. Sosyal devlet, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla, sosyal ve ekonomik hayata aktif şekilde müdahalesini meşru ve gerekli kılan bir devlet anlayışı olarak tanımlanabilir¹⁸¹. Sosyal devletin kendisini en geniş ve en etkili biçimde duyurduğu alanların başında çalışma ilişkileri gelir. Çünkü işverenin karşısında ekonomik ve kişisel yönden bağımlı olan işçiyi korumak, bu bağımlılığı azaltarak bunlar arasında sosyal dengeyi kurmak iş hukukunun başlıca amacıdır¹⁸².

Herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler sosyal haklardır. Sosyal hak kapsamında olan çalışma hakkı yanında adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı sayılabilir¹⁸³.

Çalışma ortamını yaratma ödevi, Anayasa tarafından devlete verilmiştir. Devletin yapma biçimindeki bu olumlu görevi “işsizliği önleme” de ifadesini bulmaktadır. Anayasasının 49. maddesinde düzenlenen “çalışma hakkı ve ödevi” nin Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında düzenlendiğini ifade etmiştik.

¹⁸⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 22; Koç, s. 63.

¹⁸¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 30.

¹⁸² Süzek, s. 42.

¹⁸³ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar Ve Türk Anayasa Hukuku**, Güncellenmiş Ve Düzeltilmiş 18. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2012, s. 160.

Dolayısıyla genel olarak Jellinek'in haklar ayrımında “pozitif statü hakları”¹⁸⁴na karşılıktır. Bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânını vermektedir¹⁸⁵.

Çalışma hakkı ne olursa olsun bir işe sahip olmak değildir. Çalışma ortam ve koşulları da bu hakkı tamamlar. İş güvencesi hakkı, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını istemem hakkı, çalışma sürelerinin uygunluğu, çalışan çocuk, kadın veya gençlerin korunması, adil ücret hakkı, dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi birçok hakların sağlandığı ölçüde çalışma hakkından söz edilebilir¹⁸⁶.

İş güvencesi, Anayasasının 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı kapsamında ve onu etkinleştiren bir unsur olarak görülmüştür. Anayasa madde 49'daki çalışma hakkı, kişiye dilediği işe girme hakkı vermez. Ancak kişinin sahip olduğu işi geçerli bir neden olmaksızın kaybetmeme hakkını sağlar¹⁸⁷. İş güvencesini, dayanağını sosyal devlet ilkesinden alan ve Anayasada yer alan çalışma hakkını etkinleştiren sosyal bir hak olarak da tanımlayabiliriz¹⁸⁸. İşverenin fesih

¹⁸⁴ Temel hak ve özgürlüklerin sınıflandırılması konusunda herkes tarafından kabul gören tek bir yöntemin varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu konuda pek çok sınıflandırma modeli ortaya atılmıştır. Yaygın olarak kullanılan modellerden biri de George Jellinek (1851-1911) tarafından geliştirilen “devletin müdahale ve yükümlülük ölçütünü esas alan” modeldir. 1961 ve 1982 anayasalarında da kullanılmış olan bu modelde Jellinek, hakları “negatif statü hakkı”, “pozitif statü hakkı” ve “aktif statü hakkı” olmak üzere üç guruba ayırmaktadır. **Pozitif statü hakları**, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmeti bir yardım isteme imkânı tanıyan haklardır. Çalışma ve iş edinme hakkı, dinlenme hakkı, sağlık ve eğitim hakkı, pozitif statü haklarına örnek verilebilir. **Negatif statü hakları**, devlete, negatif bir tutum, sadece karışmama, “gölge etmeme” ödevi yüklerler. Anayasada bu haklar “kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında toplandığı için bu haklara kısaca “kişisel haklar” da diyebiliriz. Sendika, grev, toplu sözleşme hakkı bu gruba örnek olarak verilebilir. Bu haklar diğer sosyal hakların elde edilmesinde önemli rol aldıkları için önemlidirler. **Aktif statü hakları** ise, kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan haklardır. Bu haklara bu nedenle “katılma hakları” da denir. Aktif statü hakları, Anayasamızın ikinci kısmının dördüncü bölümünde (m.66-74) yer almaktadır. Örneğin, seçme ve seçilme hakkı, siyasî parti kurma hakkı, siyasî faaliyette bulunma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, dilekçe hakkı aktif statü haklarına örnek gösterilebilir (Gözler, s. 230; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, ss. 168 – 169; Recep ARDOĞAN, “İnsan Haklarının İki Tasnifine İlişkin Şerh, İnsan Hakları Araştırmaları”, ss. 12 – 13, <http://www.belgeler.com/blg/2ggm/insan-haklarinin-tasnifi-aktif-statu-negatif-statu-pozitif-statu-haklari-i-ii-iii-kusak-haklar-dayanisma-haklari>, (29.02.2012).

¹⁸⁵ Mustafa Kılıçoğlu, “**Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi**”, Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, (Anılış, İş Güvencesi), s. 1209.

¹⁸⁶ Ö. İbrahim Kabaoğlu, **Özgürlük Hukuku**, B. 6, Afa Yayınları, Ankara 2002, s. 464; Kılıçoğlu, İş Güvencesi, s. 1211.

¹⁸⁷ Fazıl Sağlam, “**Sosyal Devlet İlkesi Ve Duyarsızlaşma**”, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 765; Kılıçoğlu, İş Güvencesi, s. 1211.

¹⁸⁸ Kılıçoğlu, İş Güvencesi, s. 1212.

hakkı, Anayasanın 48. maddesinde¹⁸⁹ yer alan sözleşme hürriyeti ilkesine dayanıyorsa da, aynı maddenin ikinci fıkrasında özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun yürütülmesi yükümlülüğü vardır¹⁹⁰.

Anayasamızın 17. maddesinin I. fıkrasında düzenlenmiş olan herkesin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı; işçi bakımından, öncelikle işinin korunması ile somutlanır¹⁹¹.

Türk toplu iş hukukundaki yasal düzenlemelerin, Anayasamızdaki dayanakları ise, sendika kurma hakkını düzenleyen 51. madde ile toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt hakkını düzenleyen 53. ve 54. maddeleridir. Konumuz açısından 51. maddenin III. fıkrasında yer alan “*sendikalara üye olmak ve üyelikten ayrılmak serbesttir*” hükmü, IV. fıkrasında düzenlenmiş olan “*hiç kimse sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamaz*” hükmü ve VI. fıkrasında yer alan “*bir işyerinde çalışma hakkının işçinin sendikaya üye olması veya olmaması nedeniyle sınırlanamayacağı*” nı öngören kural önem taşımaktadır. Bu hükümler toplu iş hukuku bakımından işçinin feshe karşı korunmasının Anayasal dayanağıdır¹⁹².

1982 Anayasası işçinin feshe karşı korunması bakımından en etkili düzenlemeleri yapmaya elverişlidir¹⁹³.

V. İş Güvencesinin Türleri

A) Dar / Geniş Anlamda İş Güvencesi

Dar anlamda iş güvencesi, işverenin iş sözleşmesini herhangi makul ve yerinde bir neden olmaksızın keyfi biçimde feshetmesini engellemesi ve iş ilişkisinde sürekliliğin sağlanması anlamını taşır. Dar anlamda iş güvencesi, işçinin işverenin

¹⁸⁹ *Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*

Madde 48 - Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

¹⁹⁰ Mehmet Uçum, “Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal Ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması – Sempozyum**, İstanbul 18 – 19 Mayıs 2001, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 179.

¹⁹¹ Uçum, s. 179; Koç, s. 66.

¹⁹² Koç, s. 64; Ağır, s. 31.

¹⁹³ Uçum, s. 180; Koç, s. 66; Ağır, s. 31.

keyfi tutumuyla feshine karşı korunması olduğu için “feshe karşı korunma “ da denilmektedir¹⁹⁴.

İş güvencesi işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmamakta, ancak sınırlandırmakta olup;

İşçinin ancak geçerli bir nedenin varlığı koşuluyla iş sözleşmesinin feshedilmesini,

Geçerli fesih nedeninin mahkeme tarafından denetimini,

Geçerli bir nedene dayanmadan iş sözleşmesi feshedilen işçinin mahkeme kararı ile işe iadesinin sağlanmasını, içermektedir¹⁹⁵.

Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işe girme konusu dâhil iş ilişkisinin özellikle işverence işlem ve uygulamalara karşın varlığını sürdürmesini, bu olmadığında doğuracağı olumsuzlukları belli ölçüde giderimini hedefleyen önlemlere denir. Bir kimsenin işe girme konusunda sahip olduğu garantiyi ve işe girdikten sonra iş koşullarının işverence keyfi biçimde değiştirilmesini önleyecek önlemler ve iş sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshine karşı getirilen güvenceler toplamı genellikle geniş anlamda iş güvencesini anlatmaktadır. Geniş anlamda iş güvencesi işçinin işini yitirmesini güçleştirici tüm önlemleri kapsar¹⁹⁶. Hukuk sistemimizde işe giriş konusunda kimseye kayda değer bir güvence tanınmamıştır. Özürlü ve eski hükümlü / terör mağduru (İş Kanunu m. 30) ile askerlik ve yasal ödev nedeniyle ayrılanların işe alınması (İş Kanunu m. 31) ve işyeri hekimi (İş Kanunu m. 81) ile iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümü (İş Kanunu m. 82) ve sendika yöneticiliği sona erenlerin yeniden işe alınması gibi hükümlerinde ilgili kimselere gerçek anlamda bir işe girme garantisi getirdiğini söylemek zordur. Bunların bir kısmında işveren anılan yükümünü yerine getirmediğinde ilgiliye bir miktar tazminat ödeyerek bu yükümlülükten kurtulmakta (İş Kanunu m. 30 / f. VIII, son) bir kısmında ise, bir tazminat ödeme yükümü dahi bulunmamaktadır¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Akyiğit, s. 52; Centel, İş Güvencesi, s. 13.

¹⁹⁵ Kar, s. 20.

¹⁹⁶ Demir, İş Güvencesi, s. 67; Taşkent, İş Güvencesi, s. 9; Akyiğit, s. 152; Kar, s. 20; Semih Serkant Aktuğ, **İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri Ve Türkiye Değerlendirmesi**, Kamu – İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara 2010, ss. 9 – 10; Centel, İş Güvencesi, s. 12; Güneş, Topal, **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih Ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, ss. 87 – 88; Manav, ss. 9 – 10.

¹⁹⁷ Akyiğit, ss. 152 – 158; Çelik, s. 290 vd.

B) Yasal / Akdi İş Güvencesi

İşverenin fesih hakkını sınırlayarak yaratılacak iş güvencesi, iki yoldan gerçekleşebilir. “kamu müdahalesi” olarak adlandırılan yani devletin doğrudan doğruya yasama yoluyla işverenin fesih hakkına müdahale ettiği yoldur. Bu durumda iş güvencesi yasa çıkarılması yoluyla sağlanmaktadır. Yasal iş güvencesi, işverenin fesih hakkının yasa hükümleriyle sınırlandırılmasını anlatır. Buradaki iş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması olup, kamu müdahalesi yoluyla oraya çıkar ve feshe karşı korumayı öngören ve koruyucu mekanizmaları içeren ayrı ve özel bir yasanın veya yasa hükümlerinin kabul edilmesiyle olur. Feshe karşı koruma hükümleri, ayrı ve özel bir yasa düzenlenebileceği gibi (Örneğin, Almaya, ayrı ve özel bir yasayla feshe karşı korumayı kabul etmiştir.) iş kanununun içinde de (Türk hukuk sisteminde İş Kanununun içerisindeki hükümlerle İş K. m. 18- 22 ve 29) düzenlenebilir¹⁹⁸.

Diğer yol ise, “hak alma” mekanizmalarınca oluşturulacak feshe karşı korumadır. Bu yolda, iş güvencesi sosyal yanların yapacağı toplu iş sözleşmesinde yer verilecek feshi sınırlayıcı hükümlerle ortaya çıkmaktadır. İş güvencesi hükümlerinin, yasa yerine sosyal tarafların (işçi sendikalarının işveren ya da işveren sendikasıyla) yaptıkları toplu iş sözleşmesinden yani sözleşmeden kaynaklanıyorsa, buna **akdi iş güvencesi** denir¹⁹⁹.

Yasal iş güvencesinin yokluğunda, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine karşı işçiyi korumak düşüncesiyle, akdi sınırlamaların getirilebileceği düşüncesi vardı. Feshi ihbar hakkının sözleşmeyle sınırlanabileceği düşüncesi, geçmişte iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemenin yokluğunda, Türk iş hukuku öğretisinde benimsenmiş esastı²⁰⁰.

Taraflar, sözleşmeyle belli bir süre boyunca, iş sözleşmesinin feshi ihbar (sürelî fesih) yoluyla feshedilemeyeceğini kararlaştırabilirler²⁰¹. İş sözleşmesinin feshi ihbar (sürelî fesih) yoluyla sona erdirilmesinde neden gösterilmesi ve bunun da ekonomik, sosyal ya da işletmesel gereklere dayanması esasının, sözleşmeyle kabul

¹⁹⁸ Centel, İş Güvencesi, s. 13 – 14.

¹⁹⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 14.

²⁰⁰ Kaplan, s. 75 vd.; Taşkent, İş Güvencesi, s. 95; Süzek, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s. 1 vd; Centel, s. 14.

²⁰¹ Kaplan, s. 75.

edilmesine de olanak tanınmıştır²⁰². İş sözleşmesinin feshinde, toplu iş sözleşmesinde öngörülen ve tarafların temsilcilerinden oluşan bir disiplin kurullarının oluşturulmasını ve feshin disiplin kurulunun kararının varlığına bağlı da tutulabilir²⁰³. Yasal feshi ihbar süreleri yüksek tutularak işverenin süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini sona erdirmesini güçleştirici akdi düzenlemelere ilişkin esaslar yer almıştır²⁰⁴.

Bu tür akdi sınırlamalar, gerçek anlamda iş güvencesi değildirler. Bunlar işçinin feshe karşı korunması için getirilmiş akdi sınırlamalardır. Günümüzde iş güvencesine ilişkin yasa hükümleri kabul edildikten sonra artık bu tür sözleşme hükümlerine başvurma gereği kalmamıştır. Yargıtay' da iş güvencesi hükümlerinin geçerli olduğu durumlarda, artık toplu iş sözleşmelerindeki bu tür güvence hükümlerinin, uygulama alanı bulmayacağını belirtmiştir²⁰⁵. İş Kanununun 21. maddesinin son fıkrası²⁰⁶nın mutlak emrediciliği sözleşmeyle bu fıkradaki yaptırımın işçi lehine genişletilmesine olanak tanımaz. Toplu iş sözleşmeleriyle veya iş sözleşmeleriyle iş güvencesinin kapsamında bulunan işçilerin sözleşmelerinin geçersiz veya haksız feshi halinde örneğin sekiz aylık ücret tutarının üzerinde iş güvencesi tazminatının veya dört ayın üzerinde bir ücretin ödeneceği kararlaştırılmaz. Bu durumda anılan yaptırımlardan ayrı olarak bir cezai şart ödeneceği kararlaştırılmaz²⁰⁷.

Günümüzde akdi iş güvencesinin gerçek anlamda ve esas olarak, yasaya göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı bulunmayan işçilere de uygulanmasının, toplu iş sözleşmesi hükmüyle kabul edilmesidir. İş güvencesi hükümlerinin uygulama alanı içinde olmayanlar bakımından, cezai şart niteliğindeki

²⁰² Centel, İş Güvencesi, s. 14.

²⁰³ Süzek, s. 540.

²⁰⁴ Feshi ihbar sürelerinin sözleşmelerle arttırılması ile ilgili bkz. Hakkı, s. 77 vd.; Emine Tuncay Kaplan, "Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Arttırılmasında Üst Sınır Sorunu", SİCİL III, Mart 2009 (9), s.1 vd. (Anılış, Bildirim Süreleri); Nuri Çelik, "Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde Ve Fesih Bildirim Sürelerinin Arttırılmasında Karşılaşılan Sorunlar", **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2011 / 4 (31), s. 11 vd. (Anılış, Süreler), <http://calismatoplum.org/sayi31/celik.pdf>, (03.03.2012).

²⁰⁵ Y. 9. HD., 27.06.2006, E. 13504, K. 18949 ((Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, ss. 93 – 94.): " Dosya içeriğine göre, davacı 4857 sayılı yasa ile getirilen iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS hükmündeki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından önemi kalmamıştır."

²⁰⁶ *Madde 21 / son fıkra - Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.*

²⁰⁷ Süzek, s. 544.

toplu iş sözleşmesi hükmü, aşırı bulunduğu takdirde hâkim tarafından kendiliğinden indirilecektir²⁰⁸.

VI. İş Güvencesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği

A) İş Güvencesi Hükümlerinin Buyuruculuğu

İş güvencesi hükümleri, hukuken emredici niteliktedir. Temel nedeni ise, iş güvencesi hükümlerinin, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi karşısında, işçiyi korumasıdır²⁰⁹.

Hukuken emredicilik, mutlak emredicilik ve nispi emredicilik olmak üzere ikiye ayrılır. İş güvencesi düzenlemeleri aksi, sözleşmeyle kararlaştırılmadığı takdirde mutlak emredicilik; işçi yararına olmak kaydıyla kararlaştırılabildiği takdirde nispi emredicilikten söz edilir.

1. Mutlak Emredici İş Güvencesi Hükümleri

Geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen İş Kanununun 21. maddesinin son fıkrasında, “ *Bu maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.* ” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme, İş Kanunu madde 21 / f. I, II, ve III’deki konuların mutlak emredici özellikte düzenlendiğini ve tarafların bunların aksini sözleşmeyle kararlaştırma yetkisine sahip bulunmadıklarını ifade etmektedir.

İş güvencesi hükümleri içinde İş Kanunu madde 18, 19 ve 20’ de ise, mutlak anlatımı içeren düzenlemeler yoktur. Yasa koyucunun, mutlak emredici iş güvencesi düzenlemeleri bizzat göstermiş olması karşısında, mutlak emredici iş güvencesi düzenlemeleri İş Kanunu madde 21 / f. I, II, ve III ile sınırlanmış biçimde ele alınmaktadır²¹⁰.

Yargıtayın 2006 tarihli kararına²¹¹ göre:

²⁰⁸ Süzek, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, ss. 87 – 89; Süzek, s. 545.

²⁰⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 23.

²¹⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 24.

²¹¹ Y. 9. HD., 17.04.2006, E. 6103, K. 9953, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (05.03.2012).

“Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 04.06.2004 tarihinde davalı işverence feshedildiği sabittir. Bu tarihten sonraki tarihleri kapsayan ve davacının kendi isteği ile iş sözleşmesinin feshini istediği ve tarafların anlaştığı şeklindeki dilekçe ve sulh anlaşması, işverenin bu fesih işlemine geçerlilik kazandırmaz. Bir başka anlatımla iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshi geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şeklide reddi hatalı bulunmuştur.”.

2. Nispi Emredici İş Güvencesi Hükümleri

Nispi emredici iş güvencesi hükümlerinin varlığı, otuz işçiden daha az sayıdaki işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışan işçinin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp feshin geçersizliğinin tespiti davası açabileceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünün hukuken geçerli olacağı, Yargıtay tarafından kabul edilmesiyle²¹², fark edilmiştir. Öğreti tarafından da desteklenmiştir²¹³.

İş Kanunu madde 21 / son fıkraya hükmünün mutlak emredici iş güvencesi hükümlerini sayma yoluna gitmesi karşısında, karşıt kavram kanıtından hareket edilerek, söz konusu hükümlerin dışındaki iş güvencesi düzenlemelerinin nispi emredici özellikte oldukları kabul edilmektedir²¹⁴.

B) İş Güvencesi Hükümlerinden Feragat Edilmezlik

İş güvencesi hükümleri, kamu düzenine yönelik düzenlemelerdir. Bu nedenle iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından sözleşmeyle feragat etmek, hukuken söz konusu değildir. İşçi ile işveren, aralarında yaptıkları iş sözleşmesinde bir hüküm koymak suretiyle, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını kararlaştıramazlar. Böyle bir sözleşme hükmü, hukuken geçersiz olacak ve işçi bakımından herhangi bir hüküm ifade etmeyecektir²¹⁵.

²¹² Y. 9. HD., 26.05.2005, E. 12317, K. 19404 (Legal İHSGHD III, 11, 2006, ss. 902 – 903).

²¹³ Soyer, s. 43; Akyiğit, s. 213; Kar, ss. 95 – 96; Gaye Burcu Yıldız, “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmamasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği”, Legal İHSGHD III, 2006 / 11, s. 907.

²¹⁴ Yıldız, s. 907.

²¹⁵ Centel, İş Güvencesi, s. 25.

İş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından işçinin feragat edememesi, iş sözleşmesinin kurulmasından feshe itiraz süresinin bitmesine kadarki süreç için geçerlidir. Taraflar, feragat hükmünü ister iş sözleşmesinin kurulması sırasında ve isterse işverenin feshi ihbar etmesinden sonraki bir aylık süre (İş K. madde 20 / f. I) içinde kararlaştırmış olsunlar, itiraz süresi dolana kadar ortaya çıkacak bu yoldaki anlaşmalar hukuken herhangi bir hüküm ifade etmezler²¹⁶.

Sözleşme özgürlüğü kapsamında iş sözleşmesi tarafları karşılıklı anlaşarak her zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler. Bu sona erdirmeye anlaşması, uygulamada ve yargı kararlarında ikale sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin ikale sözleşmesi imzalanarak tarafların karşılıklı anlaşmaları ile sona erdiği durumlarda, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına olanak bulunmamaktadır. İ kale sözleşmelerinin yaygınlaşmasının başlıca nedeni budur. İş hukuku açısından, iş sözleşmesi taraflarının ortak iradeleri ile bu sözleşmeyi sona erdirmek üzere anlaşarak yaptıkları sözleşme ikale sözleşmesidir. Feshin geçersizliği ve işe iade talepleriyle açılan davaların önemli sayılara ulaşması ve sonuçlanmalarının uzun zaman alması, feshin son çare olması, ölçülülük ilkesi, savunma, ihtar gibi faktörlerin fesihten önce yapılmış olmasının aranması, işverenleri güç durumlara düşürmektedir²¹⁷. İş sözleşmesinin ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesi, iş güvencesi ile ilgili düzenlemeleri veya iş sözleşmesinin feshine ilişkin düzenlemeleri etkisiz bırakmak amacıyla kullanılabilir²¹⁸. Geçerli olarak yapılan bir ikale sözleşmesi, iş güvencesi ile ilgili bütün yükümlülükleri ve bunlara bağlı yaptırımları ortadan kaldıracaktır²¹⁹.

Ş2. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

Çağdaş iş hukuku, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde ne tam bir serbesti anlayışını ne de işçiye çalıştığı iş üzerinde mülkiyet hakkı tanıyan bir

²¹⁶ Centel, İş Güvencesi, s. 25. Yargıtay, feshin geçersizliğini tespiti davasını açma süresi içinde yapılacak feragatin, hukuken geçerli olmayacağını kabul ettiğine dair bkz. Y. 9. HD., 10.07.2006, E. 16045, K. 20332 (**Legal İHSGHD III**, 12 (2006), s. 1459; Y. 9. HD., 17.04.2006, E. 6103, K. 9953 (**Legal İHSGHD III**, 11(2006), s. 997).

²¹⁷ Hasan Nüvit Gerek, "İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi İle Sona Erdirilmesi", **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2011, ss. 44, 45, 53.

²¹⁸ Müjdat Şakar, "İş Hukukunun Yeni meselesi: Bozma (İ kale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu", **Yaklaşım Dergisi**, Aralık 2009, ss. 1 – 3.

²¹⁹ Gerek, ss. 53, 54.

koruma sistemi benimser²²⁰. Böyle bir düzenin temelinde yatan düşünce ise, bir yandan işveren tarafında yapılan fesihlerde keyfiliği önlemek²²¹, diğer yandan da işletmenin varlığını koruyabilmektir²²². İşçinin işini korumasının taşıdığı öneme karşılık işletme gerekleri de göz önünde tutulmalıdır. İşçilerin anayasal çalışma hakkı (Anayasa m. 49) ile işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü (Anayasa m. 48) ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengelenmelidir²²³.

İş sözleşmesinin sona ermesinin doğuracağı hukuki sonuçlardan biri de iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. İş güvencesinden yararlanma her işçi için söz konusu değildir. İş güvencesi hükümlerinden yararlanma, İş Kanunu madde 18 hükmünde gösterilmiş olan koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.

İş Kanununun “Feshin geçerli sebebe dayandırılması” başlığını taşıyan 18. Maddesine göre,

“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.

Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır.

Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz:

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

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

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

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

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

²²⁰ Soyer, s. 27.

²²¹ Eyrenci ve diğerleri, s. 150; Soyer, s. 27; Aktay ve diğerleri, s. 180.

²²² Süzek, s. 431.

²²³ Süzek, ss. 431 – 432.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.

İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”.

18. madde iş güvencesine ilişkin hükümlerin kapsamını belirlemektedir. İşçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için şu koşullar aranmaktadır;

a) İşçi, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışıyor olmalıdır;

b) İşçinin işyerindeki kıdemi en az altı ay olmalıdır;

c) Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi olmalıdır;

d) İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş olmalıdır;

e) İşçi işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı niteliğinde bir eleman olmamalıdır;

f) İşçi, işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili niteliğinde bir eleman olmamalıdır.

I. İşçinin İş Kanunu Veya Basın İş Kanunu Anlamında İşçi Olması

Türk iş hukukunda, iş güvencesi tüm işçilere sağlanmış değildir. İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için öncelikle işçinin İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesiyle çalışan işçi olması gerekmektedir. İş Kanunu kapsamı dışında kalan kamu görevlisi veya sözleşmeli personel, çırak veya iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte İş Kanunu madde 4 hükmü ile kapsam dışı tutulan deniz, tarım ve taşıma işlerinde çalışanlar söz konusu koruma kapsamına alınmamışlardır. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre çalışan özel güvenlik görevlileri ile iş sözleşmesi ile çalıştıkları için iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler²²⁴. İş

²²⁴ Kar, ss. 356 – 45; Centel, İş Güvencesi, ss. 28 – 29; Manav, ss. 47 – 48.

sözleşmesine dayanarak çalışan vakıf üniversitesindeki öğretim elemanı, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir²²⁵.

İş Kanunu madde 116 hükmü ile Basın İş Kanunu madde 6 ‘ya eklenen bir fıkra uyarınca, basın mesleğinde çalışanlara da İş Kanununun madde 18, 19, 20, 21 ve 29 kıyasen uygulanır²²⁶. 5953 sayılı Basın İş Kanununun 1. maddesinde hem kanunun kapsamı belirtilmiş hem de gazetecinin tanımı yapılmıştır. Basın İş Kanununun 1. maddesinin I. fıkrasına göre, “ *Bu kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki “işçi” tanımı dışında kalan kişilerle bunların işverenleri hakkında uygulanır.*” II. fıkraya göre, “ *Bu kanunun şümülüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir.*” hükmü yer almaktadır. Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için, kanunda belirtilen işyerlerinde çalışmak, bu yerlerde fikir ve sanat işi yapmak ve iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmak gerekmektedir.

Deniz İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışanlar bakımında, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma söz konusu değildir²²⁷.

4857 sayılı İş Kanunu, 4773 sayılı Kanunla değişik 1475 sayılı İş Kanunu gibi elliden az işçi çalıştıran (50 dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı dışında bıraktığından (madde 4 / b), 51 ve daha fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ve işletmelerinde İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri uygulanır.

İşyeri sendika temsilcileri, Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 24. maddesi ile güvence sağlanmıştır. Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

²²⁵ Y. 9. HD., 23.01.2012, E. 2009 / 35757, K. 1051 (**Legal İHSGHD IX**, 34 (2012), s. 286.

²²⁶ Madde 6 / son fıkra – “ *İş Kanununun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.*”. gazetecilerin de iş güvencesi kapsamına alınması yerinde bir düzenlemedir. Fakat İş Kanunundaki iş güvencesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasını öngörmek, yasa yapma tekniği açısından uygun değildir. Basın İş Kanununda değişiklik yapılarak bu konuda düzenleme yapılması daha yerinde olurdu (Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukukuna Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, 2004 İstanbul Barosu Yayını, Eylül 2004, (Anılış, Yasal Esaslar), s. 21; Soyer, s. 29.

²²⁷ 4773 sayılı Kanun Taslağını hazırlayan Bilim Komisyonunca ifade edilen ve Kanunun “Genel Gereğesi” ne aynen aktarılan, iş güvencesine yönelik düzenlemelerin İş Kanunu paralelinde Deniz İş Kanunu ile Borçlar Kanunu kapsamında ki işçiler için de yapılmasının 158 sayılı ILO Sözleşmesinin gereği olduğu düşüncesine uygun bir kanunlaşmaya henüz gidilememiştir. İş güvencesine yönelik düzenlemelerin İş Kanunu paralelinde Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanununda da yapılması 158 sayılı ILO Sözleşmesinin bir gereğidir. Aksi takdirde iç hukukumuzun tam anlamıyla 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygunluğundan söz edilemez (Güzel, Yasal Esaslar, ss. 21 – 22; Soyer, s. 29; Çelik, s. 214).

madde 24'ün anlatımı pek başarılı olmasa da, iş güvencesi hükümlerinin işyeri sendika temsilcilerine uygulanması konusunda, herhangi bir ayırım yapılmamış ve mutlak nitelikte bir güvence öngörülmüştür. İşyeri sendika temsilcisi, Deniz İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulandığı bir işyerinde çalışıyor olsa dahi, iş güvencesinden yararlanabilmektedirler. İşçide sadece işyeri sendika temsilciliği sıfatının bulunması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdemine varlığına bakılmaz²²⁸.

Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.12.2012 tarihli kararına göre, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyelerinin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin davalar idari yargıda görülecektir. Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararı, Sayı: 28557, 12.02.2013 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır²²⁹.

²²⁸ Kar, s. 47; Centel, İş Güvencesi, s. 29. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 21.07.2008, E. 25552, K. 20932 (Kar, ss. 47 – 48).

²²⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'ndan: Esas No: 2012 / 223, Karar No: 2012 / 282, Karar Tarihi: 24.12.2012: "Vakıf Yüksek Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin "Öğretim elemanları" başlıklı 23. maddesinde ise, "Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir. Vakıf meslek yüksekokullarında özellikle uygulamalı derslerde görevlendirilecek öğretim elemanlarının atanmasında çalışma deneyimine sahip olması gözetilir. Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır." kuralı yer almıştır. Davalı Yaşar Üniversitesi de anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde 2809 sayılı "Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu"nun Ek 52.maddesi ile vakıf yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlere tabi olmak üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuştur. İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir. Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan "Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır.

Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, sözleşmesinin feshine ilişkin işlemin de 2577 sayılı Kanunun 2'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte birer idari işlem

II. Otuz Veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılan İşyerinde Çalışma

İş Kanununun 18. maddesine göre, iş güvencesi hükümleri, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler hakkında uygulanabilecektir. Bu koşul, iş güvencesine ilişkin düzenlemenin en çok tartışılan koşuludur.

Bilim kurulu taslağında ve 4773 sayılı kanunda iş güvencesinin kapsamının belirlenmesinde 10 işçi ölçütü esas alınmışken, 4857 sayılı İş Kanunu ile 30 işçi ölçütü benimsenmiştir²³⁰. 4857 sayılı Kanun, iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak işyerlerini otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri olarak belirleyerek, güvenceden yararlanacak işçilerin kapsamında önemli bir daralmaya yol açmıştır²³¹. Otuz işçi sayısı ölçütü, Anayasaya aykırı olduğu düşüncesiyle iptal isteminde bulunulmuştur. İptal istemi gerekçesi özetle; “İş Kanununun 18. maddesindeki işçi sayısına ilişkin kuralın, iş güvencesinin eşitlik temelinde yaygın olarak uygulanmamasının çalışma ilişkilerinin bütününe etkileyeceği ve çalışma barışını bozacağı, Devletimizin taraf olduğu 158 sayılı ILO Sözleşmesi’ndeki iş güvencesi hükümlerine uygun olmadığı, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu, Anayasanın 49. maddesindeki çalışma hakkını sınırlandırdığı için Anayasaya aykırı olduğu, aykırı olduğu öne sürülmüştür.”²³². İptal istemi reddedilmiştir ve red gerekçesi özetle; “İş güvencesi ile ilgili düzenlemeler her ülkenin kendi iş hayatı koşulları göz önüne alınarak getirildiği, iş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı düşüncesinin esas alındığı, iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amacı gözetildiği, ILO’ nun 158 sayılı

niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, Anayasayla bu denetim için oluşturulan idari yargının görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın başvurusunun reddi gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın BAŞVURUSUNUN REDDİNE, 24.12.2012 gününde OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.”, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130212M1-1.htm>, (12.08.2013).

²³⁰ Eyrenci ve diğerleri, s. 154; Süzek, s. 37; Aktay ve diğerleri, s. 182; Çelik, s. 216.– 28). Buna karşılık, on işçiye dayalı 4773 sayılı Kanundaki ölçüt, ekonomik gücü az olan küçük işletmelerin iş güvencesinin getirdiği yükü, pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesine dayanır (Soyer, s. 38; Süzek, s. 437; Çelik, s. 216).

²³¹ Eyrenci ve diğerleri, s. 154; Süzek, s. 437; Aktay ve diğerleri, s. 182; Mollamahmutoğlu, s. 709.

²³² Nuri Çelik, “İş Güvencesi Kapsamı İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 12, 2007 / 2, (Anılış, Otuz İşçi), s. 2, <http://www.iticu.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00184.pdf>, (06.03.2012).

Sözleşmesinde de işletmenin büyüklüğü ve niteliği bakımından bazı işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir. İptali istenen kural, hak ve yükümlülükler bakımından anayasanın 13. maddesindeki ölçülere uygun bir denge oluşturmakta ve Anayasanın 2, 5, 13 ve 49. maddelerine aykırı bulunmamaktadır. Ayrıca, bu kuralın Anayasanın 10 ve 11. maddeleriyle ilgisi yoktur²³³ şeklindedir. Anayasa mahkemesinin bu kararı eleştirilere sebep olmuştur²³⁴.

Kanaatimizce, kanundaki otuz işçi ölçütü, rakamsal olarak yüksek bir sınırdır ve ülkemizdeki işyerleri büyüklüğü ve kapasitesi düşünüldüğünde, iş güvencesinden yararlanabilecek işyerlerinin, otuz işçi çalıştıran işyerleri olması, ülkemizin iş hayatı koşullarına pek de uymayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. 4773 sayılı Kanun döneminde on işçi ölçütüne dahi eleştiriler yapılırken, otuz işçi sayısı ölçütünün sert bir şekilde eleştirilmesi doğaldır. Otuz işçi ölçütü, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını daraltmaktadır.

İşçi sayısının belirlenmesi ile ilgili olarak 4773 sayılı Kanunda sadece işyeri işçi sayısı esas alınmışken, 4857 sayılı İş Kanunda ise, “*İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir (madde 18 /IV).*” hükmü yer almaktadır²³⁵. Otuz işçi sayısının belirlenmesinde işverenin aynı işkolundaki işyerlerinin dikkate alınması yeterlidir²³⁶. İşyeri kavramı, İş Kanunu madde 2 / f. III uyarınca, “*İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş*

²³³ Çelik, Otuz İşçi, s. 2.

²³⁴ Eleştiriler için bkz. Çelik, Otuz İşçi, s.4; Fazıl Sağlam, “**Sosyal Devlet İlkesi Ve Duyarsızlaşma**”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 766; Çelik, s. 217; Mustafa Kılıçoğlu, “**Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi**”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, (Anılış, İş Güvencesi), s. 1212.

²³⁵ Bu düzenleme ile işverenlerin iş güvencesine ilişkin hükümlerden kaçmak için işyerlerini bölme yoluna başvurarak kanunu dolanma olanakları kaldırılmıştır (Günay, s. 641; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 160; Centel, İş Güvencesi, s. 41).

²³⁶ Kanun, işyerlerin aynı il sınırları içerisine olması koşulunu aramamış, aynı işkolunda bulunmalarını gerekli görmüştür (Süzek, s. 438).Y. 9. HD., 11.12.2003, E. 19269, K. 20526 (Akyiğit, s. 214): “İl milli eğitim müdürlüğüne bağlı olarak o ilde faaliyet gösteren ilköğretim okulunda çalışan bir işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda, İl Milli Eğitim Müdürlüğüne bağlı olarak o ilde faaliyet gösteren tüm ilköğretim okullarının birlikte ele alınıp 30 işçi sayısının bunlardaki toplam işçi sayısına göre sağlanıp saptanmadığı belirlenmelidir.”; Y. 9. HD., 20.03.2006, E. 3816, K. 7013 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 161): “ Belediye tarafından verilen hizmetler, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 60. maddesi uyarınca 28 No’lu Genel İş koluna girdiğinden işçi sayısının belediyeye ait tüm işyerlerinde çalışan işçi sayısının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.”

organizasyonu kapsamında bir bütündür.” hükmü göz önünde tutularak belirlenmelidir.

Uygulamada “holding”, veya “şirketler topluluğu” adı altında faaliyet gösterip ortak yönetime tabi bulunan şirket işyerleri bakımından Yargıtay “birlikte istihdam” deyimini esas alarak, işyeri çalışan işçi sayısının, birlikte istihdamın varlığına veya yokluğuna göre hesaplanması esasını benimsemektedir²³⁷.

Yurt dışında faaliyet gösteren yabancı işverenin ülke içinde de işyerinin bulunması durumunda, otuz işçi sayısının hesabı konusunda, Yargıtayın 2006²³⁸ ve 2007²³⁹ yıllarında iki önemli kararı vardır. İlk kararda, merkezi Almanya’da olan bir firmanın Türkiye’deki irtibat bürosunda çalışan ve sayıları 30’un altında bulunan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları sorunu değerlendirilmiştir. İkinci kararda, merkezi yine yurt dışında bulunan bir şirketin Türkiye’deki şubesinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanmalarına ilişkin olarak verilmiştir. Her iki uyuşmazlıkta da, Yargıtay işverenin yurt dışında aynı işkolundaki tüm işyerlerinde çalışan işçileri dikkate alarak, işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğunu kabul etmiştir. Yargıtaya göre, “Kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamıştır ve işçi lehine hareket edilmelidir ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir²⁴⁰”. Yargıtayın bu kararına benimseyenler, işçinin korunması, işçi lehine

²³⁷ Y. 9. HD., 27.06.2006, E. 1163, K. 4714 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 161 – 161): “ Dava dışı ve davacının çalıştırıldığı grup şirketi ile aynı adreste davalı dahil 4 şirketin bulunduğu ve 4 şirketinde aynı işkolu olan mali müşavirlik hizmeti verdikleri , şirketlerin bir kısım ortaklarının aynı olduğu anlaşılmaktadır. Belirtilen olgulara göre, işyerinde “birlikte istihdam” olgusunun olduğu ve davalılar arasında adi ortaklık bulunduğu izlenimi doğmaktadır. 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, tüm grup şirketindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir.”Y. 9. HD., 31.03.2008, E. 2007 / 29950, K. 7008, <http://legalbank.net/mahkeme-kararlari/yargitay-9-hukuk-dairesi-kararlari>, (18.03.2012): “ Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir.”Yargıtay bu kararında tüzel kişiliğin aynı olmasının yanında birlikte istihdamın bulunup bulunmadığını da aramaktadır (Centel, İş Güvencesi, s. 43). Y. 9. HD., 21.03.2006, E. 4637, K. 7154, <http://legalbank.net/mahkeme-kararlari/yargitay-9-hukuk-dairesi-kararlari>, (18.03.2012).

²³⁸ Y. 9. HD., 03.07.2006, E. 9818, K. 19560 (Kar, ss. 99 – 100).

²³⁹ Y. 9. HD., 12.02.2007, E. 32297, K. 3272 (Kar, ss. 100 - 101).

²⁴⁰ Kar, ss. 99 – 101; Mollamahmutoğlu, ss. 710 – 711; Savaş Taşkent, “**Otuz İşçi Ölçütü Ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu**”, Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, (Anılış, Otuz İşçi Ölçütü), s. 716.

yorum ilkesi ve İş Kanunu madde 18'in milletlerarası özel hukuk ilkeleri çerçevesinde doğrudan uygulanabilir bir kural olduğu gerekçeleriyle savunurlarken²⁴¹; Yargıtayın kararını eleştirenler ise, mülklik (ülkesellik) ilkesi uyarınca, yasaların kural olarak onları çıkaran devletin uygulanacağını öne sürmüşler ve ayrıca Türkiye'de irtibat bürosu olan şirketin yapısının incelenmesi, yurt dışında ve Türkiye'de ayrı ayrı işçi çalıştırma amacının tespit edilmesi, bu amaç 30 işçi sınırını bertaraf ederek Türkiye'de çalışan işçileri iş güvencesinden mahrum etme amacı taşıyorsa ne olursa olsun Türkiye'deki irtibat bürosunda çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlandırılması düşüncesindedirler²⁴².

Kanaatimizce, 30 işçi sayısının tespitinde yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçilerin sayısı dikkate alınmamalıdır. Kanunların mülkiliği ilkesi, yurt dışında çalışan işçilerin, İş Kanunu madde 18 / f. IV kapsamında otuz işçi ölçütünde hesaba katılmaması gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu madde 18 / f. IV' de işverenin aynı işkolunda yurtdışındaki işyerlerinde çalışan işçilerinde otuz işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılacağına dair herhangi açık bir düzenleme yoktur. Kanun koyucunun amacı bu olsaydı, bu konuyu açıkça düzenlerdi kanaatindeyiz. Ayrıca İş kanunu madde 18 / f. IV 'deki "işverenin aynı işkolunda" ifadesindeki işkolunun belirlenmesinde, Türkiye ile farklı ülkelerdeki işkollarının belirlenmesinde, sınıflandırılmasında farklılıklar görülebilir ve bu konuda sorunlar yaşanabilir.

4857 sayılı İş Kanunu, 4773 sayılı Kanunla değişik 1475 sayılı İş Kanunu gibi elliden az işçi çalıştıran (elli dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı dışında bıraktığından (madde 4 / b) otuz veya daha fazla işçi çalıştırmakla birlikte elli ve daha az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeler iş güvencesi kapsamı dışında kalacak; bu durumda iş güvencesi hükümlerinin uygulanması da elliden fazla işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerle sınırlı olacaktır²⁴³.

²⁴¹ Musa Aygül ve Fatih Uşan, "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?", **Legal YKİ Dergisi**, Sayı: 3, Mart 2007, ss. 75 vd.; Kar, s. 147.

²⁴² Serkan Odaman, "Yurt Dışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi", **SİCİL**, Sayı: 6, Haziran 2007, ss. 85 vd.; Aziz Can Tuncay, "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", **SİCİL**, Sayı: 6, Haziran 2007, ss. 77 vd.; Taşkent, Otuz İşçi Ölçütü, ss. 719 vd.; Manav, s. 49.

²⁴³ Süzek, s. 439; Mollamahmutoğlu, s. 712; Çelik, s. 216.

İş güvencesinin uygulanması bakımından işyerindeki otuz veya daha fazla işçinin niteliği konusunda Kanun bir hüküm içermediğinden daimi veya geçici; kısmi veya tam süreli; belirli veya belirsiz süreli; mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar²⁴⁴; hastalık, izin gibi nedenlerle iş sözleşmesi askıda olanlar da dikkate alınır²⁴⁵. İş Kanunu kapsamı dışında yer alan çırak ve stajyerle ile süreksiz işte çalışanlar (madde 10), alt işverenin işçileri ve geçici iş ilişkisine göre geçici işveren yanında çalışan işçiler otuz işçi sayısının hesaplanmasında dikkate alınmazlar²⁴⁶. İş güvencesi hükümlerinden kaçma amacıyla işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak alt işverenin işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi ayısına dâhil edilmesi gerekir. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar²⁴⁷. İş Kanununun 2. maddesinin III. fıkrasında iş organizasyonu kavramına yer verildiğinden, bir yer iş organizasyonu içinde yer alıyorsa o yer işyerinde sayılmaktadır. İşverenin iş organizasyonuna dâhil olan çalışmaların yapıldığı evler de işyerinden sayılacak ve İş Kanununun 1. maddesinin II. fıkrası²⁴⁸ uyarınca adı geçen kanun hükümleri uygulanacaktır. Evde çalışma ve tele çalışmada iş sözleşmesinin varlığı kabul edilebiliyor ve bu faaliyetlerin görüldüğü yerler (ev, büro) iş organizasyonu içinde kabul edilebiliyorsa sayı ölçütünde dikkate alınmalıdır²⁴⁹. Konumu itibariyle iş güvencesi kapsamında olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınır²⁵⁰.

²⁴⁴ Kanunda mevsimlik işçilerin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmayacağına dair açık bir düzenleme yoktur. Mevsimlik işler konusunda Yargıtay, bu tür işlerde belirli süreli iş sözleşmesinin tek bir mevsim için yapılabileceğini, mevsimlik işin her yıl yenilenerek yapılması durumunda, bunların belirsiz süreli iş sözleşmesine ve mevsim sonu iş sözleşmesinin sona ermeyip yeni mevsim başında işçi işe çağrılmadığı takdirde, iş güvencesi hükümlerinin uygulanması esasını kabul etmiştir (Y., 9. HD., 03.11. 2008, E. 5892, K. 29835 (**Legal İHSGHD VIII**, Sayı: 30, 2011, s. 628); Y., 9. HD., 15.09.2006, E. 21611, K. 22886 (**Legal İHSGHD**, 2007, s. 13). Alp, s. 9; Soyer s. 40; Süzek, s. 439; Çelik, s. 219; Centel, s. 36.

²⁴⁵ Soyer, s. 40; Süzek, s. 439; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 162; Mollamahmutoğlu, ss. 712 – 713.

²⁴⁶ Süzek, s. 439; Akyiğit, s. 215; Çelik, s. 218.

²⁴⁷ Süzek, s. 439; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 164; Kılıçoğlu, İş Güvencesi, s. 1213; Akyiğit, ss.215 – 216; Kar, s. 94; Centel, İş Güvencesi, s. 40.

²⁴⁸ Madde 2 / f. II- “*Bu Kanun, 4’üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.*”.

²⁴⁹ Soyer, s. 40; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 163.

²⁵⁰ Alp, ss. 9 – 10; Soyer, s. 40; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 163.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte o işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmalıdır²⁵¹.

Sendika işyeri temsilcilerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları için 30 işçi koşulu aranmamaktadır²⁵².

İş güvencesi kapsamına girebilmesi için, otuz veya daha fazla işçi çalıştırılmasını öngören kanun hükmü, nispi emredici nitelikte olduğu için sözleşmelerle bu sayının toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile indirilmesi kabul edilebilir. Fakat bu sayının artırımı (işçinin iş güvencesinden yararlanmasını zorlaştıracığı için) geçerli değildir²⁵³.

III. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemini Olması

İş Kanununun 18. maddesinin I. fıkrası uyarınca, en az altı aylık kıdeme sahip olan işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilir. Aynı maddenin IV. fıkrasına göre ise, “ *İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.* ”.

Kıdem başlangıcı konusunda kural olarak işçinin işe başladığı tarih esas alınır. İşe başlanması gereken tarihte işveren ifayı kabulde temerrüde düştüğü hallerde de kıdem işlemeye başlar. Altı aylık kıdem süresi, fesih bildirimini yapıldığı tarihte doldurulmuş olması şarttır. Sürenin bildirim sürelerinin sonunda dolacak olması, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için yeterli değildir²⁵⁴.

İş Kanununun 18. maddesinin II. fıkrasında, altı aylık kıdem hesabında kanunun 66. maddesindeki sürelerin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. 66. Maddede yer altına inip çıkma, yolda geçen süreler, çocuk emzirme süreleri gibi günlük çalışma süresinden sayılan haller düzenlenmiştir. Yasa koyucunun amacı, iş

²⁵¹ Eyrenci ve diğerleri, s. 154; Süzek, s. 439; Aktay ve diğerleri, s. 183; İşçi sayısı ölçütü bakımından fesih tarihinde çalışan işçi sayısı yerine, işyerinin normal işleyebilmesi için en az 30 işçinin çalışmasının gerektirip gerektirmediğine ve bu niteliğin iş sözleşmesinin feshi sırasında da var olup olmadığına bakılmalıdır görüşü de ileri sürülmektedir. İşyerinde çalışan 33 işçiden 4'ünün işten ayrıldığı sırada işveren, işyerinde sırf o sırada 29 işçi çalıştığı iddiasıyla işçilerin iş güvencesinden yararlanamayacağını ileri süremez. İşyerinde çalışan işçi sayısı ölçütü açısından iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiğini ileri süren işçi, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür (Münir Ekonomi, “İş Akdinin Feshi Ve İş Güvencesi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Özel Eki, Cilt: XVII, Mart 2003, (Anılış, İş Güvencesi), s. 4; Güzel, Yasal Esaslar, s. 32.

²⁵² Kar, s. 95; Kılıçoğlu, İş Güvencesi, s. 1214.

²⁵³ Soyer, s. 43; Akyiğit, s. 213; Kar, ss. 95 – 96.

²⁵⁴ Soyer, s. 33; GÜNAY, s. 643; Akyiğit, s. 234; Kar, s. 114; Centel, İş Güvencesi, s. 46;

sözleşmesinin askıda kaldığı sürelerin altı aylık kıdem süresinden sayılması idiyse, bu yollamanın 66. maddeye değil yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılan süreleri düzenleyen (sınırlamalar getiren) 55. maddeye yapılması daha uygun olacaktır²⁵⁵ ve madde 18 / f. II hükmü, madde 66' da ayılan süreler dışında ve genel olarak iş sözleşmesinin askıda olduğu süreleri dışlar bir anlam taşımamaktadır. Altı aylık kıdeme, askıda geçen sürelerin de dâhil edilmesi gerekir. Grev ve lokavtta geçen süreler de dikkate alınmalıdır²⁵⁶.

İşçi işverenin işyerinde veya işyerlerinde aralıklı çalışmış olabilir. Yasada altı aylık kıdem süresinin sürekli olması konusunda bir düzenleme yoktur. İş Kanunu madde 18' de sadece işçinin kıdeminden söz edildiğinden, kıdem hesaplanmasında aralıklı sürelerin birleştirilmesi gerekmektedir²⁵⁷. Mevsimlik ve kampanyalı işlerde çalışanlar gibi diğer aralıklı çalışan işçiler de²⁵⁸ askı dönemleri kıdem süresine eklenmemek şartıyla altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenebilir. İş Kanunu madde 18 / f. IV'e göre, " *İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesaplanır.*". Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda olması ise şart değildir²⁵⁹. Topluluk veya holding bünyesi içinde yer alan farklı tüzel kişiliği olan şirketlere ait işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması kural olarak mümkün değildir. Çünkü topluluk veya holding bünyesi içinde yer alan her şirket, işçi karşısında bağımsız bir işverendir ve iş güvencesi ile ilgili kuralların uygulama alanı, işyeri ya da en çok işletme ile sınırlıdır (İş K. m. 18 / f. I, IV). Yasada bu konuda herhangi bir düzenleme mevcut değildir²⁶⁰. Altı aylık kıdem süresi, işyerinde geçirecek süre

²⁵⁵ Süzek, s. 440; Akyiğit, s. 236.

²⁵⁶ Süzek, s. 440; Akyiğit, s. 236; Mollamahmutoğlu, s 718; Kar, s. 115. 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 67 / f. III' e göre, grev ve lokavtta geçen sürelerin sadece kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağını düzenlemiştir. Böylelikle bu süreler, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Altı aylık kıdem hesabına ilk başta işçinin fiilen çalıştığı süreler girer. Kanun, yıllık ücretli izine hak kazanmada fiilen çalışılan süreler yanında bizzat saptadığı çalışılmış sayılan sürelerin de dikkate alınacağını belirtmektedir (İş K. m. 55). Bunların iş güvencesi için aranan asgari altı aylık kıdemde de dikkate alınması gerekir. Ayrıca İş Kanunu madde 66 / f. I ' e göre, çalışma süresinden sayılan haller de altı aylık kıdem hesaplanmasında dikkate alınır.

²⁵⁷ Süzek, s. 440; Mollamahmutoğlu, s. 118; Kar, s. 115; Çelik ss. 219 – 220.

²⁵⁸ Günay, s. 645.

²⁵⁹ Eyrenci ve diğerleri, s. 155; Soyer, s. 34; Kar, s. 117;

²⁶⁰ Soyer, s. 37; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 171; Centel, İş Güvencesi, s. 48.

olması karşısında, işyerinin devriyle bu sürenin etkilenmesi söz konusu olmaz²⁶¹. İş Kanununun 6. maddesinin II. fıkrası uyarınca, “ *Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.*” Yeni işveren kıdeme bağlı haklar da dâhil olmak üzere bütün hak ve yükümlülükler çerçevesinde iş sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir²⁶².

Altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınacak sürenin tamamının İş Kanununa bağlı olarak geçmiş olması gerekmez. Önemli olan fesih bildiriminin yapıldığı tarihte İş Kanununa ya da Basın İş Kanununa tabi olmaktır. Altı aylık sürenin tamamı iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olmalıdır. İşçinin iş ilişkisinden önce işverenle vekâlet, ortaklık ilişkilerindeki süreler altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmaz. Kanundaki altı aylık kıdem şartını, “altı aylık işçilik kıdemi” şeklinde anlamak gerekir²⁶³.

Çıraklık ilişkisi, İş Kanununun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayıldığından, çıraklıkta geçen süre altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmaz²⁶⁴. Stajyer olarak geçirilen süre, stajyerliğin İş Kanununun 2. maddesinin I. fıkrası anlamında iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmiş olması halinde, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınacaktır²⁶⁵.

Bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine altı aylık kıdem süresinin kısaltılması veya tamamen kaldırılması mümkündür. Çünkü bu hüküm, nispi emredici bir hükümdür. Bu süre, sözleşmelerle uzatılamaz²⁶⁶.

Sendika işyeri temsilcileri için altı aylık kıdem koşulu aranmamaktadır²⁶⁷.

²⁶¹ Soyer, s. 36; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 172; Centel, İş Güvencesi, s. 49. Bir işyerinin, işveren tarafından başka bir şirkete sermaye olarak konulması halinde de, İş Kanununun 6. maddesi anlamında işyerinin devri hali olarak kabul edilmeli ve kıdem süreleri birlikte hesap edilmelidir (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 173; Kar, s. 117).

²⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Münir Ekonomi ve Öner Eyrenci, “**Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi**”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul 2001, Cilt: II, ss. 1221 – 1223.

²⁶³ Soyer, s. 34 - 35; Günay, s. 644; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 170; Kar, s. 117. Altı aylık kıdem gazeteciler bakımında hesaplanması konusunda ise, Basın İş Kanunu anlamında işçi, yani gazeteci sayılabilmek için, yapılan işin bir “fikir ve sanat” işi olması şarttır (Basın İş K. m. 1). Altı aylık kıdem süresinin Basın İş Kanunu hükümlerine göre, “gazeteci” olarak geçirilmiş olması şartı aranmalıdır (Soyer, s. 35; Günay, s. 645).

²⁶⁴ SOYER, s. 35.; Kılıçoğlu ve Şenocak s. 171; Mollamahmutoğlu, s. 718; Kar, s. 117; Centel, İş Güvencesi, s. 49.

²⁶⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 171; Kar, . 117.

²⁶⁶ Soyer, s. 37.; Kılıçoğlu ve Şenocak s. 167; Mollamahmutoğlu, s. 719; Kar, s. 116.

²⁶⁷ Kar, s. 118; Ayrıca bkz. Y. 9 HD., 21.07.2008, E. 25552, K. 20932 (Kar, s. 20).

IV. İçinin Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışması

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi gereğince işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması başka bir ifadeyle işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerekmektedir. Kanunun bu düzenlemesi 158 sayılı ILO sözleşmesine de uygun düşmektedir²⁶⁸. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bakımından iş güvencesi hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir.

Belirsiz süreli sözleşme İş Kanununun 11. maddesinin I. fıkrasında, “ İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır.” şeklinde tanımlanmıştır. Belirli süreli iş sözleşmesi belirli objektif nedenlerin varlığı durumunda, taraflarca sözleşmenin sona erme anı, zaman veya tarih olarak belirlenen veya işin türü, amacı ve niteliği ile saptanan sözleşme olarak tanımlanabilir²⁶⁹.

Genel kural ve İş Kanununun 9. maddesinin I. fıkrası gereği, taraflar sözleşmenin türünü serbestçe belirleyebilirler²⁷⁰. Kanunun 11. maddesinde ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi hallerde yapılacağı düzenlenmiştir. Madde kapsamına bakıldığında 9. maddenin pek bir şey ifade etmediği görülmektedir. 11. maddedeki koşullar belirli süreli iş sözleşmesi yapmaya olanak veren durumlar dışında, taraflar istese de belirli süreli iş sözleşmesi yapamazlar²⁷¹. 11. maddede, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması, “belirli süreli işler”, “belli bir işin tamamlanması”, veya “belli bir olgunun ortaya çıkması” gibi objektif koşullara bağlanmıştır. Kanunda gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil, örnek olarak verilmiş, benzer hallerde belirli süreli iş sözleşmesi kurulması imkânı açık tutulmuştur. Kanunda da açık olarak “... gibi objektif koşullara bağlı olarak” ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay, işçinin (mühendisin) bir barajın bitim tarihine kadar çalışacağını öngören iş sözleşmesinin

²⁶⁸ Soyer, s. 29; Koç, s. 82; Süzek, s. 441; Akyiğit, s. 214; Aktay ve diğerleri, s. 181; Kar, s. 128; Centel, İş Güvencesi, s. 34.

²⁶⁹ Alpagut, Belirli Süreli, s. 74.

²⁷⁰ Madde 9 / f. I - *Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler.*

²⁷¹ Alpagut, Belirli Süreli, s. 77; Süzek, s. 199; Kar, s. 128. İş Kanununun 11. maddesinin I. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmeleri “yazılı şekilde” yapılmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmasındaki amaç, istisnai olarak nitelendirilen bu sözleşme türünün seçiminde tarafları düşünmeye sevk etmek ve işçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı iddiası ile haklarından mahrum edilmesini önlemektir. Belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin yazılılık şartı, ispat şartıdır. Şekil şartını geçerlilik koşulu olarak kabul etmek, şekle aykırı olarak yapılan iş sözleşmesinin geçersizliğini de beraberinde getirecektir. Burada söz konusu olan sözleşmenin değil, aksi ispatlanmadığı takdirde belirsiz süreli sözleşme olarak kabulü sonucunu doğurur olacaktır (Alpagut, Belirli Süreli, s. 87).

belirsiz süreli sayılacağına karar vermiştir²⁷². Yargıtay, işyeri hekiminin²⁷³, asgari ücretle çalışan yardımcı elemanın²⁷⁴, imalat işçisinin²⁷⁵, bankacılığın icrasıyla ilgili her türlü görevde çalıştırılmak için işe alınmış çalışanın²⁷⁶, niteliksiz işçinin²⁷⁷ yaptıkları işlerin belirli süreli iş niteliğini taşımadığını benimsemiştir. Hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkân sağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. maddesinin I. fıkrasına göre, “*Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır. Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabilir.*” Bu kanun kapsamında çalışan işçiler, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma nedeni ile İş Kanununun iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar²⁷⁸. İş sözleşmesinin belirli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu konusunda tereddüt edilmesi halinde sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi daha uygun olur. Çünkü belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmak bu sözleşmenin sona ermesine bağlanan hukuki sonuçlar nedeniyle işçinin daha lehinedir. Ayrıca iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli yapılması istisnadır²⁷⁹.

İş Kanununun 11. maddesinin II. fıkrasına göre, “ *Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.* ”. Kanunda böyle bir düzenleme bulunmadı da durum değişmeyecekti. Sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arayan sistemde, ardı ardına kurulması veya uzatılmasında da objektif neden aranması olması gereken bir durumdur. 11.

²⁷² Y. 9. HD., 10.03.1998, E. 20294, K. 3771 (YKD, Mart 1999, ss. 345 – 346).

²⁷³ Y. 9. HD., 18.02.2008, E. 2007 / 24530, K. 171 (Legal İHSGHD V, 18 (2008) s. 738.

²⁷⁴ Y. 9. HD., 24.03.2005, E. 2004 / 18955, K. 9551 (Legal İHSGHD II, 7 (2005), s. 1337.

²⁷⁵ Y. 9. HD., 12.05.2005, E. 14221, K. 16526 (Legal İHSGHD II, 7 (2005), s. 1255.

²⁷⁶ Y. 9. HD., 12.05.2008, E. 2007 / 35913, K. 12011 (Kar, ss. 140 – 143.

²⁷⁷ Y. 9. HD., 03.11.2008, E. 5892, K. 29835 (Kar, ss. 149 – 151).

²⁷⁸ Kar, s. 131; Akyiğit, s. 219. Özel üniversitedeki öğretim üyesiyle yapılan sözleşmede, iş sözleşmesini süreye bağlamayı haklı kılan bir nedenin bulunmadığı kabul edilmiştir. Bir defa yapıldı da zincirleme yapıldı da durum aynıdır (Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2010 / 1048, K. 12070 (Legal İHSGHD VIII, 31 (2011), ss. 510 vd.).

²⁷⁹ Süzek, s.200; Kar, s. 131. Belirli süreli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatlamalıdır (Kar, s. 131).

maddenin I. fıkrasında “objektif neden” ibaresi yer alırken, II. fıkrada “esaslı neden” ibaresine yer verilmiştir. Her iki kavram içerik olarak aynıdır²⁸⁰. Zincirleme iş sözleşmelerini belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir²⁸¹. Her hak gibi belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı da dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir (MK. M. 2). Uygulamada belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshine ilişkin koruyucu hükümlerden kaçınmak isteyen kimi işverenler işçilerle kısa süreli sözleşmeler yapmakta, bunları yineleyerek işi sürdürmekte ve böylece birbirini izleyen bir belirli süreli iş sözleşmeleri zinciri ortaya çıkmaktadır. Yargıtay yerleşik içtihadı²⁸² ile bu sorunu çözümlenmiş, belirtilen şekilde birbirini izleyen belirli süreli zincirleme iş sözleşmeleri yapılmasını sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılması olduğunu kabul etmiş ve bu belirli süreli sözleşmelerin tümünün tek bir belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Zincirleme sözleşme yapmayı haklı kılan neden bazen işin niteliğinden bazen ise kanun hükmünden doğabilir. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. Maddesinin I. fıkrasına göre, özel okul yönetici ve öğretmenleriyle belirli süreli sözleşme yapılması zorunlu olduğundan, bunlarla her yıl yenilebilir biçimde birbiri ardına sözleşme yapılması durumunda sözleşmelerin belirsiz süreli tek bir sözleşmeye dönüşmeyeceği kabul edilmektedir²⁸³.

Sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılması halinde, sadece zincirleme sözleşmelerin değil, bir defaya mahsus olarak yapılan belirli süreli bir iş sözleşmesinin dahi belirsiz süreli sayılabileceği öğretide kabul edilmektedir²⁸⁴.

Mevsimlik işlerde çalışmanın belli sürelerle tabi olması, bu işlerde çalıştırılmak üzere işe alınan işçilerin iş sözleşmelerinin belirli süreli olmasını gerektirmez. Mevsimlik iş için kurulan iş sözleşmeleri belirli süreli olabileceği gibi

²⁸⁰ Sarper Süzek, “İş Akdinin Türleri”, **MERCEK**, Nisan 2001, ss. 19 – 20 (Anılış, Türler); Alpagut, Belirli Süreli, ss. 84 – 85; Kar, s. 129 – 130; Centel, İş Güvencesi, s. 36.

²⁸¹ Alpagut, Belirli Süreli, s. 85; Kar, s. 131.

²⁸² Y. 9. HD., 05.11.1992, E. 4182, K. 12212 (**YKD**, Nisan 1993, ss. 535 – 536); Y. 9. HD., 16.09.1993, E. 12848, . 12920 (**Çimento İşveren Dergisi**, Kasım 1993, s. 29).

²⁸³ Süzek, Türler, ss. 20 – 21; Akyiğit, s. 221. Y. 9. HD., 24.01.2005, E. 28341, K. 1165, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (25.03.2012).

²⁸⁴ Narmanlıoğlu, s. 182; Süzek, Türler, s. 20.

belirsiz süreli de olabilir. Sadece tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi mevsimin bitimi ile kendiliğinden ortadan kalkar²⁸⁵.

V. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak

158 sayılı ILO Sözleşmesi, özel istihdam statüleri dikkate alınarak, belirli kişilerin feshe karşı koruma kapsamı dışında bırakılmalarını mümkün kılmaktadır (158 sayılı ILO Sözleşmesi madde 2, b. 5)²⁸⁶. 4857 sayılı İş Kanunu da, buna uygun olarak, sadece işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ve yardımcılılarıyla, işyerinin bütününe sevk ve idare eden fakat aynı zamanda kendilerine işçi alma ve işçi çıkarma yetkisi tanınmış olan işveren vekillerinin iş güvencesi kapsamı dışında oldukları hükme bağlamıştır (İş Kanunu madde 18 / son fıkra).

Hukukumuzda işveren vekili kavramı, birisi bireysel iş hukukuna (İş Kanunu madde 2), diğeriye toplu iş hukukuna (Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 2) ait iki ayrı kanunda tanımlanmış olup, iş hukukunun tüm alanları için geçerli bir işveren vekili tanımı yoktur²⁸⁷.

Hangi kanun anlamında olursa olsun işveren vekilini, “işveren adına hareket yetkisine sahiplik” ve (işyerinde / işletmede) “yönetim görevinde bulunmak” biçiminde iki ögenin belirlediği söylenebilir. İşveren vekili sıfatı sadece işçilere karşıdır. İşveren vekili işverene genellikle iş sözleşmesiyle bağlıdır. Ancak aradaki temel ilişkinin ve temsil yetkisinin mutlaka iş sözleşmesine dayanması gerekmez. Bu ilişkinin ve temsil yetkisinin kaynağı bir vekâlet veya şirket sözleşmesi olabilir²⁸⁸.

²⁸⁵ Narmanlıoğlu, s. 291; Alpagut, Belirli Süreli, s. 80; Süzek, s. 216; Aktay ve diğerleri, s. 181. Bkz. Y. 9. HD., 09.12.2010, E. 2008 / 43207, K. 36768 (Legal İHSGHD VIII, 30 (2011), s. 628; Y. 9. HD., 01.12.2008, E. 6284, K. 32594 (KAR, ss. 151 – 153)).

²⁸⁶ Narmanlıoğlu, ss. 107 – 109; Soyer, s. 43; Günay, s. 647; Akyiğit, s. 225. İşyerinde her düzeyde işveren adına yönetim yetkisi kullanan kişilerin tümü İş Kanunu anlamında işveren vekilidir. Örneğin, şef, amir, posta başı, vs. (Süzek, s. 151).

²⁸⁷ Bkz. İş Kanunu madde 2 / f. V, 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 2 /f. I. İş Kanunundaki işveren vekili tanımı daha geniş, kapsamlı, Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunundaki işveren vekili tanımı ise daha dar kapsamlı tutulmuştur (Süzek, s. 152; Akyiğit, s. 225; Kar, ss. 161 – 162).

²⁸⁸ Narmanlıoğlu, ss. 107 – 109; Süzek, s. 150 – 151; Akyiğit, ss. 225 – 226; Kar, ss. 162 – 163.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEÇERLİ NEDEN OLARAK İŞLETME GEREKLERİ

Ş1. GEÇERLİ FESİH NEDENLERİ

1. Geçerli Fesih Kavramı

İş güvencesi hükümleri, işveren tarafında yapılan keyfi fesihleri önlemeyi amaçlar. Bu amaca ulaşmak için de işverenin, iş sözleşmesini feshederken İş Kanununda öngörölmüş geçerli bir nedene dayanması ve işçi feshi kabul etmediği takdirde, işverence gösterilmiş nedenin, hâkim tarafından denetlenmesi esasları kabul edilmektedir²⁸⁹.

İş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin kurallar 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 4, 5 ve 6'ncı maddelerinde yer almış ve bu kapsamda, "işçinin yeterliliğinden veya tutumundan kaynaklanan ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı geçerli bir fesih sebebi olmadıkça işçinin iş ilişkisine son verilemeyeceği" hükme bağlanmıştır.

Uluslararası hukuktan doğan yükümlölüklerin iç hukukumuzaya yansıtılması aşamasında, Türk İş Hukukunda ilk kez 4773 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle geçerli sebep kavramı ortaya çıkmış ve işverene süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini feshederken "geçerli bir sebebe" dayanma yükümlölüğü getirilmiştir. 4773 sayılı Kanununun iş sözleşmesinin feshini düzenleyen hükümleri, daha sonra bazı değişikliklerle, 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına alınmıştır²⁹⁰.

4857 İş Kanununun 158 sayılı ILO Sözleşmesinin ilgili hükümleriyle örtüşen 18'inci maddesinde "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep dayanmak zorundadır.*" hükmü yer almaktadır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri işverence süreli fesih yoluyla feshedildiğinde İş Kanunu madde 17 uyarınca herhangi bir

²⁸⁹Soyer, s. 44; Akyiğit, ss. 253 – 254; Keser, s. 37; Centel, İş Güvencesi, s. 58; Aktuğ, İş Güvencesi, s. 50.

²⁹⁰Mollamahmutolu, s. 722; Centel, İş Güvencesi, s. 38; Manav, s. 68.

geçerli neden belirtilmesi gerekmediği halde, İş Kanunu madde 18 ‘ de işverenin iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesini feshedebilmesi için geçerli sebep gösterme zorunluluğu öngörülmüş, ancak geçerli neden tanımlanmadığı gibi, geçerli nedenler ayrıntılı olarak belirtilmemiştir²⁹¹. 18. madde de geçerli fesih nedenleri, “işletme gerekleri” olarak kısaltabileceğimiz “işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri” ile işçiye ilişkin nedenler olarak nitelendirebileceğimiz “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler” olmak üzere iki ana başlık altında toplanmıştır. Böylelikle işverenin fesih hakkı, haklı nedenler olmadığı durumlarda, geçerli bir fesih sebebi oluşuncaya kadar sınırlanmaktadır²⁹².

Geçerli neden kavramı 18. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre, *“Geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.”*

Geçerli neden, işletmeye, işyerine zarar vermeksizin iş ilişkisinin devamını olanaklı kılmayacak ağırlıkta olan, işçinin iş görme borcu üzerinde olumsuz etkiler doğuran ve bu sebeple işin görülmesinin gereği gibi ifasını engelleyen bir neden olarak tanımlanabilir²⁹³. İş Kanununun 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiş bulunan haklı fesih nedenleri, iş ilişkisine devamı taraflardan biri için dürüstlük kuralları gereği çekilmez duruma getiren nedenler olmasına karşılık, geçerli nedenler, 25. maddede sayılan ve derhal feshi olanaklı kılan neden derecesine ulaşmayan, fakat 18. madde uyarınca süreli feshe olanak tanıyan nedenlerdir. Geçerli fesih nedenleri ile haklı fesih nedenleri arasındaki farklar, öğretinin katkılarıyla yargı organları tarafından belirlenecektir²⁹⁴.

²⁹¹ Süzek, s. 443; Aktay ve diğerleri, s. 181; Kar, s. 236; Manav, s. 69.

²⁹² Kar, s. 235; Keser, s. 41.

²⁹³ Ulucan, s. 25; Mollamahmutoğlu, s. 722; Manav, s. 69; Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, **İş Hukuku (Genel Kavramlar – Bireysel İş İlişkileri)**, Turhan Yayınevi, Ankara 2011, s. 866.

²⁹⁴ Süzek, s. 444; Kar, s. 236.

Her haklı neden, aynı zamanda geçerli nedendir. Başka anlatımla, her haklı fesih, aynı zamanda da geçerli nedene dayalı fesihtir. Ancak her haksız neden, geçersiz neden değildir. Başka anlatımla her haksız fesih geçersiz nedenle fesih anlamına gelmez. Haklı neden ile geçerli neden arasındaki ayrımı netleştirmek için öğretide bazı kıstaslar geliştirilmiştir²⁹⁵. Haklı neden ile geçerli neden ayrımında ölçülülük ilkesinin de dikkate alınması gerekir²⁹⁶.

II. Geçerli Neden Oluşturmayan Haller

İş Kanunu madde 18’ de iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacak halleri tek tek saymak suretiyle bizzat göstermiştir. Geçerli neden sayılmayan haller, İş Kanunu madde 18 / f. III’ de tek tek gösterildikleri için, sınırlı sayıdadır²⁹⁷. Anayasa ve iş kanunlarıyla güvence altına alınan bazı hak ve özgürlükler, fesih için geçerli sebep olarak işverence ileri sürülemeyecektir²⁹⁸. Geçerli neden oluşturmayan haller, sendikal özgürlüklerin korunması, hak arama özgürlüğü, haksız ayrımcılık (eşitlik ilkesi) ve meşru mazeret nedeniyle işe gelmeme temelinde olmak üzere dört ana grupta toplanmıştır²⁹⁹. Yoruma yer vermeyecek şekilde hükme bağlanan ve 158 sayılı ILO Sözleşmesinde de (madde 5, 6) yer alan bu sebepler şunlardır (İş Kanunu madde 18 / f. III):

- “a. Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,*
- b. İşyeri sendika temsilciliği yapmak,*

²⁹⁵ Kıstaslar için bkz. Kar, s. 238; Keser, s. 42.

²⁹⁶ Erhan Birben, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafında Feshinde Ölçülülük İlkesi**, İzmir 2006, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 95 – 101. Yargıtay, ölçülük ilkesini uygulamak suretiyle durumun ağırlığına göre haklı nedenin yerine, geçerli nedenin varlığını kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. (Bektaş Kar, “Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması”, **SİCİL** , Eylül, 2009, S. 15, (Anılış, Ölçülülük), s. 61 vd.); Ayrıca Y. 9. HD., 01.12.2008, E. 6259, K. 32583 (Kar, ss. 241 – 242).

²⁹⁷ Osman Güven Çankaya ve diğerleri, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 69; Centel, İş Güvencesi, s. 60. İş Kanunu madde 18 / f. III ‘ de gösterilen nedenler, tarafların anlaşması yoluyla genişletilemez (Centel, İş Güvencesi, s. 60). SÜZEK’ e göre, Geçersiz nedenler, İş Kanununun 18. maddesinin III. fıkrasında sayılanlarla sınırlı değildir (Süzek, s. 466). GÜNAY’ a göre de, madde de gösterilen geçersiz nedenler, örnek olarak gösterilen geçersiz nedenlerdir (Günay, s. 651).

²⁹⁸ Eyrenci ve diğerleri, s. 159; Süzek, s. 465; Aktay ve diğerleri, s. 187; Centel, İş Güvencesi, s. 60. Geçersiz fesih nedenleri ile ilgili kararlar için bkz. Y. 9. HD., 13.10.2008, E. 31189, K. 26512; Y. 9. HD., 23.06.2008, E. 2007 / 41015, . K. 2008 / 17093; Y. 9. HD., 17.09.2007, E. 29103, K. 26743 (Kar, ss. 247 – 253).

²⁹⁹ Centel, İş Güvencesi, s. 61.

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

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

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

f. Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin I numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık”.

İşveren bu nedenlere dayanarak, iş güvencesi kapsamında olan işçinin iş sözleşmesini feshedemez.

İşçi işverenin ileri sürdüğü sebebin, fesih için geçerli sebep oluşturmayan sebeplerden olduğunu iddia ederse, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür (İş Kanunu madde 20 / f. II).

İş Kanunu madde 18 / f. III' de gösterilen geçersiz fesih nedenlerinin varlığı halinde işverence yapılan fesihler geçersiz sayılacaktır. Ayrıca iş sözleşmesini fesheden işveren, İş Kanununun 18. maddesinin I. fıkrasında yer alan işletme gereklerini ya da işçinin yetersizliğini veya davranışlarını fesih nedeni olarak ileri sürmüş ama bu nedenler gerçekte mevcut değilse bu durumda da yapılan fesih geçersiz sayılacaktır³⁰⁰.

Geçersiz fesih nedeni olarak gösterilen haller, genel olarak Anayasanın, İş Kanununun ve Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun izin verdiği faaliyetler veya uygun bulunduğu durumlardır. Bu durumların, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacağı belirtilerek, güvence altına alınmıştır³⁰¹.

³⁰⁰ Süzek, ss. 466 – 467. Ayrıca bkz. Y. 9.HD., 11.12.2003, E. 23204, K. 22988 (Tankut Centel, “ İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı”, (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren Dergisi**, Mart 2004, s. 291), <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mart/hukuk.html>, (28.03.2012): “ Davalı çalıştırdığı bu işçilerin okulun tatil olduğu aylar için aylıklarının ödenmesinin kendisine fazla yük getirdiğini ileri sürerek daha az ücret ödeyeceği işçileri çalıştırmak amacıyla mevcut işçilerin sözleşmelerinin feshedildiğini savunmuştur. Bu savunma 4857 sayılı İş Kanununun ilgili hükümlerinde yer alan geçli sebep olarak kabul edilemez.”.

³⁰¹ Centel, İş Güvencesi, s. 60.

§.2. İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VE İŞİN GEREKLERİ NEDENİYLE YAPILAN FESİH

1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde iş sözleşmesini fesheden işverenin işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri³⁰²nden kaynaklanan geçerli sebep gösterme zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu gruptaki nedenler, işçinin şahsından kaynaklanmazlar ve işçinin söz konusu nedenlerin ortaya çıkışında herhangi bir doğrudan etkisi söz konusu değildir³⁰³. Bundan dolayıdır da işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplerle fesih için, fesih öncesinde işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur (İş Kanunu madde 19 / f. II, cümle 1)³⁰⁴.

İş Kanununun 18. maddesinde feshi mümkün kılan işin ya da işletmenin gereklerinin ne olduğu konusunda herhangi bir kıstasa yer verilmemiştir. Kanun koyucu bu konuyu somutlaştırmayı doktrin ve uygulamaya bırakmıştır. İş Kanunundaki bu düzenleme, işverenin işletmesi ile ilgili konular hakkında karar verme hak ve özgürlüğü olan ve temeli işverenin anayasal teşebbüs ve sözleşme hürriyeti (Anayasa madde 48) ile işçilerin çalıştıkları işyerindeki işlerini koruma hakkı yani anayasal çalışma hakkı (Anayasa madde 49) arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır³⁰⁵. Örneğin, Fransız hukukunda feshe ilişkin genel hükümlerde feshin “gerçek ve ciddi” nedenlere (Fr. İK. L. 122 – 14 – 3) dayanması aranırken, ekonomik nedenli fesihler ayrı bölümde düzenlenerek feshi geçerli kılan ekonomik nedenlerin neler olduğu açıkça düzenlenmiştir. (Fr. İK. Art. L. 321 – 1). Alman hukukunda ise, işletme gerekleri kanunda açıkça sayılmamış olmakla birlikte, fesih nedeni “kaçınılmaz işyeri gerekleri” olarak tanımlanmaktadır (Feshe Karşı Korum Kanunu §1. 2)³⁰⁶.

³⁰² Kısaca, işletmesel nedenler veya işletme gerekleri de denilmektedir.

³⁰³ Süzek, s. 444; Keser, s. 286; Centel, İş Güvencesi, s. 105.

³⁰⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 105.

³⁰⁵ Güzel, s. 75; Süzek, ss. 444 – 445; Kılıçoğlu ve Şenocak s. 221; Keser, s. 259.

³⁰⁶ Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, s. 35 - 36; Süzek, s. 444; Bektaş Kar, “ İşletme, İşyeri Ve İşin Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, Sayı: 17, 2008 / 2, (Anılış, Yargısal Denetim), s. 104; Manav, s. 95; Keser, s. 258.

Türk hukukunda işletme gerekleri ile fesih, işçinin kişiliği ilgili olmayan ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde işçinin işinin ortadan kalkması veya nitelik değiştirmesi sonucu çalışmaya devam olanağının kalmaması sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlasının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır³⁰⁷. İş sözleşmesinin feshinde ekonomik neden kavramı, işçinin kişiliğiyle ve davranışıyla ilgisi olmayan, siparişlerin azalması, mali güçlükler, uygulanan üretim tekniğinin değiştirilmesi gibi işletmesel bir durum olarak tanımlanabilir. Geçerli feshin söz konusu olabilmesi için belirtilen işletme gerekleriyle, işverence yapılan fesih arasında illiyet bağı bulunmalıdır (fesih başka nedenlerle değil işletme gereklerine bağlı nedenlerle yapılmış olmalıdır)³⁰⁸. İşletme gerekleri nedeniyle fesih, işverenin işyeri veya işletmedeki işgücü fazlalığı yaratan işçilerin iş sözleşmelerini feshederek işçi sayısını azaltma amacından kaynaklanır.

İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesine göre,

“Geçerli sebeplerle fesih işlemine yol açabilecek önemli işyeri gereklerinin bulunması hali işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, işçi ile bağlantısı olmaksızın da ortaya çıkabilir. Şöyle ki: İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Sebepler: İşyerinden kaynaklanan geçerli sebepler işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilebilir.

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

³⁰⁷ Engin, s. 36; Süzek, s. 444; Keser, s. 258.

³⁰⁸ Güzel, Yasal Esaslar, s. 69; Süzek, s. 444. İşletme kavramı, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütündür. İşyerini işletmeden ayıran en önemli husus, izlenen amaçtır. İşyeri işletmenin amaçlarına ulaşmasında bir araçtır. İşyerinin vazgeçilmez unsuru olan işgücü, işletmede önemli değildir (Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 35). İşyeri unsurlarından birinde veya sınırlarını teşkil eden bağlı yerle, eklentiler ve araçlar gibi işyerinden sayılan yerlerde, işyerini etkileyen objektif nedenlerden dolayı yapılan değişiklikler sonucu işçi veya işçiklerin çalışmasını engelleyen bir durum ortaya çıktığında işyeri gereklerinden söz edilir (Kar, s. 391; Keser, s. 258).

İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.”

Görülüyor ki, İş Kanununun gerekçesinde işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler konusunda örnekler verilmiştir. Gerekçede bu nedenler ikiye ayrılmakta, “sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebepler”, **işyeri dışından kaynaklanan nedenler** olarak gösterilmektedir. “Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması”, ise **işyeri içi nedenler** olarak gösterilmektedir.

İşletme, işyeri ve işe ilişkin nedenler, henüz gerçekleşmemiş ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesinlikle bilinmeyen nedenler ise, geçerli neden olarak gösterilemezler. Yargıtayın bu konu ile ilgili bir kararına³⁰⁹ göre:

“Fesih tarihinde davalının henüz zarar etmediği, 2003 yılı ilk 6 ay karının önceki yıla göre azaldığı, bu azalmanın nedenlerinden birinin de kredi alacakların taksitlendirilmesi ve bir kısmından vazgeçilmesi olduğu, davalı işverenin istihdam fazlası personel olduğunu savunmasına karşı yönetim kurulunun fesih tarihine yakın tarihte alınan karar ile kendi bünyesindeki iştiraklerine personel alınmasına karar verildiği davacının konumu gereği çalıştığı kadro ve yaptığı işte hizmetine ihtiyaç duyulduğu, bu olgulara göre feshin işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden bir nedene dayanmadığı davacının verimsizliğinin de ileri sürülmediği anlaşıldığından feshin geçersizliği ve davacının işe iadesine kara verilmesi gerekir.” denilmektedir.

II. İşletmesel Karar

İşyeri içinden veya dışından kaynaklanan bir sebebin işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkilemesi durumunda, üretime devam edilip edilmeyeceği, üretime hangi yöntemle devam edileceği, üretime hangi bölümlerde devam edileceği

³⁰⁹ Y. 9. HD., 10.11.2003, E. 18919, K. 18913 (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 881).

gibi konularda karar verme yetkisi işverendedir³¹⁰. İşverenler böylelikle bir işletme politikası oluştururlar. Devamlı gelişme ve değişme ortamında işletmelerde hiçbir şey sabit değildir. Planlama yapmak suretiyle ileriye ait teknolojik, sosyal, ekonomik gelişmeleri önceden tahmin edebilen işletmelerde koşullarının değerlendirilerek işletme faaliyetlerini daha verimli ve etkin hale getirmek ve değişmelerin sunduğu fırsatları değerlendirerek işletmeler, ekonomik varlıklarını sürdürebilecek ve geliştirebileceklerdir³¹¹.

Alman Hukukunda işletme gereklerine dayana feshin daima bir işletmesel karara dayandığı kabul edilmektedir ve işletme gerekleri nedeniyle fesihte işletmesel karar geçerli sebeple feshin esasını oluşturmaktadır. İşverenin işletme dışı veya işletme içi nedenlerle bir önlem olarak işçi sayısını azaltma kararı işletmesel kararla fesihleri ve geçerli feshin dayanağını oluşturmaktadır³¹². Türk hukukunda da İş Kanununun 18. maddesi açısından feshin geçerli sebebe dayandığının belirlenmesi açısından, işverenin işletmesel karar verme serbestisi, ana hareket noktası olarak kabul edilmesinin uygun olacağı önerilmektedir³¹³. İşletme gerekleri ile fesihte mutlaka bir işgücü fazlalığı vardır ve işletme gerekleri ile fesihte işletmesel karar bulunmaktadır³¹⁴. BİR BEN' e göre de, işletme gereklerine dayalı fesih sebebi işletmesel karara bağlıdır. İşletmesel karar fesih sebebinin belirleyicisi olup, işyerinde işgücü azalması sonucu doğuran işletmesel değişiklikler, her zaman işletmesel karara dayalı olarak sağlanmaktadır³¹⁵.

Ne 4857 sayılı İş Kanunu geçerli sebeplere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 18. maddesinde ne de gerekçesinde işletmesel karar kavramına yer verilmemiştir. İşletmesel karar kavramına, ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarında rastlanmaktadır. Yargıtay, iş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshine ilişkin kararlarında, öncelikle işverenin bu yoldaki feshini haklı gösterecek bir

³¹⁰ Günay, s. 665; Kar, s. 393; Keser, s. 259.

³¹¹ Erol Eren, **Stratejik Yönetim Ve İşletme Politikası**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s. 41.

³¹² Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 220; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 878.

³¹³ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 222.

³¹⁴ Gülsevil Alpagut, "İşletme Gerekleri İle Fesih Kavramı Ve Hukuki Sonuçları", **III. Çalışma Yaşam Kongresi**, 3 – 4 Nisan 2010, (Anılış, İşletme Gerekleri), s. 125.

³¹⁵ Birben, s. 139. İşyeri içi ve işyeri dışına bağlı sebeplere dayalı olarak işveren bazı kararlar alabilir ve ayrıca bu sebepler olmadan da işveren verimlilik ve rekabet gerekçeleri ile de bazı kararlar alabilir. İşverenin almış olduğu bu kararlar sonucunda iş sözleşmesinin feshi zorunlu hale gelmiş ise, geçerli nedenin varlığında söz edilir (Çankaya ve diğerleri, ss. 88 – 89).

işletmesel kararın varlığını aramaktadır³¹⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına³¹⁷ göre:

“İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesih, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.”.

“Yargıtayın 2009 tarihli bir kararına³¹⁸ göre:

“ İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa dikkate alınmalıdır.”.

İş güvencesi kapsamında olan işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini işyerinin, işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebeple süreli fesih yoluyla feshetmek isteyen işveren, bu feshi haklı kılan bir işletmesel karara dayanması gerekmektedir. İşletmesel karar verme özgürlüğü ana hareket noktası olmaktadır. Geniş anlamda işletmesel karar, işverenin amaç ve içeriğini belirlemede özgür olduğu ve işverenin yönetim hakkı çerçevesinde, işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi

³¹⁶ Kar, Yargısal Denetim, s. 108; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 879; Keser, s. 259; Y. 9. HD., 15.09.2008, E. 3679, K. 23507; Y. 9. HD., 10.11.2008, E. 5806, K. 30565; 11.09.2008, E. 25324, K. 23401; Y. 9. HD., 24.11.2008, E. 40264, K. 31891(KAR, ss. 661 – 670, 676 – 679,691 - 695) Ayrıca bkz. Keser, s. 261, dn. 746’daki Yargıtay Kararları.

³¹⁷Y. HGK, 02.06.2010, E. 2010 / 9 – 272, K. 2010 / 276, <http://www.isvesosyalguvenlik.com/hizmet-akdi-ise-iade-ile-ilgili-yargitaykararlari/#.Uia8UzbwICg>, (05.05.2012).

³¹⁸ Y. 9. HD., 01.12.2009, E. 27186, K. 3636, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (05.05.2012). Y. 9. HD., 30.06.2008, E. 1816, K. 17979 (Kar, s. 400 – 403).

ile ilgili iş sözleşmesinin yapılmasından, sözleşmenin feshine kadar tüm konularda aldığı kararlar, işletmesel kararlardır³¹⁹.

İşletmesel kararların temel özelliği, bunların geleceğe yönelik işletme planlamasına ve işverenin ekonomik takdir ve tercihlerini ilgilendirmesidir. Bu kararlara işletmesel karar olma özelliğini kazandıran faktör, bunların işverenin işletmeci kimliğiyle aldığı, işletme verimliliğine yönelik kararlar olmalarıdır. İşletmesel kararların konusu işletme verimliliğidir. Rekabet koşulları ve verimliliğin artırılması gibi olgular, işvereni, işyerinin daraltılmasına, işyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına, iş gücünü yeniden yapılandırmaya, işçi sayısının azaltılması gibi konularda kararlar almasına yol açabilirler. Bunlar, işletmesel kararlardır³²⁰. İşçinin iş sözleşmesinin feshi de işletmesel karar kapsamındadır³²¹. İşverenin işletmesindeki veya işyerindeki işçi sayısını azaltmak yolundaki kararı geniş anlamda bir işletmesel karar olmakla birlikte, mahkemeler için bağlayıcı olup, işverenin işgücünü azaltmayı gerektiren nedenleri mahkemeye sunması şartı ile kabul edilmektedir. Böylelikle feshe karşı koruma hukuku, işverenin işletmesel karar verme özgürlüğünü sınırlamaktadır³²².

İşverenin işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili iş sözleşmesinin yapılmasından, sözleşmenin feshine kadar tüm konularda aldığı işletmesel kararlar, işverenin yönetim hakkına dayanır³²³. İşverenin vereceği talimatlarla, kanun, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere, işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına, yönetim hakkı denir³²⁴. Türk İş Hukukunda işverenin yönetim hakkı, kanunla düzenlenmemiştir. Yönetim hakkının iş sözleşmesinden doğduğu kabul edilmektedir³²⁵. Yönetim hakkının hukuki niteliği

³¹⁹ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 267; Kar, s. 392; Keser, s. 261.

³²⁰ Engin, s. 48; Soyer, s. 47; Birben, s. 142.

³²¹ Birben, s. 143; Kar, s. 392. İş sözleşmesinin feshinin başlı başına işletmesel karar olup olmadığı konusunda, KILIÇOĞLU ve ŞENOCAK'a göre, "İş Kanununun 18. maddesinde yer alan "...işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden dayanmak zorundadır." ifadesinden iş sözleşmesinin feshinin işletme gereklerine dayanmak zorunda olmasını şart koşmakta olduğu, dolayısıyla iş sözleşmesinin feshinin başlı başına işletmesel karar olmadığı sonucuna varmaktadırlar" (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 267).

³²² BİR BEN, s. 143.

³²³ Engin, s. 27, 49; Soyer, s. 48; Seracettin, s. 36.

³²⁴ Sarper Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı Ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, (Anılış, Yönetim Hakkı), s. 225. Her hak gibi yönetim hakkı da objektif iyi niyet kurallarına uygun kullanılması gerektiğinden, Medeni Kanun madde 2'de düzenlenen "dürüst davranma" ilkesi bu hakkın kullanılmasının sınırını oluşturur (Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231).

³²⁵ Süzek, Genel Esaslar, s. 72; Yenisey, s. 97.

konusunda, Taşkent' e göre, "Yönetim hakkı, yenilik doğuran hak niteliği taşımamaktadır. Yönetim hakkı kullanılmakla tükenmemekte, değiştirilip geri alınabilmektedir. Bu özellikleri nedeniyle yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi söz konusu olamaz³²⁶." BAYCIK' a göre: "Bir hakkın yenilik doğuran hak olup olmadığı, onun yenilik doğuran hakların kullanımına ilişkin kurallara uygunluğuyla değil, yenilik doğuran hakların karakteristik özelliklerini taşıyıp taşıyamamasıyla belirlenmelidir. Bu nedenle yönetim hakkının geri alınamaması ve kullanılmakla tükenme kurallarına uygunluğu üzerinden yapılan değerlendirmeler bu hakkın hukuki niteliğini belirlerken önem arz etmeyen hususlardır. Yenilik doğuran hakkın değiştirilememesi, geri alınamaması veya kullanılmakla tükenmesi bu hakların karakteristik özelliği değil, kullanımlarına ilişkin kurallardır ki belirli koşullarda bu kurallara aykırı şekilde kullanılabilen yenilik doğuran haklar da vardır. İşveren yönetim hakkına dayanarak iş sözleşmesinde değişiklik meydana getirebiliyorsa bu hakkın yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi gerekir³²⁷."

İşverenin yönetim hakkı, Türk hukukunda kaynaklar hiyerarşisinde, kanunun tamamlayıcı hükümlerinden sonra gelmektedir. Yönetim hakkı, hukuk kaynaklarında düzenlenmeyen konularda söz konusu olabilecektir. Ayrıca yönetim hakkı, diğer hukuk kaynaklarına aykırı şekilde kullanılamaz³²⁸. Kısacası işveren yönetim hakkını, ancak diğer hukuk kaynaklarında düzenleme bulunmayan konularda ve bu kaynaklara aykırı olmayacak şekilde kullanabilir³²⁹.

Amacını işletme verimliliği olarak ifade ettiğimiz işletmesel karar, anayasal temelini çalışma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünde ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. İşverenin işletmesel karar alma ve buna bağlı olarak sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğünün çatıştığı temel hak, işçinin çalışma hakkıdır. Her iki temel hakkın karşılıklı sınırları ölçülülük ilkesi çerçevesinde ve öze dokunmama kaydıyla sınırlanabilir³³⁰. İş Kanunu her ne kadar, işletmenin, işyerinin ya da işin gereklerinden söz etmekle yetinip işletmesel karar kavramına açıkça yer vermemiş (İş K. m. 18) ise de, işletmesel kararların uygulanması sonucunda işyeri ya da işletme

³²⁶ Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, Metler Matbaası, İstanbul 1981, (Anılış, Yönetim Hakkı), ss. 40 – 41.

³²⁷ Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 107.

³²⁸ Taşkent, Yönetim Hakkı, s. 125 - 150; Süzek, s. 75; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 230; Baycık, s. 182.

³²⁹ Süzek, s. 75; Baycık, s. 182.

³³⁰ Engin, s. 27, 49; Soyer, s. 48; Seracettin Göktaş, " İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2008, S. 1, s. 36.

ile ilgili değişiklikler ortaya çıkıyor ve bu değişiklikler iş sözleşmesinin feshini haklı kılıyorsa, bu kararlar, feshin İş Kanunu madde 18 anlamında geçerli nedenlere dayanmasının temel gerekçesi haline gelmektedir.

İşverenin üretim aşamasında kullanabileceği üç tip kaynak vardır. Bunlar, fiziksel veya maddi değerler (tesisat, stoklar vs.) parasal değerler (nakit veya kredi gibi) ve çalışanlardır³³¹. İşveren, işletmesinin varlığını sürdürmek için bu kaynaklarda meydana gelen değişikliklere karşı önlem almak ve bu önlemlere ilişkin aldığı işletmesel kararları uygulamak zorundadır. Bu anlamda alınacak işletmesel kararlar, işletmeyi amaçlarına ulaştırmak için alınan kararlardır. Fiziksel veya maddi değerlerde, parasal ve piyasa değerlerinde ve çalışanların niteliklerinde meydana gelen değişiklikler uygulamada farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Uygulamada karşılaşılan en yaygın işletmesel karar sebepleri olarak:

- Zarar edilmesi sebebi ile faaliyette devamın sürdürülmesinin imkânsız olması,
- Talep ve sipariş azalması,
- Satış hacminde ve kar marjında düşüklük yaşanması
- Yönetmel ve yapısal değişiklikler,
- Teknolojik gelişmeler,
- Ekonomik durgunluk
- Küçülmeye gidilmesi,
- Şirketin pazar payının azalması, gibi sebepler sayılabilecektir³³².

Gerçekleşen işletme ve işyerinden kaynaklanan nedenler, tek başına fesih için yeterli değildir. İlk olarak işverenin, bu nedenlerden dolayı bir işletmesel karar alması ve uygulaması gerekmektedir³³³.

İşverenin, işletmesel gereklerden dolayı işçi sayısını azaltması çok farklı sebeplerden kaynaklanabilir. Bu sebepler, işletme içi sebepler olabileceği gibi işletme dışı sebeplerden olabilir. İşletmesel karar alınmasını gerektiren sebeplerden, işletme içi sebepler bir veya birden fazla işçinin işyerinde çalışma ihtiyacını ortadan

³³¹ Erol Eren, **İşletmelerde Stratejik Planlama**, Beta Basım Yayın, İstanbul 1979, (Anılış, Planlama), s. 35.

³³² Keser, s. 266.

³³³ Engin, s. 47; Kar, s. 394.

kaldırıyorsa; işletme dışı sebepler ise, ancak bu sebepler, işyerinde iş gücü fazlalığına sebep olmuşsa, işletme gereklerine dayanan fesihte geçerli neden oluştururlar³³⁴.

A) Bağlı İşveren Kararı

Bir sözleşme ilişkisinde ifa ve ifayı kabulü etkileyen nedenler, zorlayıcı nedenler (mücbir sebep) ve umulmayan hallerdir. Borçlar Hukukunda ifa imkânsızlığı yaratarak borcu sona erdiren zorlayıcı neden örnekleri olarak, savaş, doğal afet, yasaklayıcı hükümet tasarrufları, genel hammadde yokluğu, vs. gösterilebilir Zorlayıcı nedenlerde, herkes için mutlak ve objektif olarak bir kaçınılmazlık vardır. Her türlü tedbirin alınmış olmasına rağmen zorlayıcı neden teşkil eden olayın sonuçları önlenemez. Zorlayıcı neden ile umulmayan hal arasındaki en önemli ayırım kaçınılmazlık unsurudur. Umulmayan halde söz konusu kaçınılmazlık sadece sorumlu kişi yönünden olup, nispi nitelik taşımaktadır. Oysa zorlayıcı nedende kaçınılmazlık borçlu da dâhil herkes yönünden mutlak, objektif nitelik taşımaktadır³³⁵. Borçlar Hukuku alanında zorlayıcı neden kavramı yerine onun ile eş anlamlı olan mücbir sebep kavramı kullanılmasına rağmen, İş Hukuku alanında zorlayıcı neden kavramının kullanılması tercih edilmiştir³³⁶. Zorlayıcı nedenin mevcudiyeti genel hükümlere göre borçluyu borcundan kurtaracaktır. Nitekim borçluya yüklenemeyen haller dolayısıyla borcun ifası mümkün değilse, sözleşme kendiliğinden sona erecek ve borçlu sorumluluktan kurtulacaktır³³⁷.

Borçlar Hukuku karakterli zorlayıcı nedenin hükmü ile İş Hukukundaki zorlayıcı nedenin hükmü tam olarak örtüşmemektedir³³⁸. Zorlayıcı neden geçici bir ifa imkânsızlığına sebep olduysa, iş sözleşmeleri bakımından askıya alıcı bir neden olarak kabul edilmektedir³³⁹. Zorlayıcı nedeni teşkil eden olay sürekli bir ifa

³³⁴Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 236, 242; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, ss. 880 – 881; Çelik, s. 228; Keser, s. 266.

³³⁵Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı – Akdi Mesuliyet)**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 465; Eren, ss. 517 – 520; Ertuğrul Yuvalı, “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **Kamu – İş**, Cilt: XII, Sayı: 3,2012, s. 6.

³³⁶Bkz. İş Kanunu md. 24/III, 25/III, 40, 42/I, 46/IV, 55/d, 64/I. İş Kanunu’nun sadece bir hükmünde(md 34) mücbir sebep kavramı kullanılmıştır. Bunun nedeni ise dikkatsizlik veya unutkanlık olduğudur (Yuvalı, s. 10).

³³⁷Eren, s. 523.

³³⁸Yuvalı, s. 10.

³³⁹Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 682; Yuvalı, s. 11.

imkânsızlığına sebep olduysa iş sözleşmesinin feshini mümkün kılan bir neden olarak nitelendirilir³⁴⁰. Sürekli ifayı kabul engelinin ortaya çıkması işçinin fiilen çalışma olanağını ortadan kaldırıyorsa iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. İş Kanunu işçi veya duruma göre işverenin ölmesi hariç, ifa veya ifayı kabul imkânsızlığında dahi iş sözleşmesinin sona erdirmeyi mutlak iradi bir işlemle sona erdirmeyi zorunlu kılmaktadır³⁴¹.

İş sözleşmesi ilişkisinde, ifa ve ifayı engelleyen nedenlere dayalı işverenin aldığı işletmesel kararlar “**bağlı işveren kararı**” olarak kabul edilmektedir³⁴². İşyerinin tamamen yanması gibi işçinin çalışma olanağının ortadan kalktığı hallerde işletmesel karar sadece fesih beyanından oluşur. İşverenin feshe yönelik kararı işletmesel karardır. Bunun dışındaki hallerde, işveren ifayı kabul engeli oluşturan nedenlerin üretime etkisine göre yeni tedbirler alması gerekmektedir. Gerçekleşen işletme riski sebebiyle üretimi eski seviyesine yükseltmek fiilen mümkün olmadığı durumda işveren yeniden yapılanma tedbiri olarak işyerinin bir bölümünü kapatabilir³⁴³.

Burada feshe ilişkin işveren kararı iki aşamalıdır. İlk aşamada işveren gerçekleşen işletme riskinin etkisini yansıtan işletmesel karar (bağlı işveren kararı) almalı ve bu kararı uygulamalıdır. İfayı kabul engeline karşı alınan işletmesel karar, feshe yönelik irade beyanının kurucu unsurudur. İş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olan işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri, feshe yönelik irade beyanının kurucu unsurudur ve geçerli neden olmadan yapılan fesih hüküm ve sonuç doğurmaz³⁴⁴. İkinci aşama ise, feshe yönelik işçi sayısını alınan tedbir sonrasında ortaya çıkan işgücü sayısına uyarlamaktır³⁴⁵.

³⁴⁰ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, ss. 703 – 704; Yuvalı, s. 11.

³⁴¹ Çankaya ve diğerleri, s. 90.

³⁴² Engin, s. 39; Kar, s. 394. İşletme içi ekonomik kriz, işverenin hatalı tutumları nedeni ile meydana gelen ve işletme riski doğuran nedenlerden dolayı da alınacak kararlar da, bağlı işveren kararıdır (Kar, s. 395).

³⁴³ Engin, s. 47; Çankaya ve diğerleri, s. 90.

³⁴⁴ Engin, s. 46 – 47; Çankaya ve diğerleri, s. 90; Kar, s. 395.

³⁴⁵ Engin, s. 46 – 47; Çankaya ve diğerleri, s. 90.

B) Kurucu İşveren Kararı

İşveren henüz gerçekleşmemiş fakat muhtemel riskleri dikkate alarak geleceğe yönelik işletme planları yapabilir³⁴⁶. İşveren işletme ve işyeri verimliliğine yönelik bazı kararlar alabilir. Bu tür işveren kararlarına kurucu işveren kararı denilmektedir³⁴⁷.

İşverenin bu tür kararlarında, gerçekleşmiş bir işletme riski taşımayan³⁴⁸, ifayı kabul engeli yaratan bir neden yoktur³⁴⁹. İşvereni işletmesel karara almaya yönelten rekabet gerekleri ve verimliliğin artırılmasıdır³⁵⁰. İşveren rekabet gerekleri ve verimliliğin artırılması nedenleri ile yeni teknolojik yatırımlar yapabilir, iş gücünü yeninde yapılandırabilir³⁵¹. Ekonomik durumunun güvenilir olmaması, gelmekte olan ekonomik kriz nedeniyle de işveren yeniden yapılanma tedbiri alabilir³⁵².

İfayı kabul engelinde ortaya çıkan bağlı işveren kararlarında olduğu gibi rekabet gerekleri ve işletme verimliliğine yönelik kurucu işveren kararı da iki aşamalıdır. İlk aşama işletmesel karar alınması, ikinci aşama ise, bu karar uygun olarak alınan tedbirler sonucu işgücü fazlalığının ortaya çıkması ve fesih kararı alınmasıdır³⁵³.

III. İşletmesel Kararın Denetimi

İşverenin, işletme işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili işletmesel kararlar alması, Anayasanın 48. maddesi uyarınca girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Anayasanın “Çalışma Hakkı Ve Ödevi” başlıklı 49. maddesine göre, “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye

³⁴⁶ Engin, s. 48; Çankaya ve diğerleri, s. 91; Kar, s. 394.

³⁴⁷ Engin, s. 48; Kar, s. 394.

³⁴⁸ Çankaya ve diğerleri, s. 91.

³⁴⁹ Çankaya ve diğerleri, s. 91; Kar, s. 394.

³⁵⁰ Engin, s. 48 – 49; Çankaya ve diğerleri, s. 91; Kar, s. 394.

³⁵¹ Engin, s. 48; Çankaya ve diğerleri, s. 91.

³⁵² Engin, s. 48.

³⁵³ Engin, ss. 49 – 50; Çankaya ve diğerleri, s. 91.

elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” Yine Anayasanın “Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlıklı 13. 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.*” düzenlemesine yer verilmiştir. İşverenin Anayasanın 48. maddesinden kaynaklanan girişim özgürlüğü temel hakkının sınırları, çalışanlar açısından 49. ve 13. maddeler ile belirlenmiştir. Hukuk düzeni işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü, işçiyi korumak için sınırlamakta, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden aramaktadır. İşverenin almış olduğu işletmesel karar, İş Kanunu madde 18 ve devamı, Anayasanın 48, 49 ve 13. maddeleri kapsamında yargısal denetime tabi tutulacaktır³⁵⁴.

İşveren, Anayasanın 48. maddesi uyarınca, işletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili yönetim hakkı ve girişim özgürlüğü çerçevesinde işletmesi ile ilgili her konuda serbestçe işletmesel karar alabilmektedir. İşverenlerin almış olduğu işletmesel kararlar üzerinde, kural olarak mahkemeler amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapamazlar. İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı, doğru ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde mahkemeler inceleme yapamayacaklardır³⁵⁵. Bunun sebebi ise, işletme rizikosunun işverene ait olmasıdır. İşveren kendi işletmesi için işletmecilik gereklerine uygun olmayan hatalı kararlar akabilir. Mahkeme bu kararlara saygı duymak zorundadır, işveren yerine karar alamaz³⁵⁶.

Yargıtayın 2008 tarihli kararına³⁵⁷ göre:

“ İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanununun 18. Maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi

³⁵⁴ Kar, s. 612.

³⁵⁵ Engin, ss. 72 – 73; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 322; Alpagut, İşletme Gerekleri, s. 125; Keser, ss. 274 – 275.

³⁵⁶ Alpagut, İşletme Gerekleri, s. 126.

³⁵⁷Y. 9. HD., 21.07.2008, E. 2007 / 41050, K. 2008 / 213030, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (10.05.2012).

olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla yargıç işletmesel kararı denetleyemeyeceği için onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar veremeyecektir.”.

İş sözleşmesinin işletme gereklerine dayalı olarak feshinde, feshin işletmesel karara dayanması gerekmektedir. Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, “işletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ve amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz, yerindelik denetimine tabi tutulamaz.”³⁵⁸ denilerek, işverenin işletmesel kararlarının da yargı denetimi dışında olduğunu açıklanmıştır.

İşverenin serbestçe işletmesel karar alması ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması öncelikle, bu kararların hukuk düzeni tarafından belirlenen sınırlar içinde kalınarak alınmış olan kararlar olmasına bağlıdır³⁵⁹.

İşveren, işletmesiyle ilgili amaçları serbestçe belirleyebilir. Ekonomik kararların başarılı ya da başarısız sonuçlanmasının rizikosunu işveren taşır. Karar alma yetkisi ile kararın yerindeliliğinin sonuçları ve sorumluluğu tamamen işvereni ilgilendirir. Mahkemeleri, işveren tarafından işletme ile ilgili olarak belirlenen amaçları değiştirmeye yetkili görmek ve işletme politikasını işveren yerine mahkemelerin belirlenmesine müsaade etmek, anayasa ile teminat altına alınan girişim özgürlüğüne gayri meşru bir müdahale teşkil eder³⁶⁰.

Yargıtay da iş sözleşmesinin işletmesel kararlar feshinde kural olarak yerindelik denetimi yapılamayacağını kabul etmiştir. Yargıtayın 2007 tarihli kararına³⁶¹ göre:

“ Davalı işverenin doğalgaz fiyatlarındaki artış nedeni ile amonyak üretimi durdurması, bu maddeyi ithal yolu temin etme yoluna gitmesi, bu kapsamda toplu işçi çıkarması işletmesel kararı, gerçekleşmemiş, ancak olası riskler dikkate alınarak geleceğe ve bir nevi verimliliğe yönelik bir işveren kararıdır. Bu işletmesel

³⁵⁸ Fevzi Demir, “ Geçerli Sebep Fesih Kavramı Ve Uygulama”, **Legal İHSGHD**, Sayı: 10,2006, (Anılış, Geçerli Sebep), s. 490; Alpagut, İşletme Gerekleri, s. 126; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 232; Kar, s. 613; Alpagut, İşletme Gerekleri, s. 126; Keser, s. 277.

³⁵⁹ Birben, s. 153; Kar, s. 615; Keser, s. 277.

³⁶⁰ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 278; Kar, s. 613.

³⁶¹ Y. 9. HD., 24.09.2007, E. 28108, K. 27809 (Kar, s. 640 – 644). Ayrıca benzer kararlar için bkz. Y. 9. HD., 15.10.2007, E. 16150, K. 30227; Y. 9. HD., 19.11.2007, E. 22155, K. 34394; Y. 9. HD., 09.02.2009, E. 1186, K. 1832, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (15.05.2012).

karar, **kurucu bir işveren kararı** olarak doktrinde adlandırılmaktadır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. İşletmesel kararın amacı, yargı denetimi dışındadır. Başka bir anlatımla amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapılamaz.....”.

Bağlı işveren kararında feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti için, işverenin bir ifayı kabul engelinin ortaya çıktığını ve gerçekleşen işletme riskinin geçici değil sürekli olduğunu, fiilen mevcut olduğunu³⁶² İş Kanununun 20. maddesi uyarınca³⁶³ kanıtlaması gerekir. İşveren ekonomik kriz gibi genel bir beyanla yetinemez. Genel ekonomik krizin işletmesini doğrudan etkileyerek satış ve siparişlere azalmaya yol açtığını, üretimi azaltmak zorunda kaldığını ispatlamak için bazı maddi deliller sunmalı, örneğin, işyerinin bir bölümünün kapatıldığını, faaliyetin bir bölümünü tamamen durdurduğunu, bunun sonucu olarak iş gücü fazlasının ortaya çıktığını ispatlamalıdır³⁶⁴. Bağlı işveren kararında, işveren neden bu işletmesel kararı aldığını açıklamış ve belirtmiştir³⁶⁵.

Kurucu işveren kararında, ortada herhangi bir neden yoktur, işveren rekabet gerekleri ve verimlilik açısından bir karar almakta ve uygulamaktadır. Burada işverenin takdir nedeninin tartışılmasına gerek yoktur³⁶⁶. İşletmesel kararın akla uygun olup olmadığı, yerinde olup olmadığı, ekonomik açıdan mantıklı bir karar olup olmadığı, işletme açısından yararlı bir karar özelliğine sahip olup olmadığı yönünden bir denetim yapılamaz³⁶⁷.

İşveren tarafından alınan işletmesel karar sonucu bazı işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmedikçe, işletmesel kararın amacı ve bu amacın gerekli olup olmadığı yargı denetimi dışında olduğu için, işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmazlığının denetimi, kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde yani feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılacaktır³⁶⁸.

³⁶² Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 278; Kar, s. 614.

³⁶³ Kar, s. 614.

³⁶⁴ Engin, s. 73; Çankaya ve diğerleri, s. 93.

³⁶⁵ Kar, s. 614.

³⁶⁶ Kar, s. 614.

³⁶⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 278.

³⁶⁸ Keser, s. 278. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 01.10.2007, E. 14197, K. 28550, <http://legalbank.net/mahkeme-kararlari/yargitay-9-hukuk-dairesi-kararlari>, (18.05.2012). Y. 9. HD. 08.07.2003, E. 12442, K. 13123, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (18.05.2012).

İşveren tarafından alınan işletmesel karar hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa³⁶⁹, akla aykırı, keyfi, yasayı ya da sözleşmeyi açıkça ihlal etmesi halinde mahkemeler tarafında denetlenir³⁷⁰. Yargıtayın 2005 tarihli bir kararına³⁷¹ göre:

“İşverenin işyerini kapatması işletmeyle ilgili bir karar olup kötü niyetli kapatma dışında hâkimin denetimi dışındadır. Davacı işyerinin kötü niyetli kapatıldığını iddia etmemiş ve bu konuda da kanıt sunmamıştır. Davalının savunduğu gibi davalı Bankanın başka bir şubesi mevcut değilse davacıya yeni iş verme olanağı bulunmadığından işe iade davasının reddi gerekir. “.

Mahkemeler, bazı işçilerin iş sözleşmelerinin feshi yerine amaca uygun daha hafif tedbirlerin mevcut olup olmadığını değerlendirebilir. Feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği denetlenebilir. Söz konusu denetim, yapılan feshin, kanun ve sözleşmelere uygun olup olmadığıdır³⁷². Gereklilik denetimi, işverenin fesihle ulaşmak istediği amaca daha hafif tedbirlerle ulaşmasının mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır. Bunun içinde fesih anında fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli tedbirlerin varlığı gerekir³⁷³. Mahkemenin yaptığı bu denetime, işletmesel kararın “**gereklilik denetimi**” denir. Yargıtayın 2007 tarihli kararında³⁷⁴, işletmesel kararın yerindelik denetimi gibi, kural olarak gereklilik denetimine tabi olamayacağını belirtmiş, ancak bu denetimin alınan kararın yasa ve sözleşmeye uygun olup olmadığı yönünden yapılacağını açıklamıştır.

İş sözleşmesinin feshiyle istenen amaca uygun daha hafif belirli tedbirlerin olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir³⁷⁵. Feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararların gerekliliği de

³⁶⁹ Engin, ss. 73 – 74; Çankaya ve diğerleri, s. 94. Bkz. Y. 9. HD., 06.07.2005, E. 19990, K. 23905 (Çankaya ve diğerleri, s. 94, dn. 159): “ İşyerinde işveren tarafından yeniden yapılanmaya gidilmesi işletmesel bir karar olup kötü niyetli yapılmadıkça yargı denetimine tabi değildir. Somut olayda kötü niyet iddiasında da bulunmamıştır. Davacıya yeni bir işte teklif edilmiştir. Bu durumda davacının iş akdinin feshinin geçersizliğine ve işe iadesine olan talebin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü yerinde görülmemiştir.”.

³⁷⁰ Engin, s. 74; Soyer, s. 48.

³⁷¹ Y. 9. HD., 11.07.2005, E. 21402, K. 24448 (Çankaya ve diğerleri, s. 94, dn. 159).

³⁷² Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 197 – 198; Keser, s. 278 – 279. Ayrıca bkz.23.03.2009, E. 2008 / 34202, K. 2009 / 7718; Y. 9. HD., E. 30271, K. 25206; Y. 9. HD., 21.07.2008, E. 41050, K. 21303, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (20.05.2012).

³⁷³ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 192; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, “**İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği Ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu**”, Osman Güven Çankaya’ ya Armağan, Ankara 2010, (Anılış, Ölçülülük İlkesi), s. 189; Mollamahmutoglu ve Astarlı, s. 895.

³⁷⁴ Y. 9. HD., 26.11.2007, E. 35430, K. 35193 (Kar, s. 618, dn. 337).

³⁷⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 278; Kar, s. 618; Keser, s. 278.

denetlenmelidir. Aksine bir yorum, işletmesel gereklere dayalı feshin ölçülülük ilkesi kapsamında yapılacak olan denetim, hiçbir anlam ifade etmeyecektir³⁷⁶. Yapılan denetim gereklilik denetimi değildir, bu denetim bir nevi ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesinin bir sonucudur³⁷⁷. Yargıtayın konu ile ilgili 2004 tarihli kararına³⁷⁸ göre:

“İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.

Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez....” denilerek, Yargıtay, işverenin fesih dışındaki diğer tedbirleri de işletmesel amaca ulaşmak için dikkate alması gerektiğini vurgulamaktadır³⁷⁹.

Yargıtay iş güvencesini, işverenin fesih hakkını keyfi olarak kullanmasına karşı getirilen ve bu hakkı işçi lehine sınırlandıran bir kurum olarak değerlendirmektedir³⁸⁰. Yargıtay kararına³⁸¹ göre:

“ iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten çıkarmaları önlemektir. Böyle bir amaca ise, işverenin işçiyi işten çıkartırken yasanın öngördüğü geçerli bir nedene dayanması koşulu ve bu nedenin yargıç tarafından denetimi ile ulaşılabilir. Türk Medeni Kanununun 2. Maddesi uyarınca, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hakkını objektif iyi niyet kurallarına aykırı biçimde kullanması olarak tanımlanmaktadır.”.

³⁷⁶ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 278; Kar, s. 618.

³⁷⁷ Kar, s. 619.

³⁷⁸ Y. 9. HD., 16.12.2004, E. 27003, K. 27998 (**Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2005 / 1, s.306 – 308); Birben, s. 158.

³⁷⁹ Birben, s. 158.

³⁸⁰ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 899.

³⁸¹ Y. 9. HD., 12.10.2009, E. 372, K. 26764 (**Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, (9. Hukuk Dairesi 2008, 2009, 2010 Yılları)**, 3. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2011; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 899).

İşverenin almış olduğu işletmesel karar, işverenin bu hakkını kötüye kullandığı iddia edildiğinde mahkemeler tarafından keyfilik denetimine tabi tutulur. İşveren, işletmesel kararı almakta serbest iken, işverenin keyfi kararları ise, yargı denetimine tabidir. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren Medeni Kanununun 2. maddesi gereği, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır³⁸². Kötüye kullanıldığı iddia edilen hak fesih hakkı değil, işletmesel karar özgürlüğüdür³⁸³. İşveren almış olduğu feshe ilişkin işletmesel kararın bu kapsamda denetimi, **keyfilik denetimidir**. Örneğin, işveren, bir yandan işçi çıkartırken, diğer yandan düşük ücretle yeni işçiler alıyor ise, işletmesel kararın keyfi olduğu ileri sürülebileceği gibi, işverenin tutarlı davranmadığı da kabul edilebilecektir³⁸⁴. Tutarlılık denetimi sırasında işverenin keyfi davranıp davranmadığı da incelenecektir³⁸⁵. İşveren, işletmesel karar uyarınca işçi çıkarırken keyfi hareket etmemeli³⁸⁶, işçi seçimini objektif iyi niyet kurallarına göre yapmalıdır³⁸⁷. “Keyfilik, işletmesel kararın salt işveren iradesinden başka nesnel hiçbir esasa dayanmamasıdır³⁸⁸”.

Yargıtayın 2010 tarihli kararına³⁸⁹ göre:

“ İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinde, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.”

İşveren işçinin iş sözleşmesini zorunlu olarak feshinin gerektiğini iddia ettiği işletmesel kararı uygularken, tutarlı ve birbiri ile çelişmeyecek şekilde hareket

³⁸² Kar, s. 606; Keser, s.267; Centel, İş Güvencesi, s. 112.

³⁸³ Engin, s. 65.

³⁸⁴ Engin, s. 65; Kar, s. 617.

³⁸⁵ Kar, s. 617.

³⁸⁶ Kar, s. 617; Keser, s. 279; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 900.

³⁸⁷ Mollamahmutoğlu ve Astarlı s. 900.

³⁸⁸ Birben, s. 154; Kar, s. 616; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 900.

³⁸⁹ Y. 9. HD., 17.05.2010, E. 16041, K. 13716 (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 900, dn. 806). Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 21.09.2005, E. 29436, K. 31658 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 327): “İlke olarak işletmesel kararlar, yargıç tarafından keyfilik denetimine tabidir. Öte yandan işyerinde oluşan durumun işyerinde çalışmayı zorunlu olarak engellemelidir.....”. Y. 9. HD., 28.06.2010, E. 2009 / 21779, K. 2010 / 20702 (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 900, dn. 804). Ayrıca bkz. 15.02.2010, E. 2009 / 25281, K. 3519, <http://legalbank.net/mahkeme-kararlari/yargitay-9-hukuk-dairesi-kararlari>, (22.05.2012).

etmelidir. İşçi çıkarılmasını gerektiren ekonomik sebep ve işletmesel karar mevcut olduğunda, fesihden önce ve sonra işverenin fesih sebebi ile çelişen uygulamalarda bulunup bulunmadığı önemli bir husustur. İşletmesel kararın amacı çerçevesinde tutarlı uygulanıp uygulanmadığının denetimi, **tutarlılık denetimidir**³⁹⁰. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, geçerli neden oluşturan, istihdam fazlası doğuran tedbire karşı uygulamak için aldığı kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamadır. Tutarlılık denetiminin çerçevesinde, işletmesel kararın kalıcı ve sürekli olması yanında işyerinde gerçekten uygulanması aranır³⁹¹. Yargıtayın 2007 tarihli kararına³⁹² göre:

“ İşletmesel kararın amacı, yargı denetimi dışındadır. Başka bir anlatımla işletmesel kararda, amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapılamaz. Ancak işveren yeniden yapılanma tedbirini ciddi ve kalıcı bir biçimde uyguladığını, tutarlılık denetimi kapsamında ispatlamalıdır.”.

Yargıtayın 2007 tarihli başka bir kararına³⁹³ göre de:

“ Davacının iş sözleşmesi, davalı işverenin kamu borçları, bazı işlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılması ve ortaya çıkan personel fazlalığı yanında hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle feshedilmiştir. ... Ancak davalı işverenin toplu iş sözleşmesinde düzenlenen tenkifat kuralına uymadığı, kısacası objektif kriterler getirmediği, **ayrıca fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek yeni işçi aldığı anlaşılmıştır**... Somut maddi ve hukuki olgulara göre, davalı işveren işletmesel kararın uygulanmasında **tutarlı davranmamıştır**. Davalı işveren tarafında gerçekleştirilen iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı sabittir.”.

İşverenin almış olduğu işletmesel kararı tutarlı şekilde uyguladığı anlaşıldığında bu kez tutarlılık denetiminin ardından işletmesel karar ölçülülük denetimine tabi tutulmalıdır. Ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin almış olduğu işletmesel kararın uygulanmasında, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, olumsuz ekonomik nedenlerin sürekli olup olmadığı, fesih dışındaki diğer alternatif yollarla (örneğin, ücretsiz izin uygulaması, fazla mesailerin kaldırılması, kısa çalışmalar)

³⁹⁰ Engin, s. 64; Kar, s. 615. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 08.10.2007, E. 11913, K. 29307 (Kar, s. 615, dn. 327).

³⁹¹ Engin, s. 64; Kar, s. 615.

³⁹² Y. 9. HD., 15.10.2007, E. 16150, K. 30227 (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 900).

³⁹³ Y. 9. HD., 08. 10.2007, E. 11913, K. 29307 (Kar, s. 615, dn. 327; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 901).

ekonomik sorunların aşılabileceği ve işçinin aynı veya başka bir birimde çalıştırılıp çalıştırılmayacağı konularında denetleme söz konusu olacaktır³⁹⁴. Bu denetime, **ölçülük denetimi** denilmektedir. Ölçülük denetimi feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır³⁹⁵. Yargıtayın 2007 tarihli kararına³⁹⁶ göre:

“ Ölçülülük denetimi de işletmesel kararın amacı ve bu amacın gerçekten gerekli olup olmadığı yargı denetimi dışında kaldığı için, feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. “.

IV. İşletmenin, İşyerinin Ve İşin İçinden Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi

İşverenler işletmeleri ile ilgili her konuda gerekli gördükleri takdirde serbestçe işletmesel kararlar alabildiklerini açıklamıştık. Bu kararların sebeplerine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Uygulamada işletme içi sebeplere veya işletme dışı sebeplere dayanan çok sayıda işletmesel karara rastlamak mümkündür.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik alanda aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılır. Bu tedbirler aracılığıyla işverenler, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını, yani yönetsel karar alma hakkını kullanmaktadır³⁹⁷.

İşgücü fazlalığının azaltılması ve işgücü yapısının değiştirilmesi, işverenin işletme gereklerine ilişkin konularda alacağı kararların temel amaçları olarak ortaya çıkar. Şirketin yeniden yapılandırılması ve ileri teknoloji uygulanması yüzünden stoktaki tütünlerin bakım ve işlenmesini yapan işçilere gereksinim kalmayışı veya

³⁹⁴ Kar, s. 619 – 620; Keser, s. 286.

³⁹⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, s.204; Kar, s.621; Keser, s. 286. Ayrıca bkz. Y. 9. HD. 19.11.2007, E. 22155, K. 34394, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (25.05.2012); Y. 9. HD., 13.02.2006, E. 2005 /37219, K. 2006 / 3456 (Kar, s. 622); Y. 9. HD., 28.04.2008, E. 2007 / 34009, K. 10347 (Kar, s. 627 – 630); Y. 9. HD., 12.05.2008, E. 2007 / 35898, K. 11997 (Kar, s. 630).

³⁹⁶ Y. 9. HD., 19.11.2007, E. 22155, K. 34394, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (28.05.2012).

³⁹⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 242; Mollamahmutoğlu, s. 734; Kar, s. 396; Keser, s. 294.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilip tasfiye halinde olan bir bankanın işçilerini işten çıkarmak zorunda kalışı gibi durumları Yargıtay tarafından iş sözleşmesinin feshi için işletme gereklerine dayalı geçerli neden olarak kabul edilmiştir³⁹⁸.

Yargıtayın 2004 tarihli kararına³⁹⁹ göre:

“ Davalı kurum sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yapısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personele gereksinimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Davacının ya da emekli edilenlerin çalışmasına gereksinim duyulmadığına, çoğunluğu teknisyen olan bu kişilerin yeni teknolojiyi kullanamadıkları konusunda yeterli bir inceleme araştırma yapılmış değildir. Öncelikle işverenin feshe gerekçe gösterdiği rekabet yapabilme ve yeni teknolojiyi kullanma, yüksek eğitilmiş, teknolojiyi kullanan kaliteli personele gereksinimi olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen davacının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, hizmetine gereksinim bulunup bulunmadığı somut şekilde, çıkarılan işçinin sicil dosyası incelenerek araştırılmalı,..... buna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlendikten sonra karar verilmelidir.”

İşletme içi nedenlerden kaynaklanan fesihlerde, işveren, hangi önlemleri aldığı ve bu önlemlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme ve işyeri içi önlemlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi nedenlere dayalı fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan

İşletmesel karar ve ekonomik gelişmeler doğrudan fesih sebebi olamaz. İşveren kararın uygulanması sonucunda sözleşmenin feshi objektif olarak gerekli ve kaçınılmaz hale gelmelidir. İşçinin çalışma olanağı sürekli ve kesin olarak ortadan kalkmış olmalıdır⁴⁰⁰.

4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin II. fıkrasına göre, “*Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükü işverene aittir.*” İşletme, işyeri ve işin gereklerine

³⁹⁸ Akyiğit, ss. 270 – 271 ve dn 301 ve 303’ deki Yargıtay kararları; Keser, s. 109.

³⁹⁹ Y. 9. HD., 06.12.2004, E. 11759, K. 26275 (LEGAL İHSGHD, Cilt: II, Sayı: 6, 2005, s. 739). Benzer yönde bkz. Y. 9.HD., 27.03.2006, E. 6187, K. 7600, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (29.05.2012).

⁴⁰⁰ Mollamahmutoglu, s. 734; Keser, s. 109.

dayanan bir fesih söz konusu olduğunda, işveren bu yükümlülüğü yerine getirirken genel anlamda sırasıyla;

- Feshin şekli koşullarının oluştuğunu,
- Fesihle ilgili bir işletmesel karar alındığını,
- Bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını,
- Feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamak zorunda olacaktır⁴⁰¹.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, almış olduğu işletmesel karar sonucu ortaya çıkan, istihdam fazlasının giderilmesi amacıyla yapacağı fesihler sonucu, işe iade davaları ile karşılaştığında, aldığı işletmesel kararın, feshi zorunlu kılan hususu mahkemede ispatlamak durumunda kalacaktır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sadece feshin geçerliliğini sağlamaz; işletme, işyeri gerekleri, feshe gitmeden önce başka önlemlerle karşılanabiliyorsa fesih için geçerli nedenden bahsedilemez. Fesihten önce başka önlemlerin alınıp uygulanması, başarı sağlanamaması halinde fesih işlemine gidilmesi gerekir. İş güvencesi iş ilişkisini koruma amacı taşıdığından feshin, en son başvurulacak çare olması, iş güvencesinin en önemli unsurudur. İşveren olanakları dâhilindeki tüm önlemleri almasına rağmen, işçinin işyerindeki işini kaybetmesine engel olamıyorsa bu durumda iş sözleşmesinin geçerli bir sebebe dayanarak feshedilme söz konusu olur⁴⁰².

İş Kanunu madde 18'in gerekçesinde, “ *yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler*”, işyeri içinden kaynaklanıp geçerli nedenle feshe yol açabilecek durumlar olarak arasında kabul edilmiştir.

⁴⁰¹ Kar, ss. 397 – 398; Keser s. 296.

⁴⁰² Ali Güzel, “ **İş Sözleşmesinin Geçerli nedenle feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi Ve Uygulama Esasları** ”, A. Can Tuncay’a Armağan, 2005, (Anılış, Son Çare), s. 88; Günay, s. 666; Mollamahmutoğlu, s. 734 – 735; Keser, s. 269. Ayrıca bkz. feshin son çare olması ilkesi ile ilgili Y. 9. HD., 05.12.2005, E. 35749, K. 38673 (Günay, s. 676); Y. 9. HD., 13.01.2005, E. 33414, K. 930 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 313); Y. 9. HD., 13.02.2006, E. 2005 / 37219, K. 3456 (Kar, s. 623, dn. 361); Y. 9. HD., 07.07.2008, E. 1845, K. 19005 (Kar, s. 657).

A) Yeniden Yapılanma

Yeniden yapılanma olarak ifade edilebilecek olan işletme organizasyonlarında meydana gelen değişiklikler, işyerlerinin değişen koşullara uyum için yeniden yapılanmalarını sağlamaktadır. İşveren ekonomik, teknolojik, yapılsa ve benzeri nedenler yanında verimliliği ve rekabet gücünü arttırmak yeniden yapılanma kararı alarak işletmesinde değişikliklere gidebilir. Küçük bir işyerinden, devlete ait en büyük kamu kurumuna kadar tüm işletmelerin rekabet pazarındaki konumlarını kaybetmemeleri için gerektiğinde yeniden yapılanmaya girmesi şarttır⁴⁰³.

Uygulamada genellikle,

- Şirket giderlerinin rakiplerinkinden veya işçinde bulunduğu iş alanında olması gerekenden çok daha yüksek olması,
- Müşteri memnuniyetsizliğinin artmış olması,
- Mali durum tatmin edici olsa da, gelecekteki yeni rakipler, müşterilerinin isteklerinin ve özelliklerinin değişmesi,
- Şirket devri, birleşmesi,
- Özelleştirme
- Sadece rakiplerine karşı üstünlüklerinin artırılması gibi nedenlerle yeniden yapılanmaya başvurulduğu görülmektedir⁴⁰⁴.

Yeniden yapılanma uygulamalarına gidilirken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Yeniden yapılanmaya ilişkin işletmesel kararın işletmede ve işyerinde tutarlı şekilde uygulanmış olması ve fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunulmaması gerekir. Aksi halde feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılır⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Kar, s. 398; Keser, s. 300.

⁴⁰⁴ Keser, ss. 300 – 301.

⁴⁰⁵ Çankaya ve diğerleri, s. 120. Bkz Y. 9.HD., 21.06.2004, E. 16338, K. 15344 (Çankaya ve diğerleri, s. 120, dn. 227): “ ... Dosya içeriğine göre,”Davacının çalıştığı birim fesihten sonra başka birime bağlanmıştır. Fesih tarihinde çalıştığı birimin kapatılması ve başka birime bağlanması söz konusu değildir. Ayrıca davacının ayrıldığı Genel Müdürlük bünyesine, fesih tarihinden başlayarak kısa bir zaman diliminde, davacı gibi müdürlük vasfını taşıyan yedi personel alınmıştır. Davalı işverenin hem Genel Müdürlük bünyesine hem de bağlı bulunan kuruluşa yeni işçi alması, fesih nedenleri ile çelişmektedir. Fesih geçerli nedenlere dayanmadığından, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekir. Mahkemece yazılı gerekçe ile red kararı verilmesi hatalı bulunmuştur...” ”.

Kaynakların etkin ve verimli kullanımının ekonomik yaklaşım olarak şirketlerde uygulamaya konulması ile birlikte, toplam kalite, performans değerlendirme ve norma kadro gibi bakış açıları geliştirilmiştir⁴⁰⁶. Norm kadro, bir örgütte, benzer nitelikteki ödevlerden oluşan görevlerin yürütülmesine olanak veren yapının, amaca göre belli bir tip halinde düzenlenmesidir⁴⁰⁷. Norm kadro çalışmaları örgütlerin görevlerini etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmeleri için uygulanan çalışmalardır⁴⁰⁸. Norm kadro çalışmaları, örgüt içerisinde yer alan görevlerin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan, ideal kadronun nitelik ve nicelik yönüyle belirlenmesini sağlar⁴⁰⁹. Günümüzde özel sektörde sıklıkla kullanılan norm kadro çalışmaları⁴¹⁰ ile ilgili olarak Bakanlar Kurulunun 06.11.2000 tarih ve 2000 / 1658 sayılı kararı ile kabul edilen “ Kamu Kurum Kuruluşlarınca Yapılacak Norm Kadro Çalışmalarında Uygulanacak Usul Ve Esaslar”, 20.12.2000 tarih ve 24266 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁴¹¹.

Norma kadroya göre fazlalık oluşturan işçinin işten çıkarılması geçerli neden kabul edilir⁴¹². Yargıtayın 2004 tarihli kararına⁴¹³ göre:

“ ... Dosya içeriğine göre, davalı işverence yaptırılan norm kadro çalışması sonucunda 2003 yılı için toplam 1354 kadroya yer verildiği anlaşılmıştır. Her ünite için ayrı ayrı kadro tespiti yapılmış ise de davacının çalıştığı ünite ve o ünite de fiilen çalışan personel sayısı belli olmadığından davacının gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Öte yandan dosyada mevcut davalı şirketin 09.01.2004 tarihli yazısına göre mahkeme kararları ile şirkete ait olduğu kabul edilen işçilerin özelleştirme ihalesine ilişkin süreç tamamlanıncaya kadar geçici olarak istihdam edilmelerine karar verildiği ve 2004 yılı için 9581 adam / ay geçici işçi pozisyonu vizesi alındığı görülmektedir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının en son çalıştığı ünite ve bu ünite de fesih tarihi itibarıyla

⁴⁰⁶ Keser, s. 301.

⁴⁰⁷ Hayrettin Kalkandelen, **Örgütlerde Yeniden Yapılanma Ve Norm Kadro**, Anı Yayıncılık, Ankara 1997, s. 47; Keser, s. 301.

⁴⁰⁸ Kürşad Yılmaz ve Güven Özdem, “Norm Kadro Çalışmalarının Üniversitelerde Uygulanabilirliği: Nitel bir Araştırma”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Cilt: 37, Sayı: 2, 2004, s. 116, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/660/990.pdf>, (05.06.2012); Keser, s. 301.

⁴⁰⁹ Yılmaz ve Özdem, s. 116.

⁴¹⁰ Keser, s. 302.

⁴¹¹ Bkz., http://mevzuat.meb.gov.tr/html/24266_1.html, (05.06.2012).

⁴¹² Çankaya ve diğerleri, s. 120.

⁴¹³ Y. 9. HD., 15.04.2004, E. 6141, K. 7664 (Çankaya ve diğerleri, s. 120, dn. 228). Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 05.05.2008, E. 2007 / 32500, K. 2008 / 1101 (Kar, ss. 406 – 409).

çalışan personel sayısı öncelikle tespit edildikten sonra o ünite için saptanan norm kadro durumu ve kadro durumuna rağmen geçici işçi adı altında işçi istihdamına ilişkin uygulamam birlikte değerlendirilerek davacının gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılacak bu araştırmalardan sonra şayet davacı ihtiyaç fazlası ise fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmeli; aksi halde şimdilik gibi isteğin reddine karar verilmelidir...”.

Norma kadro, bir yeniden yapılanma tedbiri olup, çoğunlukla kurucu işveren kararına dayanır. İşverenin işletmesel kararı tutarlılık denetimine tabi olacaktır. İşveren bir taraftan norma kadro gerekçesi ile işçi çıkarırken diğer taraftan yeni işçi almış ise tutarlı bir uygulamadan söz edilemeyecektir⁴¹⁴.

B) İşyeri Birleşmeleri

İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde, işletme içi sebeplerden kaynaklanıp geçerli sebeple feshe yol açabilecek nedenler arasında işyeri / şirket birleşmeleri sayılmamıştır.

Yeni Türk Ticaret Kanununda⁴¹⁵ şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi konuları Türk Ticaret Kanununun ticaret şirketlerini düzenleyen ikinci kitabının “genel hükümler” başlıklı birinci kısmında ayrı “F” başlığı altında 134 ila 194. maddeler arasında birlikte ele alınmaktadır. TTK. 136-158 hükümlerinde birleşme düzenlenmekte ve “ortak hükümler” başlığı altında TTK. 191-193 hükümleri yer almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu madde 136/ f. I’de birleşmenin iki farklı şekilde olabileceği belirtilmektedir: Bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “**devralma şeklinde birleşme**” veya şirketlerin yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “**yeni kuruluş şeklinde birleşme**” dir. Devralma şeklinde birleşmede devir alan ve devir edilen olmak üzere iki şirket mevcuttur. Birleşme

⁴¹⁴ Çankaya ve diğerleri, s. 121. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 14.07.2005, E. 20429, K. 25962 (Çankaya ve diğerleri, s. 121, dn. 230): “ somut olayda olduğu gibi çok sayıda fesih gerçekleştiren kurumların ve özellikle yasasında da hüküm olmakla yeniden yapılandırmaya ve norm kadroya dayanan fesihlerde bu belirlemelerin rasyonel, objektif ve somut olarak yapılmalı uygulamasının da yasaya uygun olması gerekmektedir. Dairemiz bir yandan hizmet akdi feshedilirken öte yandan yeni işçi alındığının iddia edilmesi durumunda yeni alınan işçilerin çıkarılanların yerine alınıp alınmadığını da denetlemek durumunda kalmaktadır. Bu tür işçi alımlarının da objektif ve ehliyeteye göre olması gerekmektedir...”.

⁴¹⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Kabul Tarihi: 13.01.2011, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2011, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214-1-1.htm>, (10.06.2012).

devir alan şirket bünyesinde gerçekleşir; devir alan şirket varlığını sürdürür. Devir edilen ortaklık ise devralanın bünyesine katılır ve işlemler tamamlanınca tüzel kişiliğini kaybeder⁴¹⁶.

Türk Ticaret Kanununun “Birleşme” başlıklı 136. maddesine göre,
“(1) Şirketler;

a) Bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şeklinde birleşme” veya

b) Yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”,

yoluyla birleşebilirler.

(2) 136 ilâ 158 inci maddelerin uygulamasında, kabul eden şirket “devralan”, katılan şirket “devrolunan” diye adlandırılır.

(3) Birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir. Birleşme sözleşmesi 141 inci maddenin ikinci fıkrası anlamında ayrılma akçesini de öngörebilir.

(4) Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralır. Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir.”.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, birleşme, bölünme ve tür değiştirme konusunda, konuyla ilgili tüm menfaat sahiplerinin korunmasına önem vermiştir. Bu menfaat sahipleri arasında birleşen, bölünen veya tür değiştiren şirketlerin işçileri de sayılmakta ve işçileri koruyucu özel hükümler öngörülmektedir. Birleşme ve tür değiştirme halinde işçilerin korunması konusunda TTK. 158 ve 190. maddelerde TTK. 178’e atıf yapılmaktadır. Yapılan atıf ile TTK. 178 hükmü, her türlü birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin iş ilişkileri bakımından sonuçlarını düzenleyen temel hüküm haline gelmiştir⁴¹⁷. Türk Ticaret Kanununun “İş ilişkilerinin geçmesi” başlıklı 178. maddesine göre, “(1) Tam veya kısmi bölünmede,

⁴¹⁶ Reha Poroy ve diğerleri, **Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003, 9. Bası, s. 149; Mustafa Alp, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Bölünme, Birleşme Ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178, 158, 190)”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2012 / 1, (Anılış, Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme Ve İş İlişkilerine Etkisi), s. 33.

⁴¹⁷ Alp, Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme Ve İş İlişkilerine Etkisi, s. 54.

işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.

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

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

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

(5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler mal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.

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

İş Kanununun 6. maddesinde de işyerinin veya bir bölümünün devri düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 6 / f. I' e göre: “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.”. İş Kanunu madde 6'nın uygulama alanı sadece örneğin satış veya kira akdinin sonucu olarak işyeri devri ile sınırlı değildir. İşveren değişikliği sonucunu doğurduğu takdirde birleşme ve bölünme yanında tür değiştirme ile de işyeri devri gerçekleşir ve işçiyi koruyan İş Kanununun 6. maddesinin uygulanması gerekir. Buna uygun olarak İş Kanunu madde 6 ile birleşme, bölünme veya tür değiştirme yolu ile işyeri devrinin sonuçları da

düzenlenmektedir⁴¹⁸. Türk Ticaret Kanununun 1.7.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olmasıyla Türk hukukunda (Birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile sınırlı olsa da) işyeri devri ve sonuçlarını düzenleyen iki farklı hüküm bir arada yürürlükte⁴¹⁹.

İş Kanunu'nun 6. maddesi işyeri devirlerinde iş sözleşmelerinin devredilmesinde işçiye devre itiraz hakkı tanımamışken; Yeni TTK. 178. maddesi ile ancak işçi itiraz etmediği takdirde iş sözleşmelerinin devralana geçeceği öngörülmektedir. Bununla birlikte işyeri devirleri İş Kanunu'nun 6. maddesiyle gerek işveren gerek işçi bakımından iş sözleşmesinin feshedilmesine haklı dayanak olmayacağı kabul edilmiş iken, yeni TTK. 178'de işçinin itirazı ile iş sözleşmesinin ihbar süresinin sonunda fesholacağına bir düzenleme getirilmiştir.

Alt Komisyonda, Tasarının 178 inci maddesinin görüşmelerinde, 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin varlığı karşısında, bu maddeye gerek olmadığı, bu maddenin gerekli olduğu sonucuna varılması durumunda iki madde arasında çelişki veya kesişme noktaları bulunup bulunmadığı sorunları tartışılmıştır. Yapılan müzakereler sonucunda, aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

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

2. Tasarının 178 inci maddesi ise sadece bölünme, birleşme (Tasarı m. 158, f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m. 191) hallerinde uygulanan –İş Kanununun 6 ncı maddesine nazaran- özel bir hükümdür. Bu maddenin İş Kanununun 6 ncı maddesine üstün tarafı işçinin lehine olarak müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak birleşme ve tam bölünmede devrolunan şirketlerin infisah etmeleri sebebiyle eski işveren bulunmadığı için 191. maddeden açıkça anlaşıldığı üzere bu

⁴¹⁸ Gülsevil Alpagut, **İşyerinin Devri Ve İş Sözleşmesini Devir Hakkı**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2010, (Anılış, İşyerinin Devri), s. 75; Alp, Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme Ve İş İlişkilerine Etkisi, s. 55.

⁴¹⁹ Alp, Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme Ve İş İlişkilerine Etkisi, s. 55.

sorumluluğu birleşmede, tam bölünmede ve tür değiştirmede şahıs şirketleri bakımından “ortakların kişisel sorumlulukları” çerçevesinde kabul etmiştir. Kısmî bölünmede ise eski ve yeni işverenler işçilerin alacakları için müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece tasarı işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanununun 6. maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirmiştir.

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

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

Alt Komisyonunda tespit edilen yukarıdaki hususlar, Komisyonumuzca da yerinde görülerek, madde aynen kabul edilmiştir.⁴²⁰.

Kanun koyucunun açık iradesi karşısında Türk Ticaret Kanunu madde 178 hükmü, İş Kanunu madde 6 karşısında özel hüküm niteliğindedir ve öncelikle uygulanacaktır⁴²¹.

Türk Ticaret Kanunu madde 178’in uygulama alanı dardır. TTK. 158 ve TTK.190’da yapılan atıflar ile sadece şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi durumlarında uygulanacaktır. Bu durumların dışında TTK. 178’in bir uygulama alanı yoktur. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme dışındaki tüm işyeri devirlerinde, sözleşmesel (satış, kira gibi) işlemler ile işyeri devrinde İş Kanunu

⁴²⁰TBMM Alt Komisyon Raporu için bkz, http://www.tobb.org.tr/YayinMudurlugu/Documents/Kitaplar/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf, (18.067.2012).

⁴²¹ Alp, Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme Ve İş İlişkilerine Etkisi, s. 58.

madde 6, tek başına geçerliliğini korumaktadır. İkinci olarak, TTK. madde 178 ile İş Kanunu madde 6, birleşme, bölünme ve tür değiştirme halinde bile tamamen uygulanmaz hale gelmemekte, boşluk doldurucu olması nedeni ile İş Kanunu madde 6'nın işçiyi koruyucu hükümleri geçerliliğini korumaktadır⁴²².

İş Kanununun 6. maddesinin V. fıkrasında, “*Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.*” hükmü yer almaktadır. Şirket birleşmesi sonucu ortaya çıkan yeni organizasyon bir nevi yeniden yapılanma olup, daha verimli çalışabilmelerine yönelik iş organizasyonunda yapılacak değişikliklerin (örneğin devretme / birleştirme, teknolojik alt yapının teke indirilmesi, vb.) gerekli kılabilceği iş sözleşmelerinin feshedilmesi bir yeniden yapılanmanın sonucu olduğundan işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesih çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. Şirket birleşmeleri nedeniyle ortaya çıkan fesih sebepleri, işletme içi sebeplerdir⁴²³.

İki veya daha fazla işyerinin birleşerek yeni bir işyeri kurmaları veya bir ya da daha fazla işyerinin mevcut diğer işyerince devralınması halinde yeni işyerinde işgücü fazlalığı ortaya çıktığı durumlarda, işverenlerce çeşitli kriterler kullanılarak işçilerin işten çıkarılmasına ilişkin işletmesel kararlar alınmaktadır. Önemli olan husus, şirket birleşmesi sebebiyle yeni işyerinde gerçekten işgücü fazlalığı doğmuş olmalıdır. İşveren, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde dikkate alacağı kriterleri genel ve objektif olarak uyguluyor olması gerekmektedir⁴²⁴. Bu konuda bir uyuşmazlık çıktığında öncelikle birleşmenin gerçekleştiği, birleşme sonrası yeniden yapılanmaya gidildiği, bu yapılanma sonrası istihdam fazlalığı meydana geldiği ve iş sözleşmesi feshedilen işçilerin hizmetine ihtiyaç duyulmadığı ispatlanmalıdır⁴²⁵.

⁴²² Alp, Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme Ve İş İlişkilerine Etkisi, s.58.

⁴²³ Fevzi Şahlanan, “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Akdinin Feshi”, **SİCİL**, Aralık 2006, (Anılış, Şirket Birleşmeleri), s. 15; Keser, s. 336.

⁴²⁴ Keser, s. 335.

⁴²⁵ Keser, ss. 335 – 336. Y. 9. HD., 02.11.2009, E. 1917, K. 29704 (Karar ve kararı uygun bulan inceleme için bkz. N. Binnur Tulukçu, “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi”, **SİCİL**, Sayı: 18, 2010, Haziran, ss. 129 vd.).

Şirket birleşmeleri sonucu teknolojik alt yapının teke indirilmesi, iki ayrı tüzel kişiliğin tek tüzel kişilik haline gelmesinin doğal sonucu olarak ortaya çıkmakta ve bazı bölümlerde çalışan işçilerin istihdam olanağı ortadan kalkmaktadır. Ortaya çıkan istihdam olanağı kalmayan işçilerin iş sözleşmelerinin yeni organizasyon gereği feshedilmesi, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle yapılmış bir fesihdir⁴²⁶. Ayrıca bu işçilerin başka bölümlerde durumlarına uygun iş verme olanağının da bulunmaması gerekir. Aksi takdirde feshin geçerli nedenle yapıldığından söz edilemez⁴²⁷.

Yargıtayın bir kararına⁴²⁸ göre:

“Yeni organizasyon şemasında davacının görev yaptığı birime yer verilmediği gibi, birleşme nedeniyle her iki bankada benzer birimlerin ortak bir birim altında toplanmaları ve yeniden yapılanmadan dolayı bazı birimlerin ortadan kaldırılması sonucu personel fazlalığının doğması da kaçınılmazdır. Davalı işveren aldığı işletmesel karar tutarlı bir şekilde uygulamış olup, kararın keyfi olduğu iddia ve ispat edilmemiştir. Bu aşamadan sonra işverenden beklenen feshin son çare olması ilkesini göz önünde bulundurup bulundurmadığıdır. Davacıya önceki pozisyonuna uygun bir iş bulunmaması nedeni ile özlük haklarında her hangi bir azalma olmaksızın başka bir görev önerilmiş ise de, davacının bu yeni pozisyonda çalışmak istemediği tanık anlatımlarından açıkça anlaşılmaktadır.

Mevcut olgulara göre, yeniden yapılanma nedeniyle ortaya çıkan personel fazlalığı sonucu davacıyı istihdam etme olanağı ortadan kalkmış ve feshe son çare olarak bakılmıştır. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davacının işe iade isteğinin reddine karar verilmelidir.”

Birleşen işveren şirketlerin hangi üretim ve satış politikasını izleyeceği, genel olarak belirlediği veya değiştirdiği işletme politikasının amacı, işletmesel karar özgürlüğü alanında karar olup⁴²⁹ mahkemeler tarafından yerindelik ve amaca

⁴²⁶ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s. 18.

⁴²⁷ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s. 18; Keser, s. 334.

⁴²⁸ Y. 9. HD., 24.09.2007, E. 13962, K. 27955, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (01.07.2012); (Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2008 / 1 (16), ss. 264 – 266, <http://www.calismatoplum.org/sayi16/abc/9daire/32.pdf>, (01.07.2012)). Y. 22. HD., 05.06.2012, E. 2011 / 14975, K. 2012 / 12511 (Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2012 / 4 (35), ss. 434 – 436), http://www.calismatoplum.org/sayi35/abc/11_51.pdf, (01.07.2012).

⁴²⁹ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s. 17.

uygunluk denetimine tabi tutulamaz⁴³⁰. Bir işletmenin rekabet gereklerinin ve ekonomik önceliklerinin, mahkemeler tarafından takdiri söz konusu olamaz. Ekonomik ve işletmecilik yönünden neyin doğru neyin yanlış olduğunun takdiri mahkemelerin görevi dışındadır⁴³¹. Şirket birleşmesi sonucu kanuna uygun şekilde kurulan yeni organizasyon bir nevi yeniden yapılanma olup işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olacağından, işverenin aldığı bu işletmesel karar tutarlılık, keyfilik, feshin kaçınılmaz olup olmadığı kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimlerine tabi tutulacaktır⁴³².

C) İşyerindeki Bazı Bölümlerin Veya İşyerinin Kapanması

Kriz dönemlerinde ve işverenin almış olduğu tüm önlemlere rağmen zarar etmenin önüne geçilemediği hallerde sıkça karşılaşılan işletmesel kararlardan biri, işyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin olarak alınan işletmesel karardır. İşveren bu kararın uygulanması ile işletmesini küçülterek, kar getirmediğini düşündüğü bir bölümün faaliyetine son vermektedir. Bu tür uygulamanın doğal sonucu olarak, kapatılan bölümün işçileri istihdam fazlası olacaktır. Bu işçileri başka yerde değerlendirme olanağı olmadığı ve feshin kaçınılmazlığı kanıtlandığında, geçerli fesih nedeni sayılacaktır⁴³³.

İşyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına ilişkin işletmesel kararlar aynı kapsamda düşünülebilecek bir diğer işletmesel karar türü de, belirli makinelerde çalışan işçilerin, çalışmalarını sürdürdükleri makinelerin, işveren tarafından satılmasına ilişkin işletmesel kararlardır. Uygulamada, işverenlerin işyerindeki eski makineleri üretim dışı bırakarak, yeni organizasyona gittikleri durumlarda, bu makinelerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini söz konusu makinelerin satılması sebebiyle işletme, işyeri ve işin gereklerine dayanarak feshettiklerinde, feshin geçerli bir nedene dayandığı kabul edilmektedir⁴³⁴.

İşverenin işyerinde bazı bölümlerin kapatılmasına ve kapatılan bölümler sonucunda istihdam fazlası olarak ortaya çıkan işçilerin, iş sözleşmelerinin feshine

⁴³⁰ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s. 18; Keser, s. 336.

⁴³¹ Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s. 18.

⁴³² Şahlanan, Şirket Birleşmeleri, s. 18; Keser, s. 336.

⁴³³ Kar, s. 398; Keser, s. 307; Centel, İş Güvencesi, s. 111.

⁴³⁴ Keser, s. 308; Bkz. Y. 9. HD., 12.09.2005, E. 23269, K. 29440 (Keser, s. 308).

ilişkin işletmesel kararlar, mahkemelerce amaca uygunluk ve yerindelik yönünden denetlenemeyecektir. Fakat işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığına ilişkin olarak tutarlılık denetimine, işverenin fesihte keyfi olarak davranıp davranmadığına ilişkin keyfilik denetimine ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin ölçülülük, gereklilik denetimine tabi tutulacaktır⁴³⁵.

İşyerinin kapatılması işveren ile işçi arasındaki, işletme ve üretim birlikteliğinin sona ermesidir. İşyerinin kapatılması, işyerinin bütün faaliyetine kesin ve sürekli olarak son verilmesidir. İşyerinin kapatılması, işletme gereği oluşturup, işverene, kural olarak işletme gereklerine dayanılarak iş sözleşmelerini geçerli sebeple feshetme hakkı tanır⁴³⁶.

İşveren, Anayasanın 48. ve 49. maddeleri gereği herhangi bir sebep göstermeksizin istediği zaman işyerini kapatabilme özgürlüğüne sahiptir. İşveren zarar eden işyerini kapatabileceği gibi kar eden işyerini de kapatabilir. İşyerinin kapanmasını düzenleyen İş Kanununun 3. maddesinde de işyerinin kapanmasını engelleyen ve belirli hallerle sınırlayan bir düzenlemede yoktur. Birçok sebepten dolayı işveren işyerini kapatabilir. Bu sebeple, yaşlılık, ekonomik sebepler, kendisinden sonra işletmeyi yürütecek kimse bulamaması olabilir⁴³⁷. Yargıtay bazı durumlarda işverenin, işyerini kapatmasının “işin gereği” olup olmadığının araştırılmasını gerekli bulmaktadır. Yargıtay özellikle sendikalaşma ve toplu uyuşmazlık safhalarında işverence yapılan işyeri kapatmalarını incelemekte ve bazı hallerde bu kapatmaları kanun dışı lokavt olarak nitelendirmektedir⁴³⁸.

İşyerini gerçek ve süreklilik niteliğini taşıyan şekilde kapatan işverenin, aynı şehirde veya Türkiye genelinde başka işyerlerinin bulunduğu durumlarda ise, feshin son çare olması ilkesi dikkate alınarak işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep

⁴³⁵ Kar, s. 398; Keser, s. 309. Ayrıca bkz. 30.06.2008, E. 1816, K. 17979 (Kar, ss. 400 – 403); Y. 9. HD., 02.02.2009, E. 2008 / 9770, K. 911 (Keser, s. 695 – 698).

⁴³⁶ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 301 – 302; Keser, s. 354.

⁴³⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak s. 302; Keser, s. 356. Y. 9. HD., 20.03.2006, E. 2990, K. 6997 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 304, dn. 1161): “ Öncelikle işyerinde keşif yapılarak faaliyetin durdurulmasının gerçek ve sürekli olup olmadığı bilirkişi aracılığı ile tespit edilmelidir.”.

⁴³⁸ KESER, s. 355. Y. 9. HD., 07.06.1991, E. 9017, K. 9888 (TÜHİS, Kasım 1991, s. 24): “ Olayın cereyan tarzına göre gerçek ve samimi olmayan işverenin grevin engellenmesi amacıyla işçileri işyerinden topluca uzaklaştırarak işyerini kapatması yasa dışı lokavttır.”. Y. 9. HD., 15.06.1990, E. 6798, K. 7405 (Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1990, s. 29): “ Toplu sözleşmenin getireceği yükün ağırlığından söz edilerek resmi arabulucu tutanağının tebliği üzerine işyerinin kapatılması kanun dışı lokavttır.”.

olup olmadığı bu kapsamda değerlendirilmelidir. Gerçek ve sürekli bir işyerinin kapatılması var ise, işverenin başka işyerlerinde, iş sözleşmesi feshedilen işçinin değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığının mahkemece araştırılacak, işverenin başka işyeri yoksa veya işçinin başka işyerinde değerlendirilme olanağı bulunmuyorsa feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilecektir⁴³⁹. Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, 23.01.2006 tarihli kararında bu hususu şu şekilde vurgulamıştır⁴⁴⁰:

“ Davalılar ... ile davacının Ten Mağazacılık Ltd Şti’ nde mağaza müdür olarak göreve başladığını, ancak daha sonra ekonomik nedenlerle Ten Mağazacılık Ltd Şti’ nin Adana satış mağazasını kapatması üzerine iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını, davanın Ten Pazarlama Şirketine yöneltilmesinin doğru olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Davalı şirketin Adana’daki mağazasından başka birçok ilde de mağazalar bulunmaktadır. Davacının diğer işyerlerinde değerlendirme olanağı araştırılmadan başka bir anlatımla “feshin son çare olması” ilkesi göz önünde bulundurulmadan iş sözleşmesi feshedildiğinden, fesih için geçerli neden bulunmadığı sonucuna varılarak Davalı Ten Mağazacılık Ltd Şti hakkında açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin reddi hatalıdır.”.

İşveren iş sözleşmesini feshetmeden önce, işyerinin fiilen kapanmasını (örneğin, ticaret sicilinden kaydını silip) beklemek zorunda değildir. İşverenin, işyerini fiilen kapatılmasından önce iş sözleşmesinin feshedilmesinin şartı, fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarihte işyerinin geçici olarak kapanmadığına ilişkin ciddi ve kesin bir karar almış olmasıdır. Örneğin, işyerine ham madde alımına yönelik

⁴³⁹ Günay, s. 667; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 309 – 310; Keser, s. 357. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 05.02.2007, E. 2006 /30457, K. 2229, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (02.07.2012).

⁴⁴⁰ Y. 9. HD., 23.01.2006, R. 2005 / 39164, K. 945 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 310). Aynı yönde Y. 9. HD., 15.09.2005, E. 23769, K. 300079 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 310, dn. 1179): “ Davalının savunduğu gibi davalı Bankanın başka bir şubesi mevcut değilse davacıya yeni bir iş verme olanağı bulunmadığından işe iade davasının reddi gerekir. Davalı Bankanın kapatılması kararlaştırılan davacının çalıştığı işyerinden başka bir şubesi bulunuyorsa davacının bu işyerine naklinin mümkün olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”. Frankurt İş Mahkemesi, 21.08.2002, Esas No. 2 Ca 1502 / 02 (MESS, Akıllı Kitap, Mart 2005, s. D31 /007): “ İşletmeden, işyerinden veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeple yapılacak fesihler öncesinde işveren, çalışanın istihdamının devamı konusunda bir yol bulunup bulunmadığını araştırarak feshi en son çare olarak bakmalıdır. Bu yükümlülük işverenin sadece ülke sınırları dâhilindeki işyerleri konusunda geçerlidir. İş sözleşmesi işletmeden, işyerinden veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenle feshedilen çalışanların, işverene ait yurtdışında faaliyet gösteren işyerinde çalışma talebinde bulunma hakları yoktur.”.

sözleşmelerin feshedilmesi, müşterilere işyerinin kapatılma kararının bildirilmesi, gibi durumlar işverenin işyerini gerçek kapatma niyetine yönelik emarelerdir⁴⁴¹.

İşverenin, tek bir işyerini veya tüm işyerlerini kapatma kararı, mahkemeler tarafından amaca uygunluk, gereklilik ve yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Hiç kimse işyeri açmaya zorlanamayacağı gibi, işletmekte olduğu işyerini devama zorlanamaz. İşverenin, işyerini kapatmaya iten sebep önem taşımaz. Mahkeme, işverenin işyerini kapatmakla elde edeceği faydalar ile işyerinin kapatılmasıyla işçinin uğrayacağı menfaat kayıplarını da tartamaz. Ayrıca, işveren ölçülülük ilkesi gereği, işyerini kapatmak yerine, devretmekle de yükümlü değildir. İşverenin işyerini kapatmaya yönelik kararına ilişkin mahkemenin denetimi işletmesel kararın nesnel ve akla uygun olup olmadığı, keyfi nitelik taşıyıp taşımadığı ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği hususları ile sınırlıdır. Diğer hakların kullanılmasında da olduğu gibi işyerinin kapatılmasına veya işyerindeki bazı bölümlerin kapatılmasına yönelik hakkın da dürüstlük kuralı çerçevesi içerisinde kullanması gerekir⁴⁴². İşverenin işyerini kapatmadaki gerçek amacı, işini tasfiye etmek değil de toplu iş uyuşmazlığını kendi lehine çözmek, toplu iş sözleşmesinin getireceği yükümlülüklerden ve grevden kaçınmak olduğu takdirde, bu davranış dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur⁴⁴³.

Yargıtayın 2005 tarihli kararına göre⁴⁴⁴:

“Davalı işveren basım evinin Kamu İhale Kanunu nedeniyle üretim yapamaz hale gelmesi nedeniyle ödeme güçlüğüne düştüğünü 12.11.2004 tarihinde faaliyetine son verildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. ... 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak

⁴⁴¹Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 306 – 307; Keser, ss. 358 – 359. Ayrıca bkz. Y.9. HD., 28.09.2005, E. 811, K. 31498 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 307): “ Dosyadaki bilgi ve belgelere göre bölüm kapatılması nedeniyle toplu işçi çıkarmaya giden davalının daha sonra 29.11.2004 tarihli olağanüstü Genel Kurul Kararı ile işyerini tamamen kapattığı anlaşıldığından feshin geçerli sebeple olduğunun kabulü gerekir...”. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Subaşı, “İşyerinin Kapatılması Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Ve İş Güvencesi İlişkisi”, **SİCİL**, Sayı: 7, Eylül 2007, ss. 42 – 55.

⁴⁴² Çankaya ve diğerleri, s. 122; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 302 - 303; Keser, s. 359; Y. 9. HD., 15.09.2005, E. 8172, K. 8484 (Keser, s. 359, dn. 1063): “ Kural olarak işverenin işyerini kapatması işletmeyle ilgili bir karar olup kötü niyetli kapatma dışında hâkimin denetimi dışındadır.”. Yukarıda da belirttiğimiz gibi yasa dışı lokavt bunun istisnasıdır.

⁴⁴³ Ali Cengiz Köseoğlu, **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmesine Etkisi**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2004, s. 117.

⁴⁴⁴ Y. 9. HD., 08.06.2005, E. 13741, K. 20656 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 303).

feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlere ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekle serbest olduğu, işletmesel karar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. İşverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.”.

1. Özelleştirme Uygulaması

Yargıtay’a göre, bir işyerinin kapatılmak için özelleştirme yoluyla devralınması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Faal olan bir işyerinin işçileriyle birlikte devralınması, bu işyerinin işletilmek için devralındığını gösterir. Bir işyerini özelleştirme yoluyla devralan bir işverence, işyerinde faaliyetin bir süre sürdürülmesinin ardından, işletmenin ayakta kalması için gerekli önlemlerin alınmasına rağmen işyerinin kapatılması gündeme gelebilir⁴⁴⁵. Y. 9. Hukuk Dairesinin uygulamasına göre, iş sözleşmesinin hisse devir sözleşmesinden ince feshedilmesi gerekir.

Yargıtay 2006 tarihli kararına göre⁴⁴⁶:

“Mahkemece davanın iş sözleşmesinin 4046 sayılı Özelleştirme Yasasının geçici 18. maddesi gereğince ve İş Kanununun 29. maddesi prosedürü ile özelleştirme nedenine dayalı olarak feshedildiği, özelleştirmenin içeriği itibariyle ekonomik neden ve yapısal değişiklik içermekte olduğu ve bu olgunun işletmenin, işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4046 sayılı Kanunun geçici 18. Maddesi, özelleştirmeden sonra devralan işverence işten çıkarılan ve 657 sayılı Kanunun 4 / C maddesi hükümleri gereği kamu kurum ve kuruluşlarında geçici personel statüsünde istihdam edilecek personelin ücret ve özlük haklarına ilişkin düzenlemeyi içermekte olup, işyerini devralana veya özelleştirmeden sonraki şirket sahiplerine özelleştirme nedeniyle işçileri işten çıkarmaları yönünde bir kural öngörmemektedir. Bu nedenle

⁴⁴⁵Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 308; Keser, s. 362.

⁴⁴⁶Y. 9. HD., 24.04.2006, E. 83380, K. 10863 (Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 308 – 309).

anılan hüküm uyarınca işçi çıkarılmış olmasının fesih için geçerli neden teşkil ettiğini kabul etmek doğru değildir.

Öte yandan dosya içeriğine göre, davalı işyeri, Özelleştirme İdaresi tarafından 29.07.2005 tarihli devir sözleşmesi ile %100 blok hisse satış yöntemiyle dava dışı CE – KA adlı şirkete satılarak özelleştirilmiştir. Buna göre özelleştirme işlemi 29.07.2005 tarihinde tamamlanmıştır. Fesih tarihinde davacı, özelleştirme kapsamındaki bir işyerinde değil, işyerini özelleştirme ile devralan işveren ait işyerinde çalışmaktadır. Özelleştirme nedeni ile feshin geçerli olabilmesi için, iş sözleşmesinin hisse devir sözleşmesinden önce feshedilmesi gerekir. Davalı işveren, özelleştirmenin tamamlanmasından sonra işyerinde çalışmaya devam eden davacının iş sözleşmesini özelleştirme gerekçesi ile feshedemez. Fesih bildiriminde başka bir neden de gösterilmediğine göre feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.”.

2. Toplu İşçi Çıkarma

İşyeri kapatılması söz konusu olduğunda, toplu işçi çıkarma durumu ile karşılaşılacaktır. 4857 sayılı İş Kanununun “Toplu İşçi Çıkarma” başlıklı 29. maddesine göre, “İşveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir.

İşyerinde çalışan işçi sayısı:

- a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin,
- b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin,
- c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin,

İşine 17 inci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır.

Birinci fıkra uyarınca yapılacak bildirimde işçi çıkarmanın sebepleri, bundan etkilenecek işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin hangi zaman diliminde gerçekleşeceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur.”

İş Kanununun 29. maddesinin I. fıkrası uyarınca, toplu işçi çıkarmada geçerli fesih nedenleri, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme gerekleridir. Toplu işçi çıkarma nedenleri ile İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen işletme, işyeri ve işin gerekleri arasında özdeşlik bulunmaktadır. Bu gereklere uygun yapılmayan fesihler geçersizdir⁴⁴⁷.

İşveren, ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirecektir. Bildirimden sonra işyeri sendika temsilcileri ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınacak ve görüşmelerin sonunda, toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenecektir⁴⁴⁸.

İşverenin yönetim hakkına dayanarak aldığı işyerini kapatma ve üretim faaliyetlerine son verme kararı uyarınca yapacağı fesihler, sadece işe iade ile ilgili hükümlerin uygulanmasını engellemek amacı ile yapıp yapılmadığı yönünde denetlenebilecektir. Mahkemelerin başka bir denetim yapma olanağı yoktur⁴⁴⁹. İşyerinin kapatılması sırasında toplu işten çıkarma koşulları oluştuğunda, İş Kanununun 29. maddesinin öngördüğü prosedüre uyulmalıdır. Ancak Yargıtay.'a göre, bu prosedüre uyulmamış olması işe iade nedeni değildir. Bunun yaptırımını İş Kanununun 100. maddesinde gösterilmiştir. Yargıtay, toplu işçi çıkarmada kanunda belirtilen usule uyulmamasının yaptırımının sadece idari para cezası olacağı görüşünü benimsemektedir. Yargıtay 9. HD., 02.05.2006 tarihli kararına göre⁴⁵⁰;

“Mahkemece 4857 sayılı İş Kanununun 29. maddesinde öngörülen prosedüre uyulmadığından bahisle davacı işçinin işe iade isteğinin kabulüne karar verilmiş ise de, anılan yasanın 100. maddesinde prosedüre uyulmamasının yaptırımını idari para

⁴⁴⁷ Keser, Eşit İşlem, ss. 11 – 12; Süzek, s. 493.

⁴⁴⁸ Bu görüşmede sosyal seçim kriterleri oluşturularak işten çıkarılacak işçilerin seçimi mümkün olacak, hatta bu husus görüşmenin öncelikli amaçlarından birini oluşturacak ve tarafların fesihten işçilerin en az zarar görmesi noktasında bir seçim yapmaları gerekecektir (Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **SİCİL**, Sayı: 4, Aralık 2006, (Anılış, Sosyal Seçim), s. 105.

⁴⁴⁹ Keser, ss. 360 – 361.

⁴⁵⁰ Y. O. HD., 02.05.2006, E. 10139, K. 12265 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 310). Y. 9.HD., 20.03.2006, E. 2990, K. 6997 (Akyiğit, ss. 778 – 779). Y. 9. HD., 29.01.2007, E. 2006 / 29843, K. 1029 (Kar, s. 476).

cezası olarak belirtilmiştir. İşverence toplu işçi çıkarma prosedürüne uyulmamış olması ve gerekli bildirimlerin yapılamaması, başlı başına feshin geçersizliğini gerektirmez. Bu nedenle mahkemece verilen kararın gerekçesi yerinde değildir.”.

Yargıtay’ın bu şekildeki kararı öğretide eleştiri konusu yapılmıştır. “toplulu işçi çıkarma prosedürünün ciddi bir etkinliğinin kalmayacağı, yasadaki bir hükme aykırılık için bir idari para cezası yaptırımının öngörülmesi olmasının hukuki yaptırımının uygulanmayacağı anlamına gelmeyeceği, aksi yönde bir değerlendirmenin yasanın amacına aykırı düşeceği, kaldı ki fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur kuralı ile hukuki yaptırımın madde içinde yer aldığı” gerekçeleri ile yasadaki prosedüre uymamanın feshi geçersiz kılacağı görüşü ileri sürülmüştür⁴⁵¹.

Toplu işçi çıkarmanın işveren yüklediği yükümlülük belirli koşulların varlığı halinde işten çıkardığı işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapmak zorunda olmasıdır. İş Kanunu madde 29 / f. VI’ a göre, “*İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır.*”. Bu hüküm işyerinin kapatılmasını düzenleyen fıkrada⁴⁵² ve onu izleyen cümle olması nedeniyle yeniden işe alma zorunluluğunun sadece işyerinin kapatılması haline özgü olabileceği izlenimi yaratsa da, tüm toplu işçi çıkarmalarda uygulanması gereken bir kuraldır⁴⁵³. Kanaatimizce iş hukuku kurallarının yorumlanmasında “işçi lehine yorum” yöntemi ilkesi temel ilkedir. Bu yorum yönteminden de yola çıkarak İş kanununun 29. maddesinin VI. fıkrasındaki işverenin yeniden işe alma zorunluluğunu sadece anılan maddedeki işyerinin kapatılması durumuna özgülemeyen tüm toplu işçi çıkarmalarında uygulanacak bir hüküm olduğu sonucuna varılabilir. İşverenin yeniden işe alma yükümlülüğünün doğması için işyerine altı ay içinde yeniden işçi almak istemesi ve

⁴⁵¹ Engin, s. 121 – 123; Alp, s. 32; Köseoğlu, s. 195 – 196; Kar, s. 474. Karşı görüş için, bkz. İftar Cengiz, **Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma**, Turhan Yayınevi, Ankara 2009, s. 110.

⁴⁵² *İş Kanunu madde 29 / f. VI - İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlüdür. İşveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır.*

⁴⁵³ Çünkü hükümde, “toplulu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden” itibaren denilmek suretiyle sadece işyerinin kapatılması nedeniyle değil tüm toplu işçi çıkarmalarda yeniden işe alma yükümlülüğü getirilmiştir (Süzek, s. 495).

işçi alma ihtiyacının aynı nitelikte işler için doğmuş olması gerekir. Farklı nitelikteki işler için işçi alınacaksa bu yükümlülük doğmaz.

D)İşyerindeki Bazı İşlerin Alt İşverene Verilmesi

İşyerinin bir bölümünün alt işverene devri bir yeniden yapılanma olup işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih sebebidir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisi, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Madde 2, fıkra VI' ya göre, *“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. “*. Bunlara uygulamada taşeron, aracı, müteahhit, alt yüklenici de denilmektedir⁴⁵⁴.

Asıl işveren – alt işveren ilişkisi olarak adlandırılan bu tür uygulamalardan yararlanmak konusunda işverenler tam bir serbesti içerisinde değildirler. İş Kanununun 2. maddesinin, VI. fıkrasında belirtilen koşullar çerçevesinde asıl işveren – alt işveren ilişkisi kurulabilir. 4857 sayılı İş Kanunu asıl işveren – alt işveren uygulamalarına sınırlama getirerek, bu ilişkinin ancak işverenin, işyerinde yürüttüğü;

- Mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde,
- Veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde kurulabileceği esassına getirmiştir⁴⁵⁵.

Asıl işveren – alt işveren uygulamasından söz edilebilmesi için, alt işveren işçilerini asıl işverene ait işyerinde, asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırıyor olmalı ve asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde çalıştırmalıdır⁴⁵⁶. Yargıtay bir kararına göre⁴⁵⁷:

⁴⁵⁴ Narmanlıoğlu, s. 111; Kar, s. 399.

⁴⁵⁵ Narmanlıoğlu, s. 112- 113; Engin, ss. 86 – 87; Savaş Taşkent, “ Alt İşveren”, **Legal İHSGHD**, Nisan – Haziran 2004, (Amlış, Alt İşveren), s. 363 vd; Süzek, s. 138; Keser, s. 311.

⁴⁵⁶ Süzek, s. 141; Kar, s. 399. Alt işverenin işçilerinin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması koşulu, alt işverenin başka yerde hiç işçi çalıştırmayacağı şeklinde yorumlanamaz. Burada önemli olan husus, alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sürekli olarak asıl işverenin işine tahsisi

“Temizlik müteahhidinin işçilerini sadece davalı banka işyerinde çalıştırmaması başka işyerleri arasında değiştirebilmesi nedeniyle asıl işverenin İş Kanunu madde 1 / son fıkra’ ya (şimdiki madde 2 / f. VI) göre sorumlu tutulamaz.”

Alt işverenlik sözleşmesi asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı şekilde yapılmalıdır (Alt İşverenlik Yönetmeliği⁴⁵⁸ madde 9/ f. I).

Kanun koyucu işyerlerinde iş alan alt işverenlerin az sermayeli ve mali bakımdan güçsüz olmaları çalıştırdıkları işçilerin ücret ve diğer haklarını ödeyemeyecek duruma düşmeleri ihtimaline karşı bu işin yapılmasında yararı bulunan asıl işvereni de sorumlu tutmak suretiyle işçileri korumayı amaçlamıştır⁴⁵⁹. İş Kanununun 2. maddesinin VI. fıkrasının 2. cümlesine göre, *“Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”*

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işveren uygulamasında amaç, asıl işverenin yardımcı işlerde uzmanlıktan yararlanmasına ve iş gücü ile genel işletme maliyetinden tasarrufuna olanak tanımaktadır. Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene devrinde amaç ise, işletme verimliliğidir⁴⁶⁰.

İş Kanununun asıl işveren – alt işveren ilişkisinin, işverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde kurulabilmesini, herhangi bir koşula bağlamaması nedeniyle, bu tür işlerde muvazaa olmaması kaydıyla, alt işverene devri sebebiyle, iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilecektir. Yardımcı işler dışında bir işin alt işverene verilebilmesi için, İş Kanununun 12. maddesinin VI. fıkrası gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin söz konusu olması gerekecektir. “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” özelliği yoksa iş, İş Kanunu uyarınca alt işverene devredilemeyecek, işletmenin ve işin gereğine bağlı geçerli sebep ancak teknolojik nedenlerin varlığının söz konusu

etmesi ve bu işçileri kural olarak sadece bu işyerinde istihdam etmesi, aldığı başka işlerde çalıştırmamasıdır (Süzek, s. 141).

⁴⁵⁷ Y. 9. HD., 04.03.1991, E. 11890, K. 3190 (**YKD**, Ağustos 1991, ss. 1204 – 1205).

⁴⁵⁸ Alt İşverenlik Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 27.09.2008; Resmi Gazete Sayısı: 27010, <http://www.iskanunu.com/yonetmelikler/1080-alt-isverenlik-yonetmeliği>, (10.07.2012).

⁴⁵⁹ Narmanlıoğlu, s. 115; Süzek, s. 142. Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu alt işverenin işçisinin o işyerinde çalıştığı süreyle sınırlıdır (Taşkent, Alt İşveren, s. 366; Süzek, s. 141).

⁴⁶⁰ Engin, s. 87; Keser, s. 315.

olması halinde kabul edilebilecektir⁴⁶¹. İşverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde, alt işveren uygulaması yapılmasına ilişkin olarak gerekli gördüğü zaman işletmesel karar alması ve bu karara dayanarak alt işveren verdiği işlerde, önceden çalışan kendi işçilerinden, alt işveren uygulaması sonucu istihdam fazlası yaratan işçilerinin iş sözleşmelerini bazı işlerin işverence alt işverene devredilmesi nedeniyle işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeniyle feshetmesi, İş Kanunu uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. İş Kanununun 2. maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemeyecektir⁴⁶².

4857 sayılı İş Kanunu asıl işveren – alt işveren uygulamasında bazı muvazaa kriterlerine yer vermiştir. İş Kanununun 2. maddesinin VII. fıkrasına göre, “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*”. İş Kanununun 2. maddesinin VII fıkrasında sadece bu haller belirtilmekle yetinilmemiş, “... genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme” dayanması ifadesine yer verilerek muvazaa halleri sayılan hallerle sınırlı tutulmamış, bunların dışında kalan durumlarda da muvazaa iddiasının ileri sürülebileceği öngörülmüştür. Borçlar Kanununda (Türk Borçlar Kanunu madde 19) düzenlenmiş olan muvazaanın, İş Kanununda özel olarak düzenlenmesi ve hangi hallerin muvazaa oluşturacağına kanunda açıkça düzenlenmesi önleyici ve caydırıcı bir nitelik taşımaktadır. Kanun koyucu, asıl işveren – alt işveren sözleşmesinin kurulması konusunda yasal karine niteliği taşıyan sınırlamalar getirerek ispat

⁴⁶¹ Kar, ss. 399 – 400; Keser, s. 316. Bkz. Y. 9. HD., 13.10.2008, E. 32915, K. 26550; Y. 9. HD., 11.09.2008, E. 27118, K. 23259 (Kar, ss. 413 – 419).

⁴⁶² Kar, ss. 399 – 400; Keser, ss. 315 – 316.

konusundaki güçlükler belirli ölçüde giderilmiş ve mahkemelere muvazaalı halleri belirleme konusunda kolaylıklar getirmiştir⁴⁶³.

İşverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde, alt işveren uygulamasına gitmesi sonucu, alt işverene verdiği işlerde, önceden çalışan kendi işçilerinin iş sözleşmelerini istihdam fazlalığından dolayı feshetmektedir. Alt işveren uygulaması, bir işletmesel karardır ve bazı işlerin işverence alt işverene devrinin işletme gereklerine dayanan geçerli bir fesih sebebi olması, İş Kanunu uyarınca geçerli ve muvazaa dayanmayan bir asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. İş Kanununun 2. maddesindeki unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilmeyecektir. İş Kanununun asıl işveren – alt işveren ilişkisinin, işverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde kurulabilmesi, herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu tür işlerin muvazaa olmaması kaydıyla, alt işverene devri sebebiyle, iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilebilecektir. Yardımcı işlerin dışında bir işin alt işveren verilebilmesi için, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin söz konusu olması gerekir. Yardımcı iş dışında, asıl işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen bir bölümünün bölünerek alt işverene verilmesi durumunda bu durum muvazaa sayılacağından asıl işveren alt işveren ilişkisi geçersiz sayılacak, bunun sonucu olarak da işverenin bu ilişkiyi kurmak amacıyla yapmış olduğu fesihler geçerli sebep olmadığı gerekçesi ile geçersiz olacaktır⁴⁶⁴.

İşverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde, alt işveren uygulamasına gidilmesine ilişkin almış olduğu işletmesel karar, yargı denetimi dışındadır. Hatta işverenin, işyerinde

⁴⁶³Sarper Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **Legal İHSGHD**, Cilt: VII, Sayı: 25, 2010, (Anılış, Alt İşveren), ss. 27 - 28; Keser, s. 314.

⁴⁶⁴ Engin, s. 88; Kar, ss. 399 – 400; Keser, ss. 315 – 316. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 13.10.2008, E. 2007 / 40942, K. 14420 (Kar, ss. 413 – 415); Y. 9. HD., 03.06.2008, E. 2007 / 37527, K. 13812, <http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2007-37527-k-2008-13812-t-03-06-2008altisverenlikuygulamasi/394820/>, (10.07.2012); Y. 9. HD., 26.05.2008, E. 15486, K. 12521, <http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2008-15486-k-2008-12521-t-26-05-2008-isletmesel-kararlar-sonucu-is-s-214-zlesmesinin-feshi/501581/>, (10.07.2012).

yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde, alt işveren uygulamasına gidilmesine ilişkin işletmesel karar aldığı ve bunun sonucunda da alt işverene devredilecek işlerde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde, işverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, işveren tarafında daha önce alınan hatalı bir karara dayanması da, sırf bu yüzden iş sözleşmesinin feshini İş Kanununun 18. maddesi anlamında geçersiz kılmayacaktır. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması kuralı, hatalı olarak alınan işletmesel kararlar açısından da söz konusu olacaktır. Hâkim, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecektir⁴⁶⁵. Kanuna uygun olarak kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Ancak alt işveren uygulamasına gidilmesi sonucu, daha önce bu işlerde çalışılan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilmeden önce feshin son çare ilkesinin göz önüne alınması gerekmektedir⁴⁶⁶.

E)Emekliliğe Hak Kazanmış Bulunan İşçilerin İş Sözleşmesinin

Feshi

İşçinin emekliliğe hak kazanmış olması veya belli yaş sınırına gelmiş olması nedeniyle iş sözleşmesinin feshi uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bir işçinin belli bir yaşa gelmesi ya da emekliliğe hak kazanmış olması kural olarak bir fesih nedeni oluşturmaz⁴⁶⁷.

Yargıtayın konuya ilişkin ilk kararlarına⁴⁶⁸ göre:

“ Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, salt emeklilik fesih için yeterli neden olamaz. Yasanın gerekçesinde de açıklandığı gibi emeklilik diğer

⁴⁶⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 257; Keser, s. 318; Topal, s. 57.

⁴⁶⁶ Y. 9. HD., 23.01.2006, E. 2005 / 39106, K. 933 (Topal, s. 57, dn. 135).

⁴⁶⁷ Ekonomi, İş Güvencesi, s. 9; Eyrenci ve diğerleri, s. 160; Akyiğit, s. 260; Fevzi Şahlan, “Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Neden Olması”, (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 329, Haziran 2007 (Anılış, Emekliliğin Geçerli Neden Olması), ss. 2 – 3.

⁴⁶⁸ Y. 9. HD., 13.12.2004, E. 28790, K. 27501 (Çankaya ve diğerleri, s. 123, dn. 233); **LEGAL İHSGHD**, Sayı: 6, 2005, ss. 734 – 735). Benzer yönde bkz. Y. 9. HD., 22.03.2006, E. 5584, K. 7867 (**Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2006, Sayı: 10, ss. 220 – 223). Ayrıca bkz. Eyrenci ve diğerleri, s. 160; Aktay ve diğerleri, s. 188.

işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edilebilecektir. Somut maddi olgulara göre, davanın reddi hatalı bulunmuştur...”.

İşveren fesih bildiriminde sadece emekliliğe dayanmış ve işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan başka bir sebebi fesih yazısında belirtmemişse, belirtilen sebeplerle bağlı olacağı için, bu sebebi daha sonra değiştiremez, dava sırasında emekliliğin yanında işletme, işyeri ve işin gereğinden kaynaklanan başka bir sebebin bulunduğunu iddia edemeyecektir. Emeklilik diğer işyerinden kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli sebep olarak kabul edilebileceğinden, başlangıçta fesih bildiriminde sadece emekliliğe dayanan işveren sonradan başka bir sebebin varlığını ileri süremeyecektir⁴⁶⁹.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 166 sayılı İşverenin Girişimiyle İş ilişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiye Kararında da kural olarak, emekliliğe hak kazanmanın fesih için geçerli neden oluşturmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu karar göre, bunun istisnasını, bir ülkenin iç mevzuatının veya uygulamasının emekliliğe hak kazanmayı fesih nedeni olarak öngörmesi oluşturur⁴⁷⁰

Emekliliğin fesih nedeni oluşturmayacağına önemli bir istisnasını, işyerinden kaynaklanan fesihlerde bir sosyal seçim kriteri olarak emekliliğe hak kazanmanın kullanılması oluşturmaktadır⁴⁷¹. Yargıtayın da bu yönde çeşitli kararları mevcuttur⁴⁷².

İkinci istisna hali ise, özel bir kanunda bu yönde bir düzenle yapılmış olması halidir. Buna örnek olarak 5620 sayılı Kanunun⁴⁷³ 2. maddesinin II. fıkrasına göre, *“Bu Kanunun 1 inci maddesi kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda çalışan geçici işçilerden bu Kanunun yayımı tarihi itibarıyla; bağlı buldukları sosyal*

⁴⁶⁹ Keser, s. 325.

⁴⁷⁰ Eyrenci ve diğerleri, s. 160; Aktay ve diğerleri, s. 188.

⁴⁷¹ Ulaş Baysal, “ Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması Ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik”, **SİCİL**, Sayı: 28, Aralık 2012, s. 149; Keser, s. 322 – 323. Bir işletmede işgücü fazlalığını gidermek için sosyal seçim ölçütü olarak emekliliğe hak kazanmış olma göz önünde bulundurulmuş ve emekliliği talep etme şartlarına haiz işçilerin tamamının iş sözleşmesi feshedilmiş ise, feshin geçerli neden dayandığı kabul edilir. Bu durumda genel ve objektif bir uygulama söz konusudur (Çankaya ve diğerleri, s. 124). Ayrıca bu konu ile ilgili olarak bkz. Y. 9. HD., 29.01.2004, E. 2003 / 23159, K. 2004 / 1418 (Çankaya ve diğerleri, s. 124, dn. 236).

⁴⁷² Yargıtayın emekliliğin sosyal seçim kriteri olabileceği yönündeki bir kararı için bkz. Y. 9. HD., 03.04.2006, E. 4878, K. 8253 (**Çalışma Ve Toplum Dergisi**, Sayı: 10, 2006, s. 177 vd.). Ayrıca bkz. çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak verilen Yargıtay kararları.

⁴⁷³ Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına Veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 04.04.2007, yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 21.04.2007, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=5620, (11.07.2012).

güvenlik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlardan bu tarih itibarıyla kadınlarda 56, erkeklerde 58 yaşını doldurmuş olanlar, sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmezler, bunların iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirilir.” denilmektedir. Kanunun açıkça fesih sebebi olarak düzenlemesi halinde işçinin iş sözleşmesi emekliliğe hak kazanma gerekçesi ile geçerli olarak feshedilebilir⁴⁷⁴.

Emekliliğe hak kazanmış olma ya da belli bir yaşa gelmiş olmanın tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli fesih nedeni olmadığını açıklamıştık. Fakat emekliliğe hak kazanmış olma ya da belli bir yaşa gelmiş olma kimi zaman verimsizlikle kimi zaman da işletmenin ve işin gereğinden kaynaklanan bir sebeple ilişkilendirilmektedir⁴⁷⁵. İşçinin belli bir yaşa gelmiş olması, iş görme borcunu gerektiği gibi ifa edememesi, işe yoğunlaşamaması, veriminin azlığı halinde fesih için geçerli neden oluşturabilecektir. İşe yoğunlaşamaması, veriminin azlığı ve bunun gibi sebepler işçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan sebeplerdir. Bu tür nedenlerin varlığında, işçinin varsa verimsizliğinin kanıtlanması ve iş sözleşmesinin feshinden önce İş Kanunu 19. maddesi uyarınca işçinin savunmasının alınması gerekmektedir⁴⁷⁶.

Uygulamada toplu iş sözleşmelerine veya personel yönetmeliklerine emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemelerin konulmasına sıkça rastlanılmaktadır. Yargıtayın çeşitli kararlarında⁴⁷⁷ ve doktrinde⁴⁷⁸ böyle durumlarda iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinin mümkün olabileceği belirtilmiştir. Yargıtayın 2005 tarihli kararına⁴⁷⁹ göre:

⁴⁷⁴ Baysal, s. 149.

⁴⁷⁵ Çankaya ve diğerleri, s. 123; Keser, s. 323.

⁴⁷⁶ Çankaya ve diğerleri, s. 123; Keser, ss. 323 – 324. Bkz Y. 9. HD., 31.01.2005, E. 2004 / 33744, K. 2005 / 2727 (Çankaya ve diğerleri, s. 123, dn. 234): “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş sözleşmesi “ emekli aylığı bağlanmasına hak kazanması, işe yoğunlaşmasının ve iş veriminin azalması ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması” sebebiyle feshedilmiştir. Belirtilen işe yoğunlaşmama ve verim azlığı işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerdir. 4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesi uyarınca, “İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek zorundadır. İşveren, sözü edilen Kanunun 25. maddesinin II numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklı olmak şartı ile hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Somut olayda davalı işveren, davacının savunmasını almadığı gibi, hizmetine ihtiyacı olmadığını da kanıtlayamamıştır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı bulunmuştur.”

⁴⁷⁷ Y. 9. HD., 15.05.2006, E. 12635, K. 14038 (Şahlanan, Emekliliğin Geçerli Neden Olması, ss.2 – 3. Y. 9. HD., 21.11.2005, E. 34142, K. 36780 (Çankaya ve diğerleri, s. 124, dn. 235); Y. 9. HD., 19.11.2007, E. 32998, K. 34482 (**Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk Eki, Sayı: 341, Ağustos 2008, ss. 4 – 5).

“Davalı Banka anılan Kanun ve Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde özelleştirmeye hazırlanırken yeni teknolojilerin uygulanması, yeni bankacılık yöntem ve işlemlerinin devreye sokulmasını sağlamak yolunda yeniden yapılanmaya gitmiş; 08.08.2001 tarih ve 423 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile 20 / 200 olarak belirlenen norm kadroya göre ihtiyaç fazlası personel bulunduğu sonucuna varılarak bir kısım işçinin işten çıkarılması gerektiği sonucuna varmıştır. Davalı Banka Yönetim Kurulu, çıkarılacak işçilerin seçiminde “sosyal seçim ölçütü” oluşturmak amacıyla 25.05.2005 tarih ve 158 sayılı karara ile İnsan Kaynakları Yönetmeliğinin “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi” başlıklı 110. Maddesinin 110. 3 fıkrasına D bendi olarak “Emekliliğe tabi 30 hizmet yılını dolduranlar Bankada çalıştırılmaz. Bu durumdaki personelin yasalar ve yönetmelikten doğan tüm parasal hakları ödenmek kaydıyla sözleşmeleri feshedilir.” hükmünün eklenmesine karar vermiştir. Davalı işveren, yukarıda işletme gerekleri ile birlikte Yönetmeliğin anılan hükmüne uygun olarak 30 hizmet yılını dolduran ve emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerini feshederek ülke çapında genel ve objektif bir uygulama yapmıştır. ... Bu maddi ve hukuki olgulara göre, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. “.

Yargıtay 2006 tarihli başka bir kararında, işverenin personel yönetmeliği ile 60 yaşına ulaşan ve emekliliğe hak kazanan işçilerin işten çıkarılacağı yönünde düzenleme yapması halinde, söz konusu düzenlemenin İş Kanunu madde 22’ye uygun şekilde bağlayıcılık kazanıp kazanmadığı ile genel ve objektif bir biçimde uygulanıp uygulanmadığının mahkemelerce araştırılması gerektiğini işaret etmiştir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Şahlanan, Emekliliğin Geçerli Neden Olması, ss. 2 – 3; Keser, s. 326;

⁴⁷⁹ . 9. HD., 21.11.2005, E. 34142, K. 36780 (Çankaya ve diğerleri, s. 124, dn. 235).

⁴⁸⁰ Y. 9. HD., 06.11.2006, E. 20021, K. 29320 (Kararın metni ve değerlendirmesi için bkz. Mustafa Alp, “Personel Yönetmeliği İle Yaş Sınırı Getirilmesi”, **LEGAL YKİ**, Sayı: 4, 2007, (Anılış, Yaş Sınırı Getirilmesi), ss. 171 - 189. Ayrıca bkz. Y. 9 HD. 05.06.2012, E. 2011 / 12567, K. 2012 / 12533 (Kararın metni ve değerlendirmesi için bkz. Baysal, ss. 146 – 153). BAYSAL’ a göre, “ Toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliğinde emekliliğe hak kazanma veya belirli yaşa gelmenin fesih nedeni olacağına ilişkin bir hüküm bulunması, tek başına işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli feshi mümkün kılmaz. Çünkü işletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenlerin geçerli sebep oluşturabilmesi için söz konusu nedenlerin işçinin çalıştırılması imkânını ortadan kaldırması gerekmektedir. Çalıştırılacak işçi sayısının azaltılmasını gerektirecek bir işletmesel karar yok iken, emekliliğe hak kazanma veya belirli yaşa gelmenin fesih nedeni olacağına ilişkin hükme dayanarak, işçilerin iş sözleşmesinin feshedilmesi, geçersiz olacaktır. Tarafların anlaşarak toplu iş sözleşmesi ile ya da personel yönetmeliği ile emekliliğe hak kazanmayı ya da belirli yaşa gelmeyi geçerli neden haline getirmeleri mümkün değildir. Çünkü İş Kanunu madde 18 ‘ de sayılan geçerli sebepler emredici nitelikte olup, geçerli fesih nedenlerinin tarafların anlaşması yoluyla arttırılması mümkün değildir (Alp, Yaş sınırı Getirilmesi, s. 182); (Baysal, s. 151).

Yargıtay kararlarında da ifade edildiği gibi emeklilik ile ilgili düzenlemelerin işyerinde genel olarak tüm işçiler objektif şekilde uygulandığı takdirde, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmektedir. Burada genel ve objektif olma koşulunun bir arada olması gerekmektedir⁴⁸¹.

Bir işletmede işgücü fazlalığını gidermek için sosyal seçim ölçütü olarak emekliliğe hak kazanmış olma göz önünde bulundurulmuş ve emekliliği talep etme şartlarına haiz işçiler arasından sadece bir kaçı işten çıkarılmış ise, bu durumda iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde emeklilik koşullarına haiz olmak dışında, başka objektif ölçütlerin dikkate alınıp alınmadığına bakılmalıdır. Aksi halde objektif ve genel bir uygulamada söz edilemeyeceği için feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilir⁴⁸².

V. İşletmenin, İşyerinin Ve İşin Dışından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebepler, işyeri ve işletme içi sebepler olabileceği gibi, işyeri ve işletme dışından kaynaklanan sebepler de olabilir. İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde bu husus belirtilmiş ve 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, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi gibi sebepler örnek olarak verilmiştir⁴⁸³.

İşçinin, işyerindeki işini kaybetmesine yani işçinin iş sözleşmesinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, kamu işyerlerinde harcamanın devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplerdir. İşletme dışı

⁴⁸¹ Çankaya ve diğerleri, s. 124; Baysal, ss. 150 – 151; Keser, s. 326.

⁴⁸² Çankaya ve diğerleri, ss. 124 – 125.

⁴⁸³ Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu madde 18 gerekçesi, http://tiskweb.com/yayinlar.asp?sbj=ana&ana_id=100, (12.07.2012).

sebepler, işletme gereklerine dayanan geçerli fesih oluşturması için, bu sebepler, işyerinde iş gücü fazlalığına neden olmuş olması gerekmektedir⁴⁸⁴.

İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanununun 18. maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin iş gücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce denetlenebilir. Mahkeme;

- İşletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediğini,
- Etki ediyorsa, ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediğini,
- Ediyor ise ne kadarına etki ettiğini tespit edecektir⁴⁸⁵.

İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işe iade davasında, örneğin, iddia ettiği sipariş veya satış ve sürümdeki azalmayı sayılarla ortaya koymalıdır. Örneğin, aldığı iş sayısında %40 azalma olduğunu ve bu azalmanın fiilen mevcut olduğunu ortaya koymalıdır. İşveren, işe iade davasında, ayrıca işletme dışı sebeplerin, işyeri ortamı ve işyeri gerekleri dikkate alındığında, doğrudan doğruya işçinin çalıştırılmaya devam etmesinin imkânsız olduğunu, iş sözleşmesinin feshinde işletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etki ettiği bölümde çalışan işçileri seçtiğini ortaya koymalı ve ispat etmelidir. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır⁴⁸⁶.

İşverenler, uygulamada işletme dışı sebepleri vesile ederek, işletme içinde yeniden yapılandırmaya gidebilirler. Bu tür durumlarda işletme dışı sebepleri,

⁴⁸⁴ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 249; Kar, s. 386; Keser, s. 363. Bkz. Y. 9. HD., 21.07.2008, E. 2007 / 41050 , K. 2008 7 21303, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (12.07.2012): “ İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler işletme dışı sebeplerdir. ... İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir.” Ayrıca benzer yönde bkz. Y. 9. HD., 06.10.2008, E. 30271, K. 25206, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (12.07.2012).

⁴⁸⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 238; Kar s. 396; Keser, s. 364.

⁴⁸⁶ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 239; Kar, s. 396.

işveren, işletme ve işyerinin yönetimi, ekonomik problemlerin çözümü ve önlenmesi ve yeniden yapılandırma kararlarının alınması için sebep olarak görmektedir. İşletme dışı sebepler bu tür kararların alınması için işverenin elini kolunu bağlamamaktadır, kısaca doğrudan etki yapmamaktadırlar. Yeniden yapılanma kararı, işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin doğrudan sebebinin, yapısal karar ve tedbirler teşkil eder. Bu halde, iş güvencesi hukuku açısından alınan yeniden yapılandırmaya ilişkin işletmesel kararlar önem taşır. İşe iade davalarında, işletme dışı sebepler değil, yeniden yapılandırıcı işletmesel kararlar üzerinde durulur. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde, sadece, işletmedeki iş yoğunluğuna illiyet bağı içinde doğrudan doğruya etki ettiğinde dikkate alınır⁴⁸⁷.

İşveren, işe iade davasında, işçinin iş sözleşmesinin feshinin, işletme dışı sebeplerin zorunlu sonucu olduğunu iddia ederse, burada işveren, piyasanın yarattığı baskının bir veya daha fazla işçinin işini kaybetmesine yol açtığını iddia etmektedir. Piyasada ortaya çıkan baskı ve zorlayıcı durum işverenin, - tabiri caizse- elini kolunu bağlamaktadır. Bu durumda, işletmesel karar, objektif olarak kendisinin herhangi bir etkisi söz konusu olmaksızın fiilen ortaya çıkan çalışma ve iş imkânına iş gücü sayısının uyarlamaya karar vermektir. Yalnızca, işyerinde iş hacmini azaltmaya yol açabilecek durumlarda, işverenin hareket serbestisinin kısıtlanması söz konusu olmaktadır. İşverenin ekonomik takdir hakkının kullanımını ifade etmeyen işletme dışı sebeplerden kaynaklanan işletmesel kararlara dayanan fesihlerde, işveren;

- İşletme dışı sebebin fiilen iddia ettiği kapsam ve yoğunlukta gerçekleştiğini (Örneğin, siparişlerde iddia ettiği %40 azalmanın fiilen gerçekleştiğini),

- Bu sebebin, işletmenin mikro ekonomik durumu, sözleşmesel ve işletmesel faktörler dikkate alındığında işçinin işyerinde çalıştırılma imkânına doğrudan doğruya olumsuz yönde etki ettiğini, kendisinin herhangi bir kişisel etkisinin olmadığını,

⁴⁸⁷Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 240 – 241; Keser, s. 363.

- İş sözleşmesinin feshinde sadece işletme dışı sebep nedeniyle ortadan kalkan işte hali hazırda çalışan işçi ya da işçilerin seçildiğini ispat etmelidir⁴⁸⁸.

İşveren, işletme dışı nedenlerin doğrudan etkilediği işçilerin tamamını işten çıkarabilir. İşletme dışı sebep, işverenin işten çıkaracağı maksimum işçi sayısının belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. İşletme dışı sebeplerin işyerinde ne oranda ve miktarda işçi sayısının azalmasına yol açacağını tam olarak hesaplamak güçtür. İşletme dışı sebeplerin işveren tarafından alınan işletmesel kararlara dayanılarak yapılan fesihlerde, işletme dışı olayların sebep olduğu iş ve işletme organizasyonundaki değişikliğin, iş sözleşmesinin feshini kaçınılmaz kılması şarttır. Sözleşmenin feshinin, teknik, ekonomik alanlarda ya da organizasyona yönelik olarak alınacak daha hafif tedbirlerle engellenemez veya önlenemez olması zorunludur⁴⁸⁹.

A) Ekonomik Kriz Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi

Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik' in 3. maddesinin, I. fıkrasının c bendinde, iş hukuku açısından genel ekonomik kriz tanımlanmıştır. Genel ekonomik kriz, “Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları”, ifade etmektedir⁴⁹⁰.

İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde, “ülkede yaşanan ekonomik kriz” den söz edilmektedir. Ülkedeki genel nitelikli ekonomik kriz ortamı anlatılmaktadır. Burada amaçlanan, sadece bazı iş kollarında veya bazı sektörlerde ya da bazı meslek gruplarının ekonomik krizden etkilenmesi değildir⁴⁹¹.

Yargıtayın 2010 tarihli bir kararına⁴⁹² göre:

“ Genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli neden olmaz. Bunun için yukarıda belirtilen makro ekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olması ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekir.

⁴⁸⁸Kılıçoğlu ve Şenocak ss. 249 – 250.

⁴⁸⁹Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 250 - 252; Mollamahmutoğlu, s. 734.

⁴⁹⁰ Kısa Çalışma Ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 30.04.2011, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110430-16.htm>, (12.07.2012).

⁴⁹¹ Centel, İş Güvencesi, s. 107.

⁴⁹² Y. 9. HD., 01.07.2010, E. 2009 / 24400, K. 2010 / 21297 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt: VIII, Sayı: 30, 2011, ss. 742 – 746).

Genel ve sektörel şartlar olumlu seyreitse de, işletmenin kötü yönetimi veya diğer özel sebeplerden dolayı zarar görmesi de istihdamı olumsuz etkileyebilir.”.

Genel ekonomik krizin temel özellikleri, işletmelerin varlıklarını tehdit etmesi, acil müdahale gerektirmesi, ani değişiklikler getirmesi, kontrol edilememesi, işletmelerin önleme mekanizmalarını yetersiz bırakmasıdır. Genel ekonomik krizler sonrası, üretimde, fiyatlarda ve satışlarda azalma, işletmeyi ve işyerini objektif sebepler olarak etkileyen sebepler olarak kabul edilebilecek ve bu objektif sebeplerin işyerinde iş güç fazlalığı oluşmasına sebep olduğu hallerde, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise, fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilebilecektir. Kriz tehlikesinde üretim azaltılması ve vardiya sayısının düşürülmesi işverenin yönetim hakkı kapsamında aldığı bir işletmesel karar olarak değerlendirilmekte ve bu işletmesel karar nedeni ile istihdam fazlasının meydana geleceği gerçeğinden hareketle işveren zarar etmese hatta kar etse bile bu durum sözleşmenin feshinde geçerli sebep sayılabilecektir⁴⁹³.

Uygulamada, işverenin, iş sözleşmesini feshinin talep ve sipariş azalması ile ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanılarak gerçekleştirildiğinin iddia edildiği hallerde bazı sınırlamalardan söz edilmektedir. Ekonomik nedenlerle işçi çıkarılırken, öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılarak, iş zamana yayılmalı, kısaca fesih en son çare olarak düşünülmelidir⁴⁹⁴.

Krize dayalı feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti için, işverenin, krizin sebep olduğu olumsuzlukların sürekli bir engel yarattığını kanıtlaması gerekmektedir. Genel nitelikli olmayan ve süreklilik arz etmeyen “ekonomik krizler”, “zorlayıcı nedenler”, veya “geçici ifayı kabul engellerinde” geçerli fesih hakkı doğmamaktadır. Bu gibi hallerde işveren, “kısa çalışma” veya işçilerle anlaşarak “ücretsiz izin” veya “esnek çalışma” uygulamalarına gitmesi gerekmektedir. Sadece kriz nedeniyle işverenin karının olmaması veya zarar etmesi, üretim ve sürümde meydana gelen aksaklıklar finans zorlukları, siparişte azalma gibi olgular geçerli sebeple fesih için yeterli değildir. Yani genel kriz tek başına fesih için

⁴⁹³ Keser, ss. 366 – 367. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 06.12.2010, E. 2009 / 43956, K. 36337, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (12.07.2012).

⁴⁹⁴ Bkz. Y. 9. HD., 08.07.2003, E. 12442, K. 13123 (Tankut Centel, “Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma” (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 286, Ekim 2003, ss. 32 – 35), <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/ekim/hukuk.html>, (12.07.2012).

geçerli sebep olamayacaktır. Bunun için bu durumun işletmeyi olumsuz etkilemesi ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekmektedir. Böyle bir durumda işveren, gerçekleşen krizin etkisini yansıtan işletmesel karar almalı ve uygulamalıdır. Bu nokta feshe ilişkin yargı kararının temelini oluşturur. İfayı kabul engeline tepki niteliğindeki işletmesel karar, feshe yönelik irade beyanının kurucu unsurudur. İş güvencesi sisteminde geçerli neden, burada işletme gereği, feshe yönelik irade beyanının kurucu unsurdur ve geçerli neden olmadan yapılan fesih beyanı hüküm ve sonuç doğurmaz⁴⁹⁵.

Genel ekonomik kriz sebebiyle iş hacminde daralma, satışlarda ve üretimde azalma meydana gelmesi halinde işverence işçi sayısının azaltılmasına yönelik işletmesel karar alınabilmektedir. İşveren, örneğin ekonomik krizin işletmesini doğrudan etkileyerek satış ve siparişlerde azalmaya yol açtığını, üretimin eskisi gibi sürdürülmesi olanağı ortadan kalktığı için üretimi kısmak zorunda kaldığını ve bunun sonucunda iş gücünde fazlasının ortaya çıktığını ispatlamak zorundadır. Mahkeme, ilk öncelik olarak genel bir ekonomik krizin var olup olmadığını inceleyecektir. Krizin varlığı tespit edildikten sonra, işverence işçi sayısının düşürülmesine yönelik alınan işletmesel karar denetlenecektir. Bu aşamada mahkeme öncelikle;

- İşverence her türlü tasarruf tedbirinin alınıp alınmadığını,
- İşletmesel karar ile istihdam fazlalığının oluşup oluşmadığını,
- İşverenin, işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığını,
- Fesih yolundan önce başka alternatif çözümlere başvurulup başvurulmadığını,
- Feshin kaçınılmaz olup olmadığını,
- İşverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı incelenecektir⁴⁹⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına⁴⁹⁷ göre:

“..... Bu bağlamda, fesih tarihine yakın tarihlerde işyerinde çalışan işçi sayısı, işyerinde çalışan sendikaya üye olan ve olmayan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen, çekilme sonrası çalışmaya devam eden

⁴⁹⁵Engin, ss. 47 – 48; Demir, Geçerli Sebep, s. 489; Keser, ss. 367 – 368.

⁴⁹⁶Keser, ss. 369 – 370. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 02.11.2009, E. 39824, K. 29938, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (12.07.2012); Y. 9. HD., 02.11.2009, E. 39765, K. 29964, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (12.07.2012).

⁴⁹⁷Y. HGK, 07.10.2009, E. 2009 / 9 – 372, K. 2009 / 416, http://www.kararevi.com/karars/576792_yargitay-hukuk-genel-kurulu-e-2009-9-372-k-2009-416#.Uia19zbwlCg, (12.07.2012); Keser, s. 370, dn. 1097.

işçilerin olup olmadığı, çıkarılan işçilerin kaçının sendikalı olduğu, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı, toplu iş sözleşmesi prosedürü uygulanmasının söz konusu olup olmadığı, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi halinde teknik yönden bu hususların araştırılması, feshin son çare olarak kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesi gereklidir.

Yukarıda yer alan açıklamalar kapsamında somut olayın incelenmesinde; davalı işverenin ekonomik kriz nedeniyle maddi sıkıntıya düştüğü ve makinelerin elden çıkarıldığı savunmasına rağmen krizin devam ettiği 2000 yılında 37, 2001 yılında 142 kişiyi işe alması ve özellikle 2001 yılında işe alınanların sendika üyesi olmaması gerçeği karşısında, davacının iş akdinin sendikal nedenle feshedildiği açıktır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alındığında yerel mahkemenin direnme kararı isabetli bulunmaktadır.”.

Yargıtayın 2010 tarihli bir kararına⁴⁹⁸ göre:

“ Ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretimde düşüşler nedeni ile tedbir olarak istihdam azaltılması ve bu nedenle işçi çıkarılması kararı yönetsel bir işveren kararıdır. Daralma nedeni ile istihdamın azaltılmasını gerektiren bir durum olup olmadığı, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır. “.

§3. İŞİN, İŞYERİNİN VE İŞLETMENİN GEREKLERİ NEDENİYLE YAPILAN FESİHLERDE UYGULANAN İLKELER

I. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi genel bir hukuk ilkesidir⁴⁹⁹. İlkenin hukukun genel ilkeleri arasında olması, ilkenin pozitif dayanağı olmasa da uygulanabileceği anlamına

⁴⁹⁸Y. 9. HD., 06.12.2010, E. 2009 / 43956, K. 2010 / 36337, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (14.07.2012).

⁴⁹⁹ Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 25; Kar, Ölçülülük, s. 690; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 891.

gelir⁵⁰⁰. Ölçülülük ilkesi ağırlıklı olarak kamu hukukundan idare hukukunda uygulanmakta olan bir ilkedir⁵⁰¹. Ölçülülük ilkesi, Anayasa hukukunda, sınırlandırmada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder⁵⁰². Ölçülülük ilkesi pozitif dayanağını Anayasanın 13. maddesinden almaktadır⁵⁰³. “Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması” başlıklı madde 13’e 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.*”.

Ölçülülük ilkesi sadece kamu hukuku alanında değil, özel hukuk alanından da uygulanan bir ilkedir⁵⁰⁴. Ölçülülük ilkesinin, özel hukuk alanında da uygulama bulmasının temelinde, doğruluk ve güven kurallarının somut bir uygulaması yattığı kabul edilmektedir⁵⁰⁵. Ölçülülük ilkesinin özel hukukta uygulanmasında sözleşme özgürlüğü yanında kanunun amacı da göz önünde tutulmalıdır⁵⁰⁶. Ölçülülük ilkesinin özel hukukta ne zaman uygulanacağı doğru şekilde tespit edilmeli ve gelişi güzel uygulanması⁵⁰⁷ engellenmelidir.

Ölçülülük ilkesi, özel hukuk alanından iş hukuku alanında iş mücadelesi⁵⁰⁸ ve iş sözleşmesinin feshinde önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır⁵⁰⁹. İş mücadelesi

⁵⁰⁰ Oğurlu, s. 25.

⁵⁰¹ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, **Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 59; Birben, s. 22; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 184; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 181.

⁵⁰² Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlaması Ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, (Anılış, Temel Haklar), s. 10; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 184; Kar, Ölçülülük, s. 60; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 181.

⁵⁰³ Metin, s. 209; Birben, s. 21; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 184; ; Kar, Ölçülülük, s. 60; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 18.

⁵⁰⁴ Mustafa Alp, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk Ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması”, **Yasa Hukuk İçtihat Ve Mevzuat Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı: 205 / 12, Ocak 1999, (Anılış, Ölçülülük İlkesi), ss. 1524 - 1534; Birben, s. 65; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 185.

⁵⁰⁵ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1524.

⁵⁰⁶ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1534.

⁵⁰⁷ Birben, s. 55.

⁵⁰⁸ Şükran Ertürk, **İş Mücadelesinde Denge İlkesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999, ss. 111 – 113; , Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1526; Oğurlu, s. 27. Tipik İş mücadelesi araçları, grev ve lokavttır (Ertürk, s. 1122; Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1527; Fakat gelişen iş ilişkileri ve teknikleri, başka iş mücadelesi araçlarına da imkân sağlamaktadır (Alp, Ölçülülük ilkesi, s. 1527).

⁵⁰⁹ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1527; Birben, ss. 104 – 105; Oğurlu, s. 27; Kar, Ölçülülük, s. 61.

araçları özgürlüğü, ölçülülük ilkesi ile sınırlandırılmaktadır⁵¹⁰. Ayrıca ölçülülük ilkesinin uygulanması sonucu işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlandırılması ve böylece işçiye feshe karşı etkin bir korunma sağlanmaktadır⁵¹¹. Ölçülülük ilkesi, haklı – geçerli – geçersiz nedenle fesihlerde önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır⁵¹².

Doktrindeki görüşe göre, ölçülülük ilkesinin pozitif dayanağının anayasa ve idare hukuku içinde aranmasına gerek yoktur; iş hukuku bakımından ölçülülük ilkesinin hukuki dayanağı Medeni Kanunu madde 2 / f. I’de düzenlenen “dürüstlük kuralı”dır⁵¹³.

Hukuk düzenince kişilere tanına yetkilerin kullanılmasında bazen üçüncü kişilerin hukuk alanına müdahale edilmektedir. Ölçülülük ilkesinin amacı da bir normun üçüncü kişiye zarar verecek şekilde kullanılmasına izin verildiği, fakat bunun için esas itibarıyla herhangi bir sınırlamanın öngörülmediği durumlarda üçüncü kişinin korunmasını sağlamaktır⁵¹⁴.

Ölçülülük ilkesi özel hukuk alanında daha çok yenilik doğuran hakların kullanılmasında uygulama alanı bulmaktadır⁵¹⁵. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı irade beyanıyla karşı tarafın hukuki durumunda değişiklik yapan haklardır. Yenilik doğuran hakların kullanılması ile yeni bir hukuki ilişki kurulmakta, mevcut hukuki durum değiştirilmekte ya da tamamen ortadan kaldırılmaktadır⁵¹⁶. Yenilik doğuran haklardan özellikle bozucu yenilik doğuran hakların kullanılması karşı tarafın hukuki alanına ağır bir müdahale niteliği taşıyabilir. Bundan dolayı müdahalenin

⁵¹⁰ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1526.

⁵¹¹ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1520.

⁵¹² İş sözleşmesinin işveren tarafından, İş Kanununun 17, 18 veya 25. maddelerindeki nedenlerle fesihlerinde, feshin hangi madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açısından önemlidir (Kar, Ölçülülük İlkesi, s. 61).Bkz. Y. 9. HD., 23.06.2008, E. 2007 / 42970, K. 2008 / 17131, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (14.07.2012); (Kar, Ölçülülük ilkesi, s. 63); Y. 9. HD., 01.12.2008, E. 6259, K. 32583, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (14.07.2012); (Kar, Ölçülülük ilkesi, s. 63).

⁵¹³ Öner Eyrenci, “Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Güvencesi Ve İşe İade Davaları, 29 Mayıs 2010**, İstanbul 2010, (Anılış, Ölçülülük İlkesi), s. 35. EYRENCİ’ye göre, “ İş sözleşmesi taraflarından her biri, sözleşmenin ifasından dürüstlük kuralı gereği, sözleşmenin devamlılığını ve özellikle diğer tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamak için her türlü çabayı göstermelidir. İş sözleşmesinin işverence feshinden önce işveren, sözleşmenin devamlılığını ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini sağlamak için elinden gelen her türlü çabayı gösterme zorundadır.” (Eyrenci, Ölçülülük İlkesi, s. 36).

⁵¹⁴ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1519; Birben, ss. 56, 82.

⁵¹⁵ ALP, Ölçülülük İlkesi, s. 1525; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 185.

⁵¹⁶ Yenilik doğuran haklar ile bilgi için çalışmamızda bkz. atıf 10 ‘daki açıklamalara.

meşruluğun denetlenmesinde ölçülülük ilkesi önemli bir yere sahiptir⁵¹⁷. Bozucu yenilik doğuran haklardan olan fesih hakkı, karşı tarafın / işçinin) hukuk alanına ağır müdahale niteliği taşıdığından, kanunla sınırlandırılmadığından ölçülülük ilkesinin uygulanması gereklidir⁵¹⁸.

Türk hukukunda da kabul edildiği üzere ölçülülük ilkesi, üç alt ilkeye ayrılabilir⁵¹⁹. Bunlar **elverişlilik**, **gereklilik** ve **oranlılık ilkesidir**. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak tedbir, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır⁵²⁰. Türk idare hukukunda ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan **elverişlilik ilkesi**, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması şeklinde tanımlanmaktadır⁵²¹. Aracın tümüyle elverişli olması gerekmemektedir, kısmi elverişlilikte yeterlidir⁵²². Ulaşılmak istenen amacı güçleştiren ya da imkânsız kılan araç, elverişli değildir⁵²³. Aracın amacı gerçekleştirmede elverişli olup olmadığı tahmini olarak değerlendirilir. Aracın, iş güvencesi kapsamında feshin, ekonomik krizin atlatılması için alınan işletmesel kararları gerçekleştirmekte elverişli olup olmayacağı fesihten önce yapılan bir tahmine dayanır. Tahmin, bir bilinmezliği ve belirsizliği içinde barındırır⁵²⁴. Önemli olan, fesih anında mevcut olan koşullara göre yapılan tahminin objektif olarak savunulabilir ve tutarlı olmasıdır⁵²⁵. Ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkesi olan **gereklilik ilkesi**, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli aynı derecede etkili tedbirlerin bulunması halinde, bu tedbirlerden en hafif olanının, temel hak ve hürriyetlerden en az sınırlayanın tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵²⁶. Gereklilik ilkesi, iş güvencesi hukuku

⁵¹⁷ Alp, ölçülülük İlkesi, s. 1525; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 186.

⁵¹⁸ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 186; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 892.

⁵¹⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, C. I, (Anılış, İdare Hukuku), s. 511; E. Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s. 79; Kar, Ölçülülük, s. 60; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 185; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 893.

⁵²⁰ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 188; Kar, Ölçülülük, s. 60; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 185.

⁵²¹ Gözler, İdare Hukuku, s. 511; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 189; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, ss. 185 – 186.

⁵²² Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1521; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 189; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 893.

⁵²³ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 189; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 186.

⁵²⁴ Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, “İş Güvencesinde Tahmin İlkesi”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 34, Sayı: 1 -2, Ocak – Nisan 2008, (Anılış, Tahmin İlkesi), s. 106 – 107.

⁵²⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, Tahmin İlkesi, s. 107; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 894.

⁵²⁶ Gözler, İdare Hukuku, s. 512; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 187.

açısından işçiyi daha az olumsuz etkileyecek başka bir elverişli tedbirin olması halinde, iş sözleşmesinin feshinin gerekli olmadığı anlamına gelir⁵²⁷. Gereklilik ilkesi gereği işveren fesihle ulaşmak istediği amaca daha hafif bir tedbirle ulaşmanın mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Fesih anında fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli tedbirler var ise, gereklilik ilkesinden önce elverişlilik değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir⁵²⁸. **Oranlilik** (doktrindeki diğer adıyla dar anlamda ölçülülük) **ilkesine** göre, iş sözleşmesinin feshinin, onunla takip edilen amaçla orantılı bir ilişki içerisinde bulunmalıdır⁵²⁹. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan oranlilik ilkesi, temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan aracın, amacın gerçekleştirilmesi için uygun ve gerekli olmasını, amaçla arasın ölçüsüzü bir oran içinde olmamasını ifade eder⁵³⁰. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına⁵³¹ göre, “..... amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen oranlilik ilke(s)i.....” şeklinde oranlilik ilkesini ifade etmiştir.

Oranlilik ilkesine göre, feshin uygun olup olmadığının tespit edilebilmesi için, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, iş sözleşmesinin sona ermesinin, işverenin bu durumdan elde edeceği menfaat ile kabul edilebilir bir oran içerisinde olup olmadığı incelenmelidir⁵³².

İşletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapılacak fesihte ölçülülük ilkesi, istihdam fazlalığı oluştuğunda feshin kaçınılmazlığı yönünden dikkate alınmalıdır. İş sözleşmesinin feshinde, fesih son çare olarak başvurulacak bir araçtır⁵³³. Feshe oranla daha hafif bir önlem, işverenin takip ettiği amaca (ekonomik krizin atlatılması, dar boğazın aşılması, verimliliğin artması, vs.) ulaşmasına fesih gibi elverişli ise, fesihten kaçınılması gerekir. İşveren işletmenin karlılığını, ekonomik verimliliğini kısaca işletmesel karar sonucu hedeflediği bu amacı, işçi çıkarmadan da

⁵²⁷ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1522; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. Ölçülülük, s. 189; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 894.

⁵²⁸ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1522; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 189.

⁵²⁹ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 200; Manav, s. 133.

⁵³⁰ Meral Sungurtekin Özkan, “**İcra Hukukunda Oranlilik İlkesi**”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 177.

⁵³¹ AYM, 23.06.1989, E. 1988 /50, K. 198 / 27, Resmi Gazete No: 20302, Resmi Gazete Tarihi: 04.10.1989, s. 11 vd. (Oğurlu, s. 38).

⁵³² Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 201; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 201; Alp, s. 405; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 896.

⁵³³ Alp, Ölçülülük İlkesi, s. 1527 – 1528.

sağlayabiliyorsa, iş sözleşmesinin feshi yoluna başvurmamalıdır⁵³⁴. Alternatif önlemlerle iş sözleşmesinin feshedilmesi yerine iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağının olduğu bir durumda işverenin iş sözleşmesini feshi, ölçüsüz kabul edilecektir. Böyle bir fesih ölçülülük ilkesi uyarınca geçersiz sayılacaktır⁵³⁵

İşveren fesih dışında hangi alternatif önlemlere başvurabileceğinin ve hangi araçların fesih için alternatif olamayacağını belirlenmesi gerekir⁵³⁶. Bu önlemlerin gerçekleştirilmesi, fiilen ve hukuken mümkün olmalıdır. İşveren açısından imkânsız olan bir önlemin alınmamış olması nedeni ile feshin gereksiz ve geçersiz olduğu ileri sürülemez⁵³⁷.

Ölçülülük denetimi içinde feshin son çare olması ilkesi, işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde göz önünde bulundurulması gereken en önemli ilkedir⁵³⁸. Feshin son çare olması ilkesi kapsamında yapılacak denetim, ölçülülük ilkesi uyarınca yapılacak denetimin son aşamasıdır⁵³⁹.

II. Feshin Son Çare Olması İlkesi

4857 sayılı İş Kanununda feshin son çare olması ilkesi açıkça düzenlenmiş değildir. İş Kanununun gerekçesinde ve Yargıtay uygulamasında benimsenmiş bir ilkedir. İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde açıkça, “ Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.” açıklamasına yer verilmiştir. Kanun gerekçesi ile bir bütündür. Kanunun uygulanmasında gerekçelerin yargı organlarınca dikkate alınması gerekir. Bu nedenle geçerli neden kavramına uygun yorum yapılırken, sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı somut olarak araştırılmalıdır⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Kar, s. 620; Kar, Ölçülülük, s. 66.

⁵³⁵ Kar, Ölçülülük, s. 67.

⁵³⁶ Birben, s. 130. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 13.02.2006, E. 2005 / 37219, K. 3456 (Kar, Ölçülülük, s. 69, dn. 39).

⁵³⁷ Birben, s. 130. Benzer şekilde bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 313.

⁵³⁸ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 204; KAR, Ölçülülük, s. 66.

⁵³⁹ Kar, Ölçülülük, s. 66. Bkz. Y. 9. HD., 08.06.2009, E. 2008 / 32592, K. 15926 (Kar, s. 65).Y. 9. HD., 19.11.2007, E. 22155, K. 34394, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (15.07.2012).

⁵⁴⁰ Mollamahmutoğlu, s. 735; Engin, s. 91; Ali Güzel, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi, (Karar

Ultima Ratio, Latince bir deyim olup, düşünülmesi ve başvurulması gereken son çare, son önlem anlamına gelmektedir. Konumuzla ilgili olarak, işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurması, bu yola gitmeden önce, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri alması anlamına gelmektedir. İşveren, olanakları dâhilindeki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işini yitirmesine yine engel olamıyorsa, geçerli bir nedene dayalı olması koşuluyla, fesih işlemine başvurabilecektir⁵⁴¹.

Bazı yabancı hukuklarda, Örneğin Fransız hukukunda iş güvencesi alanında ultima ratio ilkesi, ilk önce Yargıtay içtihadıyla benimsenmiş ve aynı esaslar daha sonra kanun hükmüne dönüşmüştür⁵⁴². Alman hukukunda, Alman Federal Mahkemenin 1978 yılında⁵⁴³ verdiği ilke kararına göre, feshe ultima ratio olarak başvurulmalıdır⁵⁴⁴.

İşverenin serbest olarak almış olduğu işletmesel kararın uygulanması aşamasında, işletmesel karar gereği, feshin zorunlu hale gelmiş olması kuraldır. Bu kural işverence dayanılan geçerli sebebin işçinin iş görme edimi üzerinde olumsuzluk yaratmasını ve fesihte dayanılan geçerli sebeple işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağının kurulmuş olmasını zorunlu kılmaktadır. İlliyet bağının varlığı, bir yandan dayanılan geçerli sebeple fesih işlemi arasında bir yandan da işçinin işyerindeki işi ile bu geçerli sebepler arasında olmalıdır⁵⁴⁵.

Ultima Ratio ilkesinin temeli, Medeni Kanunun 2. maddesinin I. fıkrasında⁵⁴⁶ ifadesini bulan, sözleşmeyle bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yerine getirilmesi ilkesi oluşturur. Sözleşme taraflarından her biri sözleşmenin devamlılığını

İncelemesi)”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2005, (Anılış, Keyfilik Denetimi), s. 175; Süzek, s. 450; Aktay ve diğerleri, s. 187; Kar, s. 621; Çelik, s. 225; Keser, s. 270; Centel, İş Güvencesi, s. 113; Manav, s. 112.

⁵⁴¹Mollamahmutoğlu, s. 735; Güzel, Keyfilik Denetimi, S. 172; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 202; Keser, s. 269.

⁵⁴²Güzel, Son Çare, s. 64; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 174; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 882.

⁵⁴³Alman Federal Mahkemenin 30.05.1978 tarihli kararına göre, “ Fesih ister işçinin kişiliğinden veya davranışlarından, ister işyeri gereklerinden kaynaklanmış olsun veya geçerli bir nedene veya haklı bir nedene dayansın daima en son çare olarak değerlendirilmelidir. Bu yola gitmeden önce işçinin başka bir yerde ve gerektiğinde daha elverişsiz koşullarda çalıştırma olanağı aranmalıdır.” (Güzel, Son Çare, s. 65; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 201.

⁵⁴⁴Güzel, Son Çare, s. 65; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 174; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 201.

⁵⁴⁵Güzel, Son Çare, s. 61; Keser, s. 258.

⁵⁴⁶Madde 2 / f. II – “ Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. ”. Medeni Kanunda düzenlemiş olan bu dürüstlük kuralı ilkesi, hak ister kanundan ister sözleşmeden doğsun, bu hakların kullanılmasına ve bir borç doğmuş ise bu borcun ifasına ilişkindir.

ve özellikle diğ er tarafın edimlerini ifa etmesini sağlamak için dürüstlük kuralı çerçevesinde elinden gelen tüm çabayı göstermekle yükümlüdür. Bu ilke sözleşmesine uyarlandığında, işveren bu sözleşmenin devamlılığını ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini sağlamak için her türlü çabayı göstermelidir. İşveren sözleşme ilişkisinin devamlılığı için dürüstlük kuralı uyarınca öngörülebilir tüm seçenekleri denemesi ve feshe son çare olarak başvurusu gerekmektedir⁵⁴⁷.

Ultima ratio ilkesinin, işverence gerçekleştirilen geçerli fesih nedeninin hâkim tarafından denetimi açısından dikkate alınmasında hukuki zorunluluk bulunmaktadır. İş Kanununun 18. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, işverence feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, Medeni Kanununun 2. maddesi dayanak yapılarak, her somut olayda hâkim tarafından araştırılabilecektir. İşveren fesihten önce, esnek çalışma yöntemlerinin uygulanması, işçiyi başka yerde çalıştırmak veya eğitime tabi tutarak yeni bir işe uyumunu sağlamak ve bu yolar denendikten sonra feshi son çare olarak düşünmek zorundadır⁵⁴⁸. Aksi halde yapılan fesih geçersiz bir fesih sayılacaktır. Konunun İş Kanununun 18. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olması, böyle bir uygulamaya engel oluşturmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi söz konusu ilkenin hukuki temeli, Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiş olan sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kuralı doğrultusunda ifa edilmesi esasına dayanmaktadır⁵⁴⁹.

Ölçülülük denetimi içinde, feshin son çare olması ilkesi, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin bulunması halinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli bir ilkedir⁵⁵⁰. İş sözleşmesinin ister süreli feshinde, ister işçinin yetersizliğinden veya davranışından ya da işletme gereklerinden kaynaklansın, ultima ratio ilkesi, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulmasını gerektirir. Ultima Ratio ilkesi, sadece işletme gereklerine dayanan fesihlerde uygulanan bir ilke değildir. İş Kanununun gerekçesinde, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenlerin varlığı halinde düşünülmesi gerektiği belirtilmekle birlikte, işçinin

⁵⁴⁷ Mollamahmutoğlu, s. 735; Güzel, Son Çare, s. 62; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 173; Keser, ss. 269 – 270; Manav, s. 110; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 88.

⁵⁴⁸ Engin, s. 91; Eyrenci ve diğ erleri, s. 156; Güzel, Son Çare, s. 71; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 176; Çankaya ve diğ erleri, s. 99; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 209; Mollamahmutoğlu, s. 737.

⁵⁴⁹ Güzel, Son Çare, S. 71; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 176; Süzek, s. 450; Kar, s. 622; Keser, s. 270.

⁵⁵⁰ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 204; Kar, s. 621.

yetersizliği ve davranışına ilişkin nedeler halinde, işçinin performansı ve uyumu ile ilgili konularla sınırlı olarak yapılacak fesihlerde de uygulanması gerekmektedir⁵⁵¹.

Ultima ratio ilkesi, iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir nedenin varlığını yeterli görmemekte, feshin engellenmesi, işçinin işyerindeki işini kaybetmemesi için işverenin imkânları dâhilindeki tüm önlemleri de almış olmasını zorunlu kılmaktadır. İşverence yapılan fesih işlemi üzerinde, İş Kanunu madde 20, fıkra I kapsamında, birinci aşamada, ultima ratio ilkesi yönünden uygunluk denetimi yapılacaktır. İkinci aşamada ise, dayanılan nedenin somut olayda geçerli bir neden olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu üzerinde durulacaktır. Ultima ratio ilkesi kapsamında yapılacak yargısal denetim, feshe alternatif oluşturacak önlemlerin belirlenmesini zorunlu kılan feshe alternatif oluşturacak önlemlerin sınırlı sayıda tespit edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Ultima ratio ilkesi uyarınca yapılacak yargısal denetim, işverence yapılacak fesihte keyfiliğin önlenmesi ve işçinin işyerindeki işini koruması temel amacına yönelik bulunmaktadır. Bu denetim yapılırken, işletmesinin ekonomik geleceği için işverenin değişik seçeneklerden birisini esas alması konusundaki yönetim yetkisi de ortadan kaldırılmamalıdır. Bu nedenle, geçerli nedenle yapılan fesihlerin işverenin keyfi kararına dayanmaması ve bu arada işverenin yönetim yetkisini de tümüyle ortadan kaldırmaması esasına dayalı, özellikle genel ve soyut formüllerden arınmış bir denetim sisteminin de oluşturulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Bu çerçevede, geçerli fesih nedeni ile işçinin işyerindeki işi arasında illiyet bağının bulunması önem taşıyacaktır. Önemli olan, işverenin makul ölçüler içinde, belirtilen nitelikteki tüm önlemleri almasına karşın, işçinin işyerindeki işinin artık gereksiz hale gelmiş olmasıdır⁵⁵².

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını, işletmesel amaç çizer. İşverenden ancak işletmesel amacı boşa çıkarmayan ve amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli olan tedbirleri alması beklenilir. İşverenden masraflı veya işletmesel karar alma özgürlüğüne müdahale eder taleplerde bulunulmamalıdır⁵⁵³.

İşveren kararının nedeni ne olursa olsun, fesih hakkının doğumu için ön koşul, işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması, işyerinde işçiye ihtiyaç kalmamasıdır. İşçinin çalışmaya devam olanağının ortadan kalması, işçinin yaptığı

⁵⁵¹ Çelik, s. 228; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 205; Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 201; Eyrenci ve diğerleri, s. 158; Kar, s. 623.

⁵⁵² Güzel, Son Çare, s. 72 - 73; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 177; Keser, ss. 270 – 271.

⁵⁵³ Engin, ss. 91 – 92.

işin sürekliliğini yitirmesi anlamına gelir. İş güvencesi sisteminde sözleşmeye bağlılık ilkesinin esas, feshin istisna olmasının sonucu feshin son çare olması ilkesidir. Feshin kaçınılmazlığı, işletmesel kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünden ele alınarak, feshin son çare olması ilkesi kapsamında değerlendirilecektir. Haklarında işletmesel karar alınan işletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır⁵⁵⁴.

İşveren, Medeni Kanunun madde 2 ve İş Kanunu madde 18 çerçevesinde fesih yoluna gitmeden önce, işçiyi aynı işyerinde bir başka işte veya işletmenin diğer işyerinde çalıştırma veya eğitime tabi tutarak yeni işe uyumunu sağlama, ücretsiz izin, kısa çalışma, fazla çalışmaları kaldırma, işçinin rızası ile çalışma sürelerini kısaltma gibi yollara başvurmalıdır⁵⁵⁵.

Yargıtay, feshin son çare olması ilkesini 4773 sayılı Kanun zamanında ilk olarak aramıştır. İşverenin ne gibi yollara başvuracağını Türk ve Yabancı öğreti ve uygulamasına paralel olarak ilkelerini oluşturmuştur⁵⁵⁶.

Yargıtay 9. HD., 25.09.2005 tarihli bir kararında⁵⁵⁷ feshin son çare olması ilkesi uyarınca, fesihden önce alınması gündeme gelen tedbirlere örnek olarak şu tedbirleri göstermiştir:

“4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir.

Öte yandan işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalara 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

⁵⁵⁴ Engin, s. 91; Çankaya ve diğerleri, s. 99; Keser, s. 274.

⁵⁵⁵ Engin, s. 92; Eyrenci ve diğerleri, s. 157; Güzel, Son Çare, s. 77, 84; Süzek, s. 450; Aktay ve diğerleri, s. 187; Mollamahmutoğlu, ss. 735 – 737; Keser, s. 271; Centel, İş Güvencesi, s. 114.

⁵⁵⁶ 4773 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay kararı için bkz. Y. 9. HD., 30.10.2003, E. 18346, K. 18347 (Mustafa Kılıçoğlu, **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu Ve Yargıtay Uygulaması**, Legal Yayıncılık, Ankara 2005, (Anılış, Yargıtay Uygulaması), ss. 126 – 128.

⁵⁵⁷ Y. 9. HD., 26.09.2005, E. 21938, K. 31156 (Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, ss. 206 – 207); CENTEL, Ekonomik Neden, ss. 32 vd. Benzer şekilde bkz. Y. 9. HD., 26.10.2005, E. 31774, K. 34681 (ÇANKAYA ve diğerleri, s. 102, dn. 105); Y. 9. HD., 07.02.2005, E. 2004 / 1609, K. 3300 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt: II, Sayı: 6, 2005, ss. 712 – 714).

başvurulmaması gerekir. Kısaca, fesih son çare olmalıdır (ultiam ratio) ilkesi gözetilmelidir.”.

Yargıtayın 2005 tarihli kararına⁵⁵⁸ göre:

“ İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayalı fesihlerde, fesih, fesih olarak dayanak yapılan nedenle çelişki içinde olmamalıdır, feshin en son çare olduğu ilkesi gözden uzak tutulmamalıdır. Bu kapsamda iş sözleşmesi feshedilen işçinin mesleği ve vasfı nedeni ile başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı da araştırılmalıdır. Ayrıca olanak varsa kısa süreli çalışma, esnek çalışma gibi tedbirler öncelikle düşünülmelidir.”.

Yine Yargıtayın 2008 tarihli bir kararına⁵⁵⁹ göre:

“ İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.”.

A) Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında İşverenin İşçiyi Başka Bir İşyerinde Çalıştırma Yükümlülüğü

Ultima ratio ilkesinin işçinin işyerindeki işini koruması yönünden işveren açısından getirdiği en önemli yükümlülük, işçiyi işyerinde başka bir işte çalıştırmaktır. Sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde başka birimde çalıştırılması olanaklı olmasına karşın, bu olanağa başvurulmada sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi halinde, yapılan fesih geçersiz fesih olarak değerlendirilecektir⁵⁶⁰. İşverenin sırf, işçinin işyerinde başka bir çalışma yerinde çalıştırılma olanağının

⁵⁵⁸ Y. 9. HD., 07.02.2005, E. 2004 / 1609, K. 2005 / 3300 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt: II, Sayı: 6, 2005, ss. 712 – 714). Bkz. Y. 9. HD., 07.02.2005, E. 2004 / 28073, K. 2005 / 3229 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt: II, Sayı: 6, 2005, ss. 714 – 716).

⁵⁵⁹ Y. 9. HD., 24.03.2008, E. 7977, K. 6091, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (18.07.2012); Ayrıca bkz. Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku Uygulamaları**, Mimoza Yayıncılık, Konya 2010, s. 175, dn. 34. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 02.11.2009, E. 39765, K. 29964, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (18.07.2012).

⁵⁶⁰ Güzel, Son Çare, s.77; Güzel, Keyfilik Denetimi, ss. 179 – 180; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 313; Kar, s. 622; Keser, s. 271.

mümkün olup olmadığını araştırmaması, feshin geçersizliğine etki etmez. Ultima Ratio ilkesi, işverene fesih yerine daha hafif önlemleri seçme konusunda sınırsız bir yükümlülük yüklememektedir. Fesih yerine daha hafif önlemler alması, sadece bunun hukuken ve fiilen mümkün olması halinde istenebilir. Başka bir işte veya yerde, gerektiğinde eğitimden geçirilmek suretiyle işçinin çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının araştırılması önemlidir⁵⁶¹. Yapılan araştırma sonucu, işçinin işyerinde başka suretle çalıştırılma olanağı bulunmuyor ise, işverenin sadece bu durumu fesihten önce araştırmaması, feshi geçersiz kılmaz. İşveren, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştırılmaya devam edebileceği başka bir çalışma yeri gerçekten varsa, geçerli bir fesih nedeninin varlığına dayanamaz. Başka bir çalışma yeri ile anlatılmak istenen, işverenin aynı işyerinde veya diğer işyerlerinde bulunan ve işçiyi nitelikleri bakımında iş görme edimini yerine getireceği ve boş olan bir yerdir. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli, kılan işletme, işyeri ve iş gereği yoktur⁵⁶². İşverenin işçiyi başka bir yerde çalıştırması, ancak boş bir yerin varlığına bağlı olduğunu belirtmiştir. İşverenin, iş sözleşmesini feshetmek yerine, yeni bir boş kadro yaratması beklenemez. Böylece, işçi işverenin başka bir işyerine gönderildiğinde de, istihdam fazlası yaratmamalıdır⁵⁶³. Boş bir yer olduğunda da, işçinin söz konusu yer için aranan nitelikleri taşıması gerekir⁵⁶⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, 20.03.2006, E. 3284, K. 7012 kararına göre,

“ Davalı işveren, yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetlerini dışarıdan satın almak suretiyle temin yoluna gitmiş, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesini bu nedenle feshetmiştir. Güvenlik hizmetleri sözleşmesi sonucu oluşan asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı yönünde dosyada

⁵⁶¹ Soyer, s. 52. EKMEKÇİ'ye göre, son çare (ultima ratio) ilkesi yasal bir zorunluluktur değildir ve işverenin fesih yerine daha hafif önlemleri almasını reddetmektedir (Ömer, Ekmekçi, “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD. 2004, S. 1, s.168). İş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde çalıştırılma olanağının mevcut olup olmadığı uzman bilirkişilerce araştırılmalıdır. Y. 9. HD., 02.05.2006, E. 10516, K. 12278 (Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 314): “ Bu durumda, davacının nitelikleri dikkate alınarak, davalı bankanın başka birimlerinde değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığının, başka bir anlatımla, feshi son çare olarak başvurulup vurulmadığının işyerinde keşif icra edilerek, uzman bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gerekir.”

⁵⁶² Engin, s. 91; Kar, s. 622.

⁵⁶³ Engin, s. 92; Soyer, s. 52; Göktaş, s. 40; Centel, İş Güvencesi, s. 114. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 10.12.2012, E. 2009 / 41815, K. 37214, <http://legalbank.net/mahkeme-kararlari/yargitay-9-hukuk-dairesi-kararlari>, (20.07.2012).

⁵⁶⁴ Soyer, ss. 52 – 53; Centel, İş Güvencesi, s. 114.

herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Ancak yasaya uygun kurula asıl işveren alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni, kabul edilebilir ise de, iş sözleşmesi feshedilmeden önce feshin son çare olduğu ilkesinin göz önüne alınıp alınmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davacı işçinin hizmet süresi ve işletmenin büyüklüğü dikkate alındığında davacının işletme içinde başka bir işte değerlendirilmesi olanağının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Şayet sözü edilen ilke de dikkate alınmış ise feshin geçerli sebebe dayandığının kabulü ile davanın reddi gerekir. Yapılacak araştırma sonucunda, feshin son çare olmadığının anlaşılması durumunda ise, şimdiki gibi davanın kabulüne karar verilmelidir. Bu nedenle, gerekirse işyerinde keşif yapılarak, uzaman bilirkişi aracılığıyla yukarıda belirtilen hususlar yönünden araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁶⁵.

İşverenin işçiyi başka bir yerde çalıştırma yükümlülüğü konusunda, şirketler topluluğu ya da holdingler çapında düşünülüp düşünülemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Doktrindeki bir görüşe göre, işverenin, işçiyi başka bir yerde çalıştırma yükümlülüğü, işçinin çalıştığı işyeri ya da işletme ile sınırlı olarak düşünülmelidir. Feshe karşı koruma hukukuna ilişkin kurallar, işyeri ve işletme kapsamında uygulanır. İşverenin işçiyi başka bir yerde çalıştırma yükümlülüğü, şirketler topluluğu ya da holdingler bünyesinde düşünülmemelidir. Çünkü şirketler topluluğu veya holdinglerde iş sözleşmesinin tarafı olmayan bağımsız işverene işçiyi çalıştırma yükümlülüğü yüklenemez⁵⁶⁶. Konuyla ilgili

⁵⁶⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, Ölçülülük İlkesi, s. 206.

⁵⁶⁶ Soyer, s. 52. Ayrıca aynı yönde görüş için, Gökteş, s. 40; Alpagut, İşletme Gereklere, s. 128; Centel, İş Güvencesi, s. 273. Soyer, “Yargıtay’ın bir kararında (Y. 9. HD., 10.11.2003, E. 18919, K. 18913), işverenin fesihden kısa bir süre önce bağlı iştiraklerine işçi almasını, geçersiz feshin gerekçesi haline getirmesi, feshe karşı koruma hükümlerinin teşebbüs düzeyine yayılması nedeniyle” isabetli bulmamıştır (Soyer, s. 52). Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 02.11.2009, E. 1917, K. 29704, <http://www.kararara.com/yargitay/9hd/k3179.htm>, (20.07.2012) tarihli kararına göre, “Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte 20e hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bunun dışında aynı gruba bağlı şirketlerin ana şirket (Holding) etrafında birleştikleri, aynı gruba bağlı ana şirket dışında, ana şirketin asıl faaliyet alanına dâhil asıl veya yardımcı işler dahil, değişik faaliyet alanlarında birden fazla şirket kurulduğu, özellikle ana şirket personel yönetmeliğinin tüm şirketlere uygulandığı, şirketler arasında bu yönetmelik kapsamında işçi nakilleri gerçekleştiği de bilinmektedir. Ana şirket veya Holdinge bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe ve bu nedenle çalışanlarının çalıştığı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, 22.12.2008, E. 39933, K. 34838 sayılı kararına⁵⁶⁷ göre:

“İş sözleşmesinin 13.maddesinde "işveren, personelin rızasını alarak Alarko Şirketler Topluluğu içindeki diğer bir şirkete transfer edebilir, personel bununla ilgili olarak sonradan herhangi bir hak iddia edemez, talepte bulunamaz" kuralına yer verilmiştir. Belirtilen kural davalı işverenin ve işçinin tasarruflarıyla gerçekleşebilecek bir işlemi öngörmemektedir. İş sözleşmesinin kesin olarak devrini ve işveren değişikliği sonucunu doğuracak böyle bir işlem devralacak işverenin de kabulüne bağlıdır. Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme külfetini kapsamaz. Bu nedenle, anılan kural uyarınca davacının aynı şirket topluluğu içindeki diğer bir şirkete değerlendirilmediği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır.

Dava konusu işyerinde davacının değerlendirilebileceği başka bir işin bulunmadığı, davacının yapabileceği işlere yeni işçi alınmadığı bilirkişi raporu ile belirlenmiş olduğuna göre feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır. “.

Doktrindeki aksi görüşe göre ise, işletme gerekleri nedeni ile yapılan fesihlerde feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde öncelikle işçinin başka bir işe yerleştirilme olanağının olup olmadığı araştırılmalı ve bu bağlamda holding bir işletme olarak kabul edilerek, holdinge bağlı işyerlerinden biri kapandığında, işçinin holdinge bağlı başka bir işyerinde istihdam edilme olanağı incelenmelidir⁵⁶⁸.

şirket içinde değerlendirilmesi gerektiği, diğer bağlı şirketlerde istihdam için araştırma yapma zorunluluğu olmadığı genel bir olgu olmakla birlikte, yönetim şekli, aralarındaki organik bağ ve yaşanan işçi nakilleri nedeni ile istisnai olarak dikkate alınmalı ve diğer şirketlerde istihdam olanağı olup olmadığı araştırılmalıdır.” ALPAGUT’a göre, “Yargıtayın bu kararının savunulması güç görünmektedir. Somut olayda 51 şirkette binlerce işçi çalışmaktadır. İşveren hangi pozisyonu değerlendirecek, farklı tüzel kişiliklere sahip diğer işverenlerin iç işleyişine müdahale ederek iş olanaklarını nasıl araştırarak, başka tüzel kişiliği bu işçiyi işe alması için nasıl yükümlü tutacaktır? Hukuken bunu beklemek isabetli değildir.” (Alpagut, İşletme Gerekleri, s. 129). Ayrıca bkz. Y. 9. HD. 16.06.2008, E. 19901, K. 16025; Y. 9. HD., 4.03.2008, E. 7977, K. 6091; Y. 9. HD., 24.12.2007, E. 24415, K. 38774, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (20.07.2012).

⁵⁶⁷ Kararın tam metni için bkz. (Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2009 /2 (22), ss. 426 – 428, <http://www.calismatoplum.org/sayi22/abc/58.pdf>), (20.07.2012); Alpagut, İşletme Gerekleri, s. 129.

⁵⁶⁸ Köseoğlu, s. 37; Ali Cengiz Köseoğlu, “İşyerinin Kapanması”, SİCİL, Sayı: 4, Aralık 2006, (Anılış, İşyerinin Kapanması), ss. 46 - 47; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 884. Holding veya işletme bünyesindeki işyerlerinden birinin kapanması halinde başka işyeri veya işyerlerinde istihdam mümkün olduğu takdirde işçilerin iş sözleşmelerinin işyerinin kapanması nedeniyle feshi ultima ratio ilkesine aykırı düşer (Mollamahmutoğlu, s. 736).

Yargıtay da, ana şirket veya holdinge bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe sahip olmaları nedeniyle, kural olarak bağlı şirketlerde istihdam imkanını araştırmaya gerek olmamakla birlikte, yönetim şekli, aralarındaki organik bağ ve yaşanan işçi nakilleri nedeni ile istisnai olarak diğer şirketlerde de istihdam olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği düşüncesinde olduğu şeklinde karar vermiştir⁵⁶⁹.

İşveren, işyerinde yeni teknolojileri uygulaması veya üretim konusunu değiştirmesi halinde, fesih yoluna gitmeden, işçinin bu yeni teknolojiye uyumunu sağlayıcı bir eğitim vererek iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama yükümlülüğü söz konusudur. Buradaki eğitim, teknik ve genel anlamıyla mesleki eğitim değil; işçinin kısa sürede alabileceği basit bir eğitimidir. İşçinin, işverenden uzun süreli ve pahalı bir mesleki eğitim talep hakkı bulunmamaktadır⁵⁷⁰. İşverenin işçinin işine ve işyerine uyumunu sağlama yükümlülüğü ultima ratio ilkesi bağlamında, geçerli fesih nedeni üzerinde yargı denetimi aşamasında belirleyici olacaktır⁵⁷¹.

B) Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılarak İşçinin İşyerindeki İşinin Korunması

1. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik

İş güvencesi sisteminin benimsendiği bir hukuk sisteminde, iş sözleşmesinin esaslı değişiklik ile fesih işlemi arasında doğrudan bir ilişki kurulur. Çalışma

⁵⁶⁹ Y. 9. HD., 02.11.2009, E. 1917, K. 29704 (Karar ve kararı uygun bulan inceleme için bkz. Tuluççu, s. 129 vd.): “Somut uyuşmazlıkta yukarıda açıklandığı gibi davalı şirket ana şirketin bağlı olduğu personel yönetmeliği kapsamında kalmakta, personel bu yönetmeliğe göre işe alınmakta, diğer şirketlere nakledilmekte ve işten çıkarılmaktadır. Nitekim davacı da bu kapsamda aynı grup şirketlerinde farklı şirketlerde çalışmıştır. Birleşen şirketin tüm şirketlerin lojistik hizmetlerini temin etmek için kurulduğu, fesihten 4 ay önce lojistik hizmetin diğer grup şirketlerinin artık kendi içinde karşılamaları yönünde karar alınması nedeni ile bu şirketin davalı şirket ile birleştirildiği, tüzel kişiliğine son verildiği ve çalışanlarının da diğer şirketlere nakledildiği sabittir. Grup şirketlerinden bir şirketin diğer şirketle birleşmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Ancak açıklandığı gibi davacının birleşen şirket dışında diğer şirketlerde değerlendirme olanağının olup olmadığının somut olarak araştırılması gerekir. Zira ana şirket yönetmeliği bunu gerektirdiği gibi grup şirketleri kendi bünyesinde lojistik faaliyetine devam etmektedir. Kısaca lojistik faaliyetinde bulunan şirket tüzel kişiliğini sona erdirse bile, lojistik faaliyeti devam etmektedir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”

⁵⁷⁰ Engin, s. 64; Güzel, Son Çare, s. 83.

⁵⁷¹ Güzel, Son Çare, s. 83. Y. 9. HD., 16.12.2004, E. 27003, K. 27998 (Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 159 vd.).

koşullarında esaslı değişiklik yapılarak iş sözleşmesinin devamlılığı sağlanabiliyorsa, fesihten önce bu yola başvurulmalıdır⁵⁷². Hukukumuzda İş Kanunumuz, çalışma koşullarında değişikliği iş sözleşmesinin feshi ile bağlantılı olarak düzenlemiştir⁵⁷³. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanununun 22. maddesindeki hükmü, feshin son çare olması ilkesine uygun olarak, olabildiği ölçüde fesih yoluna gitmeden esaslı değişiklik yoluyla, iş sözleşmesini ayakta tutma amacına yöneliktir. İş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden bulunmakla birlikte çalışma koşullarında esaslı bir değişiklikle iş ilişkisinin devamı sağlanabiliyorsa, feshe başvurulmaması gerekir⁵⁷⁴.

İş Kanununun 22. maddesinin I. fıkrasına göre, “*İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.*”.

22. maddedeki bu düzenleme çalışma koşullarındaki değişikliğin hukuki dayanağını oluşturur. Çalışma koşullarında değişiklik kavramı ve yasal şartları ayrıntılı olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 07.07.2008, E. 1965, K. 19031 ve 27.10.2008, E. 3572, K. 28920 Karar sayılı ilamlarında yabancı ve yerli doktrine atıf yaparak açıklanmıştır⁵⁷⁵.

İş Kanununun 22. maddesinin gerekçesi⁵⁷⁶nde, “*Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklik yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.*” denilmiştir.

⁵⁷² Engin, s. 94; Güzel, Son Çare, s. 85; Çankaya ve diğerleri, s. 100; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 884.

⁵⁷³ Engin, s. 98; Çelik, s. 252; Güzel, Son Çare, s. 87.

⁵⁷⁴ Murat Engin, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, **İÜHFİM**, Sayı: 1 – 2, 2003, (Anılış, Esaslı Değişiklik), s. 322; Güzel, Son Çare, s. 87.

⁵⁷⁵ Kararlar için bkz. Kar, ss. 449 – 465.

⁵⁷⁶ Gereke için bkz., http://tiskweb.com/yayinlar.asp?sbj=ana&ana_id=100, (23.07.2012).

Öğretide, genel olarak iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, “çalışma koşulları” olarak adlandırılmıştır⁵⁷⁷. İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesi, izin sürelerinin tespiti, ara dinlenmesi, sosyal yardımlar gibi tüm hak ve borçlar çalışma koşulları kavramı içinde yer alır. İş sözleşmesinin esaslı koşulları, yapılan iş, ücret, çalışma yeri ve çalışma saatleri olarak sayılabilir. İş Kanununun 22. maddesinde iş sözleşmesinin esaslı değişiklik usulü düzenlenmiştir. Esaslı olmayan çalışma koşullarına ise, örneğin, işçinin çalıştığı kat, çalıştığı bürosu, şoförlük yapan işçinin hangi araçla çalışacağı örnek olarak verilebilir⁵⁷⁸.

İş sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Bazen uzun yıllara yayılan sözleşmedir. Değişiklik, iş sözleşmesinin bir parçasıdır. Kişisel yönü ağır basan bir edim yükümlülüğü doğuran iş ilişkisinde zaman içinde işçinin iş görme edimini gereği gibi ifa edememesi, performansının düşük olması gibi nedenlerle değişiklik ihtiyacı ortaya çıkabilir. Ayrıca iş ilişkisi, işletme gereklerinden, ekonomik ve teknolojik gereklerden kaynaklan pek çok dış etkenin etkisi altındadır. Ekonomik riski taşıyan işveren, anayasal girişim özgürlüğü çerçevesinde işletmenin işleyişinde gerekli her türlü teknik ve organizasyonel değişikliği gerçekleştirmek, işyerini açmak veya kapatmak, yeni alanlara yönelmek gibi işletmesel kararları almakta serbesttir. Bu işletmesel kararlar kaçınılmaz olarak iş ilişkisini etkilemekte ve çalışma koşullarında değişiklik ihtiyacını doğurmaktadır⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Taşkent, Yönetim Hakkı, s. 12. Ayrıca çalışma koşulları kavramı için bkz. Y. 9. HD., 27.10.2008, E. 29715, K. 28944 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt: VIII, Sayı: 30, 2011, s. 749).

⁵⁷⁸ Engin, Esaslı Değişiklik, s. 315; Engin, s. 95 – 96; Murat Şen, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005, s. 25. Esaslı olan – esaslı olmayan koşullar ayrımında her olay için tek bir ölçüt verilemez. Somut olaya göre belirlenir (Engin, s. 96).

⁵⁷⁹ Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, (Anılış, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi), s. 39 vd.; Fatih Uşan, “ 4857 Sayılı İş Yasası’nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları”, **DEÜHFD**, Cilt:IX, Özel Sayı, 2007, s. 219; Kübra Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarının Değişikliğinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi Ve Sonuçları”, **III. Çalışma Ve Yaşam Kongresi**, 3 - 4 Nisan 2010, (Anılış, Çalışma Koşullarında Değişiklik), s. 139. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 27.10.2008, E. 3572, K. 28920; Y. 9. HD., 10.02.2008, E. 4543, K. 409 (Kar, ss. 457 – 568).

İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi hükümleri, sadece iş güvencesi kapsamına giren işçilere değil, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş ilişkilerine de uygulanır⁵⁸⁰.

Öncelikle çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmasının şartlarını kısaca açıklayalım.

2. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılmasının Şartları

a) Belirli Çalışma Şartlarına Sahip Ve İş Kanununa Tabi İşçi Bulunmalıdır

Öncelikle 4857 sayılı İş Kanununa tabi halen çalışmakta olan işçinin olması gerekmektedir⁵⁸¹

İşçinin sahip olduğu çalışma koşullarının hangi kaynaktan doğduğu önemli değildir. İş sözleşmesinden veya onun eki niteliğindeki personel yönetmeliği⁵⁸² veya işyeri uygulamasından veya benzeri bir kaynaktan doğabilir. Toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları işçi ve işverenin anlaşmasıyla değiştirilemez ve böyle bir değişiklik 22. maddenin uygulama alanına girmez⁵⁸³.

Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshini düzenleyen 22. Madde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerlidir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde 22. Madde uygulanmaz⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ Engin, s. 108; Süzek, s. 499; Kar, s. 432. İşverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak istemesi halinde, İş Kanunu madde 22’de öngörülen geçerli nedenin yazılı olarak açıklanması dışında, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler içinde aynen uygulanmalıdır (Süzek, s. 499; Kar, s. 43).

⁵⁸¹ Süzek, s. 487; Kar, s. 435.

⁵⁸² İşyeri personel yönetmeliği, 3008 sayılı İş Kanunu döneminde olup, sonradan da çeşitli görünüm biçimleriyle varlığını sürdüren “iç yönetmelik” tir. Bu tür kuralların işçiyi bağlayabilmesi için onun bilgisine sunularak açık veya örtülü onayının alınması gerekir. Bu türden düzenlemeler işverenin tek taraflı biçimde getirdiği kurallar olmaktan çıkıp iş sözleşmesinin eki niteliğini alır ve iş sözleşmesinin içeriğine dâhil olur (Sarper Süzek, “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, **AÜHFD**, Cilt: XXXXIV, 1995, ss. 1 – 4, (Anılış, İç Yönetmelikler), s. 183 - 191), <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-1995-cilt-44-sayi-1-4/>, (23.07.2012).

⁵⁸³ Süzek, s. 487; Kar, s. 435. Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan çalışma koşulları ancak bu sözleşmenin tarafı olan işçi sendikası ve işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren tarafından değiştirilebilir (Çelik, s. 565). AKYİĞİT’e göre ise, çalışma koşullarının toplu iş sözleşmesinden doğmuş olması İş Kanunu madde 22’in uygulamam alanı içindedir (Akyiğit, s. 160).

⁵⁸⁴ Çankaya ve diğerleri, s. 126.

b) İşverence Yapılan Tek Taraflı Değişikliğin İşçinin Aleyhine Ve Esaslı Olması

İş Kanunu madde 22 çerçevesinde işverenin tek taraflı olarak yapılacak değişikliğin hem işçinin aleyhine hem de esaslı olması zorunludur.. İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan konularda işveren tek taraflı değişiklik yapabilir.. Yönetim hakkı kapsamında kalan konularda yaptığı değişiklikler, esaslı değişiklik sayılmaz⁵⁸⁵.

Yargıtayın kararına⁵⁸⁶ göre:

“Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin kârlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.”

Esaslı değişiklik kavramına kanunda açıklık getirilmemiştir. Çalışma koşullarında esaslı değişiklikler, işçinin durumunu ağırlaştıran, dürüstlük kurallarınca işçiden kabul etmesi beklenemeyecek değişikliklerdir. Değişikliğin esaslı olması yetmemekte ayrıca işçinin aleyhine de olması gerekmektedir⁵⁸⁷. Esaslı değişiklik hallerinin neler olduğunu tek tek sayma olanağı yoktur. Çalışma koşullarında değişikliğin esaslı olup olmadığı her olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Yargıtayın bu durumda sıkça başvurduğu ölçüt, “işçinin durumunun ağırlaştırılması” ölçütüdür. Uygulamada karşılaşılan esaslı değişiklik halleri arasında genellikle ücret,

⁵⁸⁵ Kar, s. 435; Akyiğit, s. 163. Y. 9. HD.,11.07.2011, E. 2009 / 19275, K. 2011 / 23293, <http://www.isvesosyalguvenlik.com/is-mevzuati-ile-ilgili-diger-yargitay-kararlari/#.Uia60jwblCg>, (23.07.2012).

⁵⁸⁶ Y. 9. HD., 01.07.2010, E. 2008 / 33731, K. 2010 / 21274 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt:VIII, Sayı: 30, 2011, s. 752).

⁵⁸⁷ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 101; Uşan, s. 107. İşçiyi işyeri, işyerindeki işi ve konumu, sorumluluğu konusunda yapılan değişiklikler, işçinin çalışma saatlerinde yapılan değişikliklere, esaslı değişiklikler denir (Akyiğit, s. 165; Kar, s. 436) İş koşullarındaki değişiklikler sadece işçinin çalışmasını güçleştirmesi veya parasal kayba uğratması gibi maddi yönden değerlendirmek doğru değildir. Önemli bir fikir işinde çalışan bir kişiye aynı ücreti vererek bedeni faaliyet gerektiren işe geçirmek, hatta işçiye prestij kaybına yol açan daha basit bir işte çalıştırmaya mecbur etmek, esaslı değişikliklerdendir (Metin Kutal, İş saatlerinde Değişiklik Yapılması Nedeniyle Hizmet Akdinin Feshi, İHU, İş K. 16 (No: 4) (Anılış, Değişiklik).

işyeri, işin niteliği ve çalışma saatlerine ilişkin değişiklikler sayılabilir⁵⁸⁸. Hangi konumun esaslı, aleyhe değişiklik içerdiği sadece işçi ve işyeriyle sınırlı tutulmamalıdır. Örneğin, bir muhasebe görevlisi için İstanbul'dan Hakkari'ye bölge müdürü olarak naklinde, işçinin konumunda ve prestijinde iyileşme var gibi görünse de, aile durumu, çocuklarının durumu vs. hep birlikte düşünüldüğünde farklı sonuca varılabilir⁵⁸⁹. Çalışma koşullarında aleyhe değişiklik için gösterebileceğimiz bazı Yargıtay kararları şunlardır: “Sürekli biçimde çalıştırılan işçinin, 15 gün çalıştırılıp 15 gün izne çıkarılması⁵⁹⁰, muhasebeci olarak çalışan işçinin temizlik işine geçirilmesi⁵⁹¹, işçinin yeterli eğitiminin bulunmadığı departmana geçirilmesi⁵⁹², gece bekçisi olarak çalışan işçinin kendisine bu göreve dışında bahçe sulama işinin de verilmesi⁵⁹³, vs.’dir.

İşveren çalışma koşullarındaki değişiklik önerisini yazılı olarak yapması gerekmektedir. İş Kanununun 22. maddesinde bu husus açıkça belirtilmiştir ve yazılı yapılmayan değişikliğin işçiyi bağlamayacağını belirtilmiştir. Bu yazılılık koşulu, hükümden de anlaşılacağı üzere geçerlilik şeklidir. Yazılı şekil, basit yazılı şekildir⁵⁹⁴.

c) İşçi Bu Değişikliği Süresinde Onaylamalıdır

Çalışma koşullarında değişikliğin gerçekleşebilmesi için işveren tarafından yapılan yazılı değişiklik teklifi işçi tarafında süresinde onaylanması gerekmektedir. İş Kanunu madde 22, değişiklik teklifinin kabulünü hem “yazılı” hem de 6 iş günü” içinde olmasını aramaktadır (İş Kanunu madde 22 / f. I). 6 iş günlük süre, hak düşürücü süre değildir. Bu süre nispi emredici niteliktedir ve işçi lehine uzatılabilir⁵⁹⁵.

⁵⁸⁸ Ufuk, Aydın, “ Çalışma Koşullarında Esaslı değişiklikler Ve Değişiklik Feshi”, **SİCİL**, Sayı: 23, Eylül 2011, s. 24.

⁵⁸⁹ Engin, Esaslı Değişiklik s. 317; Akyiğit, s. 165.

⁵⁹⁰ Y. 9. HD., 29.04.2002, E. 20571, K. 6610 (Ercan Akyiğit, **İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları**, İstanbul Ethemler Yayıncılık, İstanbul 2003, (Anılış, Emsal Kararlar), ss. 624 – 625.

⁵⁹¹ Y. 9. HD., 24.01.2002, E. 16244, K. 724 (Akyiğit, Emsal Kararlar, s. 626).

⁵⁹² Y. 9. HD., 08.05.2001, E. 23000, K. 7972 (Akyiğit, Emsal Kararlar, ss. 641 – 642).

⁵⁹³ Y. 9. HD., 28.04.2008, E. 9 – 236, K. 228 (Akyiğit, Emsal Kararlar, s. 176).

⁵⁹⁴ Engin, s. 98; Süzek, s. 497; Akyiğit, s. 169.

⁵⁹⁵ Alp, s. 60; Uşan, s. 255; Kar, s. 437. İşçinin bu süreden sonrada verdiği kabul cevabı değişikliğin yapılabilmesine yol açar (Uşan, s. 255).

İşverenin yazılı değişiklik teklifine karşı işçinin sessiz kalması teklifi kabul ettiği anlamına değil, reddettiği anlamına gelir⁵⁹⁶. İşçinin değişikliği yazılı olarak kabul etmesindeki yazılılık şartı geçerlilik şartıdır⁵⁹⁷. Ancak yazılı olarak kabul bir zorunluluk olmakla birlikte, işçinin söz konusu değişikliği önce kabul etmesi, ama daha sonra yazılı yapılmadığını ileri sürerek bunun geçersizliğini ileri sürmesi, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Yargıtay bir olayda, işyeri değişikliğinin üzerinden 9 ay geçmesine karşın değişikliğe, altı iş günü içerisinde itiraz edilmemesinden bahisle artık değişikliğin uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁵⁹⁸.

İşçi işverence sunulan esaslı değişiklik önerisini süresinde ve uygun biçimde kabul etmediği zaman değişiklik gerçekleşmeyecektir. Bu durumda işveren, isterse işçiyi mevcut şartlarda çalıştırmaya devam eder. İşverenin böyle bir amacı yok ise, sözleşmeyi feshetme yoluna gider. “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.” (İş K. m. 22 / f. I, c. 3). Öğretide kabul edilen baskın görüşe göre, işverenin değişiklik teklifi reddedildiğinde işverenin fesih yoluna gitmesi halinde, feshin geçerli olması ancak İş Kanununun 18. maddesinde sayılan geçerli nedenlere dayanması halinde mümkündür⁵⁹⁹.

Yargıtayın 2010 tarihli bir kararına⁶⁰⁰ göre:

“ İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam edilirse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin

⁵⁹⁶ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 62; Uşan, s. 255; Süzek, s. 497; Akyiğit, s. 169; Çelik, s. 253.

⁵⁹⁷ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 73; Uşan, s. 256.

⁵⁹⁸ Uşan, s. 256; Kar, s. 437; Çelik, s. 253. Bkz. Y.9.HD., 19.9.2005, E. 27701, K. 30370 (**Çalışma Ve Toplum Dergisi**, Sayı: 7, 2005, ss. 158 – 159).

⁵⁹⁹ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 151 vd.; Şen, s. 202; Uşan, s. 262; Süzek, s. 499; Kar, s. 438. İş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler içinde İş Kanununun 22. Maddesinin uygulanabileceğini belirtmiştik. İş güvencesi kapsamına girmeyen ve değişikliği kabul etmeyen işçilerin iş sözleşmesini işveren yazılı fesih bildiriminde bulunmadan ve neden de bildirmeden feshedebilir (Süzek, s. 499; Kar, s. 432).

⁶⁰⁰ Y. 9. HD., 01.07.2010, E. 2008 / 33731, K. 2010 / 21274 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt:VIII, Sayı: 30, 2011, ss. 747 – 786).

bulduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Değişiklik feshinde (Yargıtay her ne kadar “değişiklik feshi” ifadesini kullanmış olsa da, bununla anlatılmak istenen, “çalışma koşullarında esaslı değişiklik teklifinin kabul edilmemesi halinde işverenin iş sözleşmesini feshetmesi” hali ifade edilmektedir. Kanunumuzda “değişiklik feshi” adı altında bir düzenleme yoktur.) geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. İş Kanununun 18. maddesinde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen aranmalıdır.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren geçerli bir nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı, ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenemeyeceği, bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığını denetiminin yapılması gerekir.”.

Çalışma koşullarının değiştirilerek, iş ilişkisinin sürdürülmesi, iş güvencesi sisteminin temel ilkelerinden biri olan feshin son çare olması ilkesine uygun düşmektedir⁶⁰¹. İşveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce, mümkünse fesihten daha hafif yöntem olan çalışma koşullarında değişiklik yoluyla iş sözleşmesini ayakta tutmaya çalışmalıdır.

Çalışma sürelerine ilişkin değişiklikler, ücretle yakın ilişkisi nedeniyle her zaman esaslı değişiklik olarak kabul edildiğinden işverenin yönetim hakkı kapsamı dışında kalmaktadır⁶⁰². İşveren işletmesel kararlarla üretimi düşürmeye karar verebilir. İşveren bu durumda bir kısım işçinin iş sözleşmesini fesih yerine tüm işçilerin çalışma sürelerini ve bun bağlı olarak ücreti düşürmeyi tercih edebilir. Bu durumda

⁶⁰¹ Engin, s. 314; Çankaya ve diğerleri, s. 128.

⁶⁰² Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 104. Çalışma saatlerindeki değişiklikler ücreti etkilemese de işçinin yaşamında zorluklar yaratması ve çalışma koşullarını ağırlaştırması durumunda da Yargıtay işçi aleyhine esaslı değişikliğin varlığını kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 9. HD., 07.12.1995, E. 20913, K. 35276, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (23.07.2012).

işveren, çalışma koşullarında değişiklik yoluyla işyerindeki tüm işçilere çalışma sürelerinde esaslı değişiklik önerebilecektir⁶⁰³.

İş Kanunu madde 22’de taraflarca iş sözleşmesine konulabilecek değişiklik kayıtlarını düzenlenmemiştir, maddede bu tür kayıtların bulunmadığı hallerde iş sözleşmesindeki esaslı değişikliklerin hangi usulle gerçekleşeceğini düzenlemiştir. Taraflar iş sözleşmesi, eki niteliğindeki belgelerde, işverene iş sözleşmesinde işyeri, iş, ücret ve benzeri konularda esaslı değişiklik yapma hakkını tanımışlarsa, İş Kanunu madde 22’deki usule uyulmayacak, sözleşmede yer alan bu kaydın uygulamasının hukuka uygunluğu değerlendirilecektir. İşverenin kendisine tanınan değişiklik yetkisini kullanarak sözleşmede esaslı değişiklik yapması durumunda çalışma koşullarının değiştirildiğinden değil, yeni çalışma koşullarının uygulandığından söz edilebilir. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi, bu değişiklik yetkisini işverene önceden tanımıştır⁶⁰⁴.

Yargıtayın ilk uygulamalarında, işverene tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi veren hükümlerin geçerli olmayacağı, esaslı değişiklik durumunda İş Kanunu madde 22’in uygulanacağı yönündeki kararlar vermiştir⁶⁰⁵.

Daha sonra Yargıtay bu kararını değiştirerek, kural olarak bu tür kayıtların geçerli sayılacağını ancak işverenin bu hakkı objektif olarak kullanması gerektiğini, hakkın kötüye kullanılması halinde bu tür kayıtlara geçerlilik tanımayacağına hükmetmiştir⁶⁰⁶. Doktrinde ağırlıklı görüşe göre de, işverenin iş sözleşmesinde sonradan değişiklik yapabileceğine ilişkin kayıtların bağlayıcılığı ve geçerliliği genel kabul görmektedir⁶⁰⁷. Yargıtayın 2010 tarihli bir kararına⁶⁰⁸ göre:

“İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarından değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler gitmeleri halinde işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren yönetim

⁶⁰³ Engin s. 102; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, ss. 194 198; Şen, ss. 228 – 229. Karşılaştırınız Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 273 – 275.

⁶⁰⁴ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 259; Aydın, s. 28.

⁶⁰⁵ Bkz. Y. 9. HD., 26.01.2004, E. 2003 / 23105, K. 2004 / 1204 karar ve karar incelemesi için bkz. Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik Ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Çimento İşveren**, Cilt: XVIII, Sayı: 5, Eylül 2004, (Anılış, Esaslı Şartlar), ss. 22 – 24.

⁶⁰⁶ Aydın, ss. 26 – 27.

⁶⁰⁷ Engin, s. 97; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 257; Çelik, s. 23; Aydın, s. 27.

⁶⁰⁸ Yargıtay’ın İş Hukukuna Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, s. 52. Karar için bkz. Y. 9. HD., 01.07.2010, E. 2008 / 33731, K. 2010 / 21274 (**Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2011 / 3, s. 30 vd.).

hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olacaktır.”.

İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren bu tür kayıtlar iki aşamalı bir denetimden geçmektedir. İlk denetim, içerik denetimidir. İçerik denetiminde söz konusu kaydın içeriğinin hukuka uygunluğu incelenir. İkinci denetimde ise, bu hakkın Medeni Kanun madde 2’de yer alan dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir⁶⁰⁹. Medeni Kanun madde 2’de yer alana, dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması, değişiklik yapma hakkının keyfi ve kötüye kullanılmaması ifade edilmektedir. Değişiklik yapma yetkisi keyfi ve kötüye kullanıldığı durumlarda Yargıtay, işverenin feshinin haksız ya da geçeriz olduğuna hükmetmektedir⁶¹⁰. Medeni Kanun madde 2’de yer alan dürüstlük kuralı dışında, Yargıtayca sıkça kullanılan hakkaniyet ölçütüne göre, değişiklik kaydının, tarafların özellikle işçinin özel durumunun dikkate alınması ve buna uygun olarak ölçülü davranılması, somut olay adaletinin sağlanıp sağlanmadığının denetlenmesi için hakkaniyete uygunluk denetimine tabi tutulur⁶¹¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.10.2006 tarihli kararında⁶¹², değişiklik kaydını içerik denetimine tabi tutmuştur.

İşverene iş sözleşmesinin değişiklik yapma hakkı veren kayıtların, Türk Borçlar Kanununu madde 20’de düzenlenen genel işlem koşulları hakkındaki düzenlemeler karşısındaki durumuna da değinmek gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu madde 20’e göre,

⁶⁰⁹ Aydın, s. 29. ALP’ a göre, İşverene sağlana tek taraflı değişiklik yapma hakkı, çoğunlukla işçinin gerçek rızasına dayanmadığı; iş arayan ve iş sahibi olmak isteyen işçinin bu tür değişiklik kayıtlarını kabul etmeye mecbur kaldığı söylenebilir. Bu tür kayıtların içerik denetimine tabi tutulması ile en azından bu yolla işçinin korunması sağlanmaktadır (Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 259).

⁶¹⁰ Aydın, s. 30. Konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz. 06.02.2006, E. 835, K. 2400 (**LEGAL İHSGHD**, Sayı:10, 2006, ss. 683 – 685); Y. 9. HD.25.03.2010, E. 2008 / 22933, K. 2919 / 17945 (Değişiklik yetkisi veren bu kayıtların denetimi ile ilgili olarak bkz. Y. 9. HD., 24.09.2007, E. 13498, K. 27926 (**YKD**, Cilt: XXXIV, Sayı: 5, Mayıs 2008, s. 878); Y. 9. HD., 25.03.2010, E. 2008 / 22933, K. 2010 / 17945, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (23.07.2012)).

⁶¹¹ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 402. vd.

⁶¹² Y. 9. HD., 11.10.2006, E. 9 - 613, K. 644 (Aydın, s. 22 – 33); Değişiklik yetkisi veren bu kayıtların denetimi ile ilgili olarak bkz. Y. 9. HD., 24.09.2007, E. 13498, K. 27926 (**YKD**, Cilt: XXXIV, Sayı: 5, Mayıs 2008, s. 878); Y. 9. HD., 25.03.2010, E. 2008 / 22933, K. 2010 / 17945, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (23.07.2013)).

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”.

Türk Borçlar Kanunu madde 24’e göre ise, *“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.”* hükmü yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte işyeri yönetmeliklerinde, iş sözleşmelerinde yer alan değişiklik kayıtlarının geçerli olup olmayacağı hususu önemlidir. TBK. madde 20’de öngörülen koşullar bulunduğu takdirde bu tür kayıtların iş sözleşmelerinde yer alması genel işlem koşulu sayılmasına engel değildir. Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin iş sözleşmelerinde de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Genel hüküm olarak genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin açık bir hüküm bulunmasa dahi iş hukuku alanında uygulanabilir. Genel işlem koşulları iş hukuku alanında iş ilişkilerine uygulanırken, iş hukukunun özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. İş hukukuna hakim temel ilkeler ve çalışma hayatının gerekleri dikkate alınacaktır. TBK. madde 24’de tek taraflı olarak koşulların değiştirilmesini öngören düzenlemelerin geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir. Çalışma hayatının gerekleri dikkate alındığında bu tür kayıtlar doğrudan geçersiz sayılmayacağı, Yargıtay içtihatlarında benimsenen esaslar doğrultusunda MK. madde 2 (dürüstlük kuralı) ve hakkaniyet esasları doğrultusunda bir değerlendirmeye tabi tutulacağı benimsenmelidir⁶¹³.

⁶¹³ Yargıtay’ın İş Hukukuna Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, ss. 53 – 54.

C) Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Alınabilecek Diğer Tedbirler

İşletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde, işyerinde kısa çalışma uygulaması yapılması, ultima ratio ilkesi çerçevesinde alınabilecek tedbirlerdendir. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 2' ye göre, “*Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir.*” Genel ekonomik kriz dıştan gelen ve işletmeyi kaçınılmaz biçimde etkileyen bir olgudur. Zorlayıcı nedenlerden dayanan geçici ifayı kabul engellerinde, iş sözleşmesinin askı hali kanun gereği kendiliğinden doğmaktadır. Böyle bir durumda İş Kanunu işverenin fesih yoluna gitmesini kendiliğinden kapatmaktadır ve iş sözleşmelerinin askıya alınmasını daha hafifi tedbir olarak görmektedir⁶¹⁴. Kısa çalışmanın en önemli şartı, zorlayıcı nedenin geçici olması, işletmede geçici zorlayıcı nedenle meydana gelen iş azalmasının geçici olmasıdır. İşverenin ifayı kabul engelinin geçici olmadığını kabulü için zorlayıcı nedenin üç ayı ve buna ilave olarak bildirim sürelerini aşması gereklidir⁶¹⁵. İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 2' deki koşullar oluşmuşsa işveren, kanun gereği kendiliğinden doğan kısa çalışmayı işçilere yaptırabilir. Ancak bu koşullar oluşmamışsa, işveren İş Kanunu madde 22 çerçevesinde işçilere kısa çalışma da yaptırabilir⁶¹⁶.

Fazla çalışmaların kaldırılması ve geçici iş ilişkilerine son verilmesinin feshin alternatifini olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay, feshin alternatifleri arasında fazla çalışmaların kaldırılmasını saymaktadır⁶¹⁷. İşveren bir kısım işçileri işten çıkartırken

⁶¹⁴ Engin, s. 105; Çankaya ve diğerleri, s. 101; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 275.

⁶¹⁵ Engin, s. 106; Süzek, s. 62; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 279.

⁶¹⁶ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 66; Güzel, s. 88; Mollamahmutoğlu, s. 737. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 30.10.2003, E. 18346, K. 18347; Y. 9. HD., 10.01.2005, E. 2004 / 21022, K. 191 (Mollamahmutoğlu, s. 737, dn. 619).

⁶¹⁷ Y. 9. HD., 08.07.2003, E. 12442, K. 13123 (**Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı: 5, Eylül 2003, s. 30 – 32), <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/hukuk11.pdf>, (23.07.2012): “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

kalan işçilere yasal sınırı aşarak sürekli fazla çalışma yaptırması veya işten çıkarılan işçilerin yerine geçici işçi çalıştırması kanuna aykırıdır ve yapılan fesihler geçersizdir. Kanuna uygun fazla çalışma ve geçici iş ilişkisi nitelikleri gereği feshin alternatifi değildirler. Ancak işveren işyerinin bir bölümünde işletme gerekleriyle geçerli bir fesihte bulunurken, diğer bölümdeki başka bir işte fazla çalışma yaptırmaya veya geçici bir nedenle geçici bir süre için geçici işçi çalıştırmaya ihtiyaç duyabilir. Yine, üretimin kesin ve sürekli olarak düşürülmesi yoluyla fesih yoluna gitmiş olsa da, fesih sırasında veya fesihten hemen sonra ani bir sipariş yetiştirmek için işyerinde kalan işçilere fazla çalıştırma yaptırmaya veya geçici işçi çalıştırmaya ihtiyaç duyabilir. Her ne kadar fazla çalışma ve geçici iş ilişkileri, işletme gerekleri ile feshe alternatif değilse de, işvereni yine de gerektiği halde fazla çalışmadan ve geçici iş ilişkisinden vazgeçmeye zorlayarak kanunun tanıdığı olanakları tanımamak işletmesel karara hukuka aykırı müdahale olur⁶¹⁸.

Ücretsiz izin, feshin son çare olması ilkesi kapsamında başvurulması gereken fesihten önceki tedbirlerdendir. Ücretsiz izin, sözleşme ilişkisinin değişen koşullarla uyarlanarak devamını sağlayan tedbirdir. İşveren işletme gerekleri nedeniyle iş sözleşmesini feshetmeden önce iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliğinde olan ücretsiz izin uygulamasını İş Kanunu madde 22 çerçevesinde yapmalıdır⁶¹⁹ Ücretsiz izin aynı zamanda işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmesi anlamına gelmektedir⁶²⁰. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde verdiği bir karar ile hava muhalefetini ücretsiz izin için makul sebep saymıştır:

“Davacı işçi davalıya ait inşaat işyerinde birkaç yıldan beri çalıştığı işyerine mevsimlik işçi olarak alınmasına rağmen bütün yıl kesintisiz devam ettiği 2000 yılının başlarında hava muhalefeti sebebi ile inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü nedeni ile işverenin 5.1.2000 tarihinde işçilere yazılı bir duyuruda bulunarak işe ara vermek zorunda kaldığı bir başka ifade ile işin askıya alınmak istendiği davacı işçinin ise bu işlemin hizmet akdinin feshi niteliğinde olduğunu iddia ederek ihbar ve

kısıtılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bu tür uygulamalara başvurmadığı aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır.”

⁶¹⁸ Engin, ss. 92 – 93; Manav, s. 114, dn. 498.

⁶¹⁹ Engin, s. 107; Murat Engin, “İşletme Gerekleri İle Fesih ve Ücretsiz İzin, Yargıtay Karar Değerlendirmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, ss. 542 – 543 (Ücretsiz İzin); Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, ss. 228 – 229; Şen, ss. 235 – 236.

⁶²⁰ Engin, s. 207.

kıdem tazminatı isteği ile bu davayı açmıştır. . Sözleşmede mevsimlik işçi şeklinde bir açıklama yapılmakla birlikte davacının devamlı çalıştığı bu durumun iş şartı haline geldiği ancak havalanın sert gitmesi karşısında davalı işverenin davacı ile birlikte birçok işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediği açıktır. Ortada makul bir sebep olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemine değer vermek gerekir⁶²¹.”.

Hukuken geçerli bir ücretsiz izinden söz etmek için umulmayan hallerden kaynaklanan bir ifayı kabul engeli ortaya çıkmalı ve bu ifayı kabul engeli geçici nitelikte olmalıdır. İşçileri ücretsiz izne çıkarmak isteyen işveren çalışma koşullarında değişiklik yoluyla işçilerin onayını almalıdır. İşçilerin onay göstermemesi durumunda işveren işletme gereği ile fesih yoluna gidebilir⁶²².

III. Sosyal Seçim Kriteri

İşletme gerekleri nedeniyle fesihlerde, bazen tek bir işçinin iş sözleşmesinin feshi yerine birden çok işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi gündeme gelebilmektedir. Böyle durumlarda, işverenin, iş sözleşmelerini işletme gerekleri nedeniyle feshedeceği işçileri seçmede serbest olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Sosyal seçim kriteri, işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterlere uymak suretiyle seçim yükümlülüğünü ifade eder⁶²³.

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshinde, fesih nedeni işçinin alanında doğar⁶²⁴. Bu nedenle de işten çıkarılacak işçinin seçimi söz konusu değildir⁶²⁵. İşletme gerekleri nedeniyle fesihlerde ise feshin nedeni, işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan, ekonomik güçlükler, verimlilik ve rekabet gereklerine ve teknolojik değişimlere bağlı olarak, işyerinde gereğinden fazla iş gücünün bulunmasından dolayı, ortaya çıkan iş gücü fazlalığının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır⁶²⁶. İşyerinin kapatılmasındaki gibi tüm işçileri etkileyen bir durum

⁶²¹ Y. 9. HD., 06.12.2000, E. 13381, K. 18384 (TÜHİS, Mayıs – Ağustos 2001, ss. 51 – 52).

⁶²² Engin, s. 109.

⁶²³ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 99; Manav, s. 117.

⁶²⁴ Süzek, s. 442; Akyiğit, s. 258 vd.; Mollamahmutoğlu, s. 724 vd.

⁶²⁵ Alpagut, Sosyal Seçim, s.99.

⁶²⁶ Engin, ss. 36- 36, 110; Süzek, s. 444; Güzel, Keyfilik Denetimi, s. 165; Alpagut, Sosyal Seçim, s. 99; Manav, s. 117.

olmadığı sürece, işten çıkarılacak işçi sayısı birden çok olabilir. Böyle durumlarda, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi söz konusu olmaktadır⁶²⁷. Sosyal seçim kriteri, feshin son çare olması ilkesinden farklı olarak işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde, feshin bireyselleştirilmesi bakımından söz konusu olan bir ilkedir. Kısacası işletme gerekleri nedeniyle yapılacak fesihlerde hangi işçi veya işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceği sosyal seçim ilkesi ile ilgilidir⁶²⁸.

Türk hukukunda sosyal seçim kriteri ile ilgili açık bir düzenleme mevcut değildir, İş Kanununun 18. maddesine göre, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri nedeniyle bir işyerinde birden çok işçinin çıkarılmasında, çıkarılacak işçilerin seçimi konusunda İş Kanununda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde de feshin son çare olması ilkesi belirtilirken sosyal seçim kriterine yer verilmemiştir. Doktrinde kabul edilen baskın görüşe göre, 4857 sayılı İş Kanununda sosyal seçim yükümlülüğü ile ilgili herhangi bir düzenlemenin olmadığına hareket ederek, işverenin işletme, işyeri ve işin gerekleri ile iş sözleşmelerini feshedeceği işçileri seçerken, sosyal bir seçim zorunluluğu bulunmadığını açıklamışlardır. Bu görüşteki yazarlar, fesih hakkının kötüye kullanıldığı, feshin keyfi olarak yapıldığı durumlar dışında, işverenin yönetim hakkı kapsamında iş sözleşmeleri feshedilecek işçileri serbestçe belirleyebileceğini, yasal bir dayanağı bulunmayan yükümlülüğün benimsenmesi hukuki güven ve hukuki açıklık esasları ile bağdaşmayacağını savunmaktadırlar. Bu nedenlerden ötürü de sosyal seçim kriterinin, sözleşmenin feshinde dikkate alınmaması gereken bir ilke olduğunu belirtmişlerdir⁶²⁹. Doktrinde sosyal seçim kriterinin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar, iş hukukunun temel amacı olan zayıf olan işçinin korunması ilkesinin, işveren iş sözleşmesini feshedecek işçilerin seçiminde sosyal bir seçim yapma yükümlülüğü yüklediği ve işverenin işçilerle iş ilişkisini sürdürme yükümlülüğünün temelini de işverenin işçiyi gözetme borcundan doğduğunu savunmaktadırlar⁶³⁰.

⁶²⁷ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 99.

⁶²⁸ Mollamahmutoğlu, s. 737.

⁶²⁹ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104; Nuri Çelik, “İşletmenin, İşyerinin Ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **SİCİL**, Sayı: 4, 2006, (Anılış, Eşit Davranma), s. 6; Çelik, s. 230.

⁶³⁰ Ali Güzel ve Emre Ertan, “Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **LEGAL İHGSGHD**, Sayı: 16, 2007, (Anılış, Sosyal Seçim), s. 1286; Ulucan Devrim, “İş Güvencesi

Karşılaştırılmalı hukuka bakıldığında, İsveç hukukunda kanun ile sosyal seçim ölçütlerinin düzenlendiği ve işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçiminde öncelikle kıdem esasına uyması gerektiği belirlenmiştir⁶³¹.

Alman hukukunda sosyal seçim kriteri, kanunla (Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu) düzenlenmiştir Alman hukukunda sosyal seçim ölçütleri, işçinin işyerindeki kıdemi, yaşı, bakmakla yükümlü olduğu kişiler, işçinin ağır engelidir. Alman hukukunda, işveren işçilerin iş sözleşmesini feshetmende önce bu ölçütlerin hiç ya da yeteri kadar dikkate alınmamış olması halinde, geçersiz fesih söz edilir⁶³².

Fransız hukukunda işveren ekonomik sebeplerle yani işletme, işyeri ve işe ilişkin nedenlerle fesihlerde kanun gereği sosyal seçim ölçütlerine uymak zorundadır. 01.05.2008 tarihinde yürürlüğe giren yeni Fransız İş Kanununa göre, işveren ekonomik yani işletme, işyeri ve işe ilişkin nedenlerle fesih yaparken aile yükümlülükleri, kıdem, işe yerleştirmede güçlük çıkaran sosyal durum (yaşlılık, sakatlık vb.) ve mesleki nitelik ölçütlerini gözetmelidir. Fransız hukukunda, bu ölçütlere aykırı bir şekilde işverence iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, işçi gördüğü zararın tazmini isteyebilir⁶³³.

Türk hukukunda kanuni bir düzenleme ile sosyal seçim kriterine yer verilmemiş olmasına rağmen Yargıtay birçok kararında feshin son çare olması ilkesi ile birlikte sosyal seçim kriterlerine de yer vermiş ve fesihle sosyal seçim kriterlerini belirleme yoluna gitmiştir. Yargıtay ilk uygulamalarında işten çıkarılacak işçilerin seçiminde hangi ölçütlerin kullanılacağını belirlemek gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay'ın 2006 tarihli kararına⁶³⁴ göre,

“4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen

Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması Ve Yargıtay'ın Yaklaşımı”, LEGAL İHSGHD, Sayı: 14, 2007, (Anılış, Sosyal Seçim), s. 505.

⁶³¹ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 100; Manav, s. 117.

⁶³² Engin, s. 110; Ulucan, Sosyal Seçim, s. 502; Alpagut, Sosyal Seçim, s. 101; Mollamahmutoğlu, s. 737; Kar, s. 625. Ayrıca bkz. Levent Laçiner, ”Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, 2005, ss. 141 – 161, <http://ybd.comu.edu.tr/sites/ybd.comu.edu.tr/files/alman%20feshe%20kar%C5%9F%C4%B1%20koruma.pdf>, (24.07.2012); Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 886.

⁶³³ Mollamahmutoğlu, s. 738; Manav, ss. 118 – 119; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 886.

⁶³⁴ Y. 9. HD., 03.04.2006, E. 4878, K. 8253 (Kar, ss. 623 – 624, dn. 364). Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 13.03.2006, E. 2894, K. 6224 (**Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2006 / 3 (10), s. 258.

objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli sebebin varlığından söz edilir. İşverenin amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başla bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedende söz edilemez. Fazla çalışmalara kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka bir işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshine başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir. 4857 sayılı İş Kanununun 20 / 2 maddesine göre feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi zorunlu kıldığını kanıtlamalıdır.

Ayrıca, davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o üniteye çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken, işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır.”

Yargıtay zamanla kararlarında sosyal seçim kriterleri yerine, seçimde objektif kriter kavramı⁶³⁵na bazen de seçimde objektif davranılması⁶³⁶ kavramına yer vermiştir.

⁶³⁵ Y. 9. HD., 22.05.2006, E. 10732, K. 15164 (KAR, s. 624, dn. 365) : “ 4857 sayılı İş Kanununun 20 / 2 maddesine göre, feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlama yükümlülüğü işverene aittir. Davalı işveren, işyerinde üretilen 42 gram maya üretim ve satışında azalma meydana gelmesi nedeniyle performansı düşük olan davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürmüştür. Satışların düştüğü konusunda işverence ibraz edilen belgelerin gerçeği yansıtmadığı noktasında işyerinde gerekirse keşif icra edilerek bilirkişi marifetiyle inceleme yapılmalıdır. Ayrıca fesihten önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığı Bölge Çalışma Müdürlüğü ve Sosyal Sigortalar Kurumundan sorularak işverenin “çelişkili davranış yasağı ilkesi” ni ihlal edip etmediği saptanmalıdır. Bu araştırmalardan sonra şayet bir işçi fazlalığı söz konusu olmuş ise, iş sözleşmesi feshedilen davacı işçinin seçiminde **objektif kriterlerin** dikkate alınıp alınmadığı da belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.” Y. 9. HD., 04.12.2006, E. 23819, K. 31666: “işverenin.... çıkarılanların seçiminde objektif davranmadığı anlaşılmaktadır.

Gerek Fransız gerek Alman hukukunda sosyal seçim kriteri özel olarak kanunla düzenlemiş ve ayrıca sosyal seçim kriterleri de belirlenmiştir. Kanuni düzenlemenin olduğu bu sistemlerde dahi kriterler arası öncelikler belirlenememekte ve her olayın koşulları çerçevesinde öncelikler ve uygulama yöntemi değişiklik göstermektedir⁶³⁷. Sosyal seçim kriterinin hukuki güven ve hukuki açıklık esasları ile bağdaşmayacağı, kabul edilen kriterler arasında önceliğin belirlenememesi, işten çıkarılan işçilerle işten çıkarılmayan işçiler arasında menfaat uyumsuzlukların söz konusu olması gibi bazı problemleri beraberinde getirmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshinde dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁶³⁸. Ayrıca sosyal seçim kriterlerinin herhangi bir koşul, ayırım ve kısıtlamaya tabi tutulmaksızın mutlak bir şekilde uygulanması zorunluluğunun kabul edilmiş olmasının işverenin yönetim hakkı ile bağdaşmayacağı savunulmuştur⁶³⁹. Yargı kararlarında yer alan işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen göstermeme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma gibi kriterlere göre oluşturulacak bir sıralamanın sosyal seçimle ilgisinin olmadığı, son çare kriteri sayılması gereken bu hususların, aralarına hiçbir ilgisi olmayan kıdem ve emeklilik gibi kriterlerin de katılarak sosyal seçim kriterleri olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür⁶⁴⁰. Sosyal seçim ilkesinin kabulü işverenin fesih hakkının kanunun öngördüğünden daha fazla sınırlandırılması anlamına gelir⁶⁴¹.

Sosyal seçimin hukuki temeli konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, sosyal seçim kriterinin temelinde İş Kanunu madde

...iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir. İspat yükü işverende olmasına rağmen, davacı işçinin iş sözleşmesinin, fesih nedeni dışında kötü niyetle feshedildiğini kanıtlayamadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.” (Mollamahmutoğlu, s. 739, dn. 626; Manav, s. 124, dn. 548).Karar incelemesi için bkz. Çelik, Objektif Davranma, s. 21 vd.. Y. 9. HD. 08.05.2006, E. 9039, K. 12876 (Günay, İş Davaları, s. 1167 – 1168); Y. 9. HD. 26.06.2006, E. 15266, K. 18902 (Günay, İş Davaları, s. 1170).

⁶³⁶ Y. 9. HD. 04.12.2006, E. 23819, K. 31666 (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 887, dn. 741): “ İşverenin Çıkarılanların seçiminde objektif davranmadığı anlaşılmaktadır..... iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir... ispat yükü işverende olmasına rağmen, davacı işçinin iş sözleşmesinin, fesih nedeni dışında kötü niyetle feshedildiğini kanıtlayamadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.”

⁶³⁷ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104; Manav, s. 125.

⁶³⁸ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104; Süzek Sarper: İşverenin Eşit Davranma Borcu, **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2008, Sayı: 12, s. 33 (Anılış, Eşit Davranma); Çelik, Eşit Davranma, ss. 6, 7 – 10; Manav, s. 125; Centel, İş Güvencesi, s. 116.

⁶³⁹ Çelik, Eşit Davranma, s. 7.

⁶⁴⁰ Ulucan, Sosyal Seçim, s. 502; Çelik, Eşit Davranma, s. 8; Mollamahmutoğlu, s. 740.

⁶⁴¹ Ulucan, Sosyal Seçim, s. 502; Mollamahmutoğlu, s. 740; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 888.

5' de düzenlenen işverenin eşit davranma borcu ve dolayısıyla eşit işlem ilkesi bulunmaktadır⁶⁴². Eşit davranma borcu öncelikle keyfi davranma yasağı anlamına gelir⁶⁴³. İşveren haklı nedenler olmadıkça işyerinde çalışan işçiler arasında çalışma koşulları açısından herhangi bir ayırım yapamaz⁶⁴⁴. İşletme gereklerine dayanarak işyerinde on işçinin işine son verilmesi söz konusu olduğunda, işverenin işten çıkarılacak işçileri sadece kadın işçiler arasında seçmesi İş Kanununun 5. ve 18. maddelerine göre, eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturabilir⁶⁴⁵. Buna karşılık, işçilerin objektif ve sübjektif özelliklerine dayanılarak ayrımlar yapılabilir. İşletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde işçinin eğitim durumu, verimliliği, çalışkanlığı gibi bazı özelliklerinin yanı sıra yaşı, kıdemi, aile yükümlülükleri gibi sosyal korumayı amaçlayan bazı özellikler de dikkate alınır⁶⁴⁶. Diğer bir görüşe göre işverenin iş sözleşmesini feshedecek işçiler arasından sosyal seçim kriterlerine göre seçim yapmasının amacı İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesini gerçekleştirmek değildir. İşveren, eşit olamayanlar arasında zayıf durumda olanlar lehine bir tercihte bulunmalıdır. Eşit davranma ilkesi zaten Türk Hukukunda ayrı bir biçimde düzenlenmiştir⁶⁴⁷. İşveren işletme gerekleri nedeniyle bazı işçilerin iş sözleşmelerini feshedecek ise, iş sözleşmeleri feshedilecek işçiler benzer konumda olan işçiler ise, kanuni bir zorunluluk olmamasına karşın, işveren bu işçiler arasında karşılaştırma yaparak seçim yapmak zorundadır. İşveren bu seçimi yaparken işverenin gözetim borcu gereği hakkaniyete uygun davranmalıdır. Örneğin işveren sadece kadın işçileri işten çıkararak eşit davranma borcunun ihlal etmiş ise, bu durumda sosyal seçim ilkesine aykırılıktan değil, eşit işlem ilkesine aykırılık nedeniyle yapılan feshin geçersizliği söz konusu olabilir⁶⁴⁸. Diğer bir görüş ise, sosyal seçim ilkesi bakımından toplu iş sözleşmeleri yasal bir araç olabileceğini ifade belirlenebilir⁶⁴⁹. Taraflar, toplu iş sözleşmelerinde işletme gereklerine dayanana fesihlerde “ilk girenin son çıkacağı” gibi uygulamalarla bazı esaslar belirleyebilir⁶⁵⁰. Toplu iş sözleşmeleri ile sosyal seçim kriterleri belirlenmemiş olması durumunda,

⁶⁴² Engin, s. 110; Alpagut, Sosyal Seçim, s. 105; Çelik, Eşit Davranma, s. 6; Süzek, s. 366.

⁶⁴³ Engin, s. 110.

⁶⁴⁴ Çelik, Eşit Davranma, s. 5 vd.; Süzek, s. 361;

⁶⁴⁵ Süzek, s. 366.

⁶⁴⁶ Engin, s. 112; Çelik, Eşit Davranma, ss. 5 - 6; Süzek, s. 366; Manav, s. 127.

⁶⁴⁷ Güzel ve Ertan, Sosyal Seçim, s. 1287.

⁶⁴⁸ Ulucan, Sosyal Seçim, s. 505; Mollamahmutoğlu, s. 741; Manav, s. 127.

⁶⁴⁹ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 105; Mollamahmutoğlu, s. 741; s. 9; Manav, s. 128.

⁶⁵⁰ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 105.

işverenin fesihte sosyal seçim kriterlerine göre işçi çıkarma yükümlülüğünden söz edilemez. Bu durumda işveren, fesihte İş Kanunu madde 5 / f. I ve madde 18 / f. III çerçevesinde eşit davranma borcuna uygun şekilde işçilerin sözleşmelerini feshetmelidir. İşveren iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlerken keyfi davranmamalıdır. Toplu iş sözleşmesi ile belirlenen kriterler objektif olarak belirlendiği ve tüm işçilere eşit şekilde uygulandığı sürece geçerlilik kazanır⁶⁵¹.

İşyerinde toplu sözleşmesinin olmaması veya mevcut toplu iş sözleşmesinde bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde, İş Kanununda sosyal seçim konusunda herhangi bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle işveren, iş sözleşmeleri feshedilecek işçileri kendisi seçebilecektir. Buradan işverenin seçim konusunda dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği sonucuna varılamaz. İşverene herhangi bir esasa dayanamayan keyfi seçim yapma hakkı vermez. Özellikle işyerinde uzun yıllardır çalışan bir işçide kendisinin işten çıkarılacak son işçiler arasında olacağı yönünde bir güven uyanmış olması oldukça muhtemeldir. Örneğin iki yıl kıdemi olan işçi yerine on beş yıldır aynı işyerinde çalışan işçinin çıkarılması işçide uyanan bu güvenin korunmaması anlamına gelir⁶⁵². Taraflar toplu iş sözleşmeleriyle “ ilk girenin son çıkacağı” gibi uygulamalarla kriterler belirleyebilir⁶⁵³

Sosyal seçim kriterlerinden vazgeçen Yargıtay da eski görüşünden dönmüştür. Toplu iş sözleşmesi ile veya işçi ve işveren tarafları arasında belirlenen seçim kriterlerini geçerli kabul etmektedir. Yargıtayın yeni görüşüne göre:

“ İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanununun 5. Maddesinde öngörülen “ mutlak ayırım yasağı” dışında, işvereni bağlayan herhangi yasal bir düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin birtakım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, **objektif nitelikte olmalarına bağlıdır**. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin – diğer şartlar da gerçekleşmişse- geçersizliğine karar verilir. Öte yandan, iş sözleşmesi

⁶⁵¹ Mollamahmutoğlu, s. 741; Manav, s. 128.

⁶⁵² Erhan Birben, “İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi Ve Sınırları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 2, 2006, (Anılış, Seçim Serbestisi), s. 22.

⁶⁵³ Alpagut, Sosyal Seçim, s. 105.

feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmamasına rağmen, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlıdır⁶⁵⁴.”.

Yargıtayın yine başka bir kararına⁶⁵⁵ göre:

“ Türk İş Hukukunda 4857 sayılı İş Kanununun 5. Maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmuş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir⁶⁵⁶.”.

Yargıtay’ın yine yakın tarihli bir kararına⁶⁵⁷ göre:

“ ...ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece, işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. 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 tutulması gerekir.”.

Mahkemeler işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçimi konusunda, öncelikle bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesi veya sözleşme eki iç yönetmelik hükmü ile işçilerin iş sözleşmesinin feshinde uyulacağı kabul edilmiş olan bir kriter bulunup bulunmadığına, şayet bulunmuyorsa işveren

⁶⁵⁴ Y. 9. HD., 11.09.2008, E. 28373, K. 23213 (Mollamahmutoğlu, s. 742).

⁶⁵⁵ Y. 9. HD., 02.02.2009, E. 2008 / 9770, K. 2009 / 911 (Kar, ss. 695 – 698). (Eski) 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu madde 30 ve devamına karşılık,(yeni) 6356 sayılı Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 24 ve devamıdır.

⁶⁵⁶ Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 06.10.2008, E. 30271, K. 25206, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (24.07.2012); Keser, ss. 289 - 2909); Y. 9. HD., 16.06.2008, E. 2007/ 39374, K. 2008 / 16020, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (24.07.2012); Y. 9. HD., 24.11.2008, E. 40264, K. 31891 (Kar, ss. 691 – 693).

⁶⁵⁷ Y. 9. HD., 20.07.2009, E. 27271, K. 27272, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (24.07.2012); Ulaş Baysal, “ İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **LEGAL İHSGHD**, Cilt: VII, Sayı: 25, 2010, (Anılış, Eşit Davranma), s. 83. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 06.07.2009, E. 17950, K. 19553, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (24.07.2013).

tarafında iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bu tür bir kriter kullanıldığının iddia edilip edilmediğine bakacaktır⁶⁵⁸.

Toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliğinde yer almasa dahi, işverence yapılan fesihlerde belirli yaş sınırında olma veya emekliliğe hak kazanmış olma gibi iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde bazı kriterlerin belirlenmesi, sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilir ancak işverence kabul edilen bu kriterin **genel ve objektif** şekilde uygulanması ve işverenin fesih sebebi ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekir⁶⁵⁹.

İş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde taraflar arasında bireysel veya toplu iş sözleşmesinde veya sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığı örneğin, emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulacaktır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında mahkemelerce incelenecektir⁶⁶⁰.

IV. Menfaatlerin Tartılıp Değerlendirilmesi İlkesi

Menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, işverenin işyeri üzerindeki menfaati ile işçinin iş ilişkisinin devam edilmesi halinde elde edeceği ekonomik ve sosyal menfaatlerin bir teraziye konularak tartılması ve hangi menfaat daha ağır basıyorsa, ona göre sözleşmenin feshine veya iş ilişkisinin devam edilmesine karar verilmesi anlamına gelir⁶⁶¹.

Kanun koyucu tarafından menfaatlerin tartılması ve değerlendirilmesi yapılmadığında ve çatışan menfaatler arasında denge sağlanmadığı zaman

⁶⁵⁸ Keser, s. 290. Yargıtay personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeleri objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerli kabul etmektedir (Keser, s. 290; Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 11.09.2008, E. 28216, K. 22924 (Kar, ss. 679 – 680).

⁶⁵⁹ Keser, s. 291. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 19.02.2007, E. 2006 / 32546, K. 2007 / 7 - 4329, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (24.07.2013); Y. 9. HD., 18.02.2008, E. 2007 / 24558, K. 184, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (24.07.2012).

⁶⁶⁰ Kar, s. 625; Keser, s. 292.

⁶⁶¹ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 178; Manav, s. 129; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, ss. 897 – 898.

menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi görevi hâkime düşmektedir⁶⁶². Kanun koyucu ne kadar kazuistik düzenleme yaparsa yapsın hukuki düzenlemeye ihtiyaç duyan bütün ihtilafları göz önünde bulunduramayabilir⁶⁶³.

Menfaatlerin değerlendirilip tartılması ilkesi, iş güvencesi hukuku bakımından ölçülülük ilkesinden doğmuş bir ilkedir. Bu ilke kapsamında karşı tarafın hukuk alanına yapılacak müdahalenin ağırlığıyla bunu gerektiren amacın bir karşılaştırılmasının yapılması gerekir⁶⁶⁴.

İşverenin menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde işverenin iş sözleşmesinin feshiyle elde edeceği menfaatler ile işçinin iş ilişkisinin devamı halinde elde edeceği ekonomik ve sosyal menfaatlerin karşılaştırılarak hangi tarafın menfaati daha ağır basıyorsa çıkan sonuca göre iş sözleşmesinin feshine veya iş ilişkisinin devamına karar verilmesi gerekmektedir⁶⁶⁵. İş sözleşmesinin kurulması ve ifası ile bağlantılı olan menfaatler menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi bakımından önemlidir. İş sözleşmesi ile bağlantılı olmayan menfaatler nedeniyle fesih yapılamaz.⁶⁶⁶

KILIÇOĞLU / ŞENOCAK'a göre menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, işletme gereklerine dayanılarak yapılan fesihlerde uygulama alanı bulmamalıdır. Türk İş güvencesi hukukunda işletmesel kararlar sınırlı denetime tabi olduğu ilkesi kabul edilmektedir. Menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesinin uygulanması halinde, mahkemelerin işletmesel kararları, keyfilik denetimini açacak şekilde denetlenmesine imkân sağlanmış olacaktır. İşletmesel kararların sınırlı denetime tabi olması ilkesi, iş sözleşmesinin feshi ile işveren açısından doğacak menfaatler ile işçi açısından doğacak olumsuz durumlar arasında makul bir ilişkisinin olup olmadığının denetlenmemesini gerektirir⁶⁶⁷.

⁶⁶² Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 178; Manav, s. 129.

⁶⁶³ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 178.

⁶⁶⁴ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 179; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 897.

⁶⁶⁵ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 178; Manav, s. 130.

⁶⁶⁶ Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 179 - 180; Manav, s. 131.

⁶⁶⁷ Kılıçoğlu ve Şenocak, ss. 183 - 184.

V. Eşit İşlem İlkesi

İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında eşit davranma borcu yer alır. İşveren, aynı işyerindeki işçi topluluğuna dâhil ve iş sözleşmeleri devam eden işçilere, onların tümünü ilgilendiren konularda eşit davranma borcu altındadır⁶⁶⁸Çağdaş İş Hukukunda eşit davranma borcu genellikle hakkaniyet esasına dayandırılmaktadır. İşverenin eşit davranma borcunun temelini Hukukumuzda Anayasanın 10. maddesi oluşturmaktadır⁶⁶⁹. Anayasanın 10. maddesinde “kanun önünde eşitlik” başlığı altında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Madde 10 ‘a göre:”*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”.*

Eşit davranma borcu cinsiyet, ırk, etnik köken gibi nedenlere dayanan ayrımcılığın, insan hakları ve özgürlükleri bakımından kabul edilemezliği, uluslararası barış ve dayanışmayı tehdit edici yönüyle uluslararası düzeyde de üzerinde durulması gereken bir problem olarak görülmüş ve uluslararası düzeyde de düzenlemeler yapılmıştır. Bu bakımdan özellikle, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün, Türkiye tarafından da onaylanan 1950 tarihli ve 100 Sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek Ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki Sözleşmesi, 1958 tarihli ve 111 Sayılı İş Ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkındaki Sözleşmesi ile Türkiye

⁶⁶⁸ Fatih Uşan, “ İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, **Legal İHSGHD**, 2005 / 8, (Anılış, Eşit Davranma Borcu), s. 1626.

⁶⁶⁹ Taşkent, Yönetim Hakkı, s. 82; Aziz Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul 1982, (Eşit Davranma I), s. 32; Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi Ve Uygulaması”, Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2010, (Anılış, Eşitlik İlkesi), s. 191; Çelik, Eşit Davranma, s. 5; Çelik, s. 177; Süzek, s. 362; Süzek, Eşit Davranma, s. 24.

tarafında onaylanmamış olan 1981 tarihli ve 156 Sayılı Aile Sorumlulukları Bulunan Kadın Ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması Ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşmesidir. Avrupa Hukukunda da Avrupa İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Birliğinin birçok yönergesi arasında özellikle, 23 Eylül 2002 tarihli 2002 / 73 Sayılı Yönergeyle değişik 9 Şubat 1976 tarihli ve 76 / 207 Sayılı Kadın Ve Erkekler Arasında İşe Girişte, Mesleki Eğitim Ve İlerlemede Ve Çalışma Koşullarında Eşit Muamele Yönergesi, 75 / 117 Sayılı Kadın Ve Erkekler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Yönerge ile 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000 / 43 Sayılı Etnik Köken Ve Irk Ayrımı Olmaksızın Kişiler Arasında Muamele Eşitliği Hakkında Yönerge, işverenin eşit davranma borcuna ilişkin önemli esaslar düzenlenmiştir⁶⁷⁰.

Türk İş Hukukunda Anayasamızdaki genel düzenlemeden ayrı olarak işverenin eşit davranma borcu iş hukukunda bazı alanlarda özel olarak düzenlemiştir. İş Kanununun 5. maddesinde, madde 12 / f. I'de, madde 13 / f. I'de ve Sendikalar Ve Tolu İş Sözleşmesi Kanununun 25. Maddesinde sendikal nedenle ayırım yapma yasağı düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 5'e göre: “ İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

⁶⁷⁰ Uşan, Eşit Davranma Borcu, s. 64 – 65; Mollamahmutoğlu, s. 542; Ulaş Baysal, İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **LEGAL İHSGHD**, Cilt: VII, Sayı: 25, 2010, (Anılış, Eşit Davranma), s. 26.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

İş Kanununun gerekçesine bakıldığında 5. maddenin hazırlanmasında Avrupa Birliği Yönergelerinden yararlandığı görülmektedir⁶⁷¹ İş Kanununun 5. Maddesinin başlığı “eşit davranma ilkesi “ ise de, bu madde de ayırım yasağı halleri dışında genel anlamda genel anlamda eşit davranma borcunun düzenlendiği söylemek biraz zordur. Ayırım yasakları da genel anlamda eşitlik ilkesinin içinde yer alır. İş Kanununun 5. maddesinde ayırım yasaklarının düzenlenmiş olması genel anlamda eşit davranma borcunun olmadığı anlamına gelmez. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11. maddesinin / I. fıkrasına göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Bu düzenlemeye göre, anayasal eşitlik ilkesi, tüm hukuk düzeninde ve iş ilişkilerinde de geçerli bir ilkedir⁶⁷².

Bu durum Yargıtay kararlarında da yer almıştır. Yargıtayın konu ile ilgili kararına⁶⁷³ göre:

“ Aynı nitelikte olan işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak, hem Anayasa’nın eşitlik ilkesine hem de İş Hukukunun temel kuralına uygun düşmez.”

⁶⁷¹ A. Can Tuncay, “Eşit Davranma İlkesi”, **İş Hukukuna Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri**, İstanbul 2007, (Eşit Davranma II), s. 27; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 167 (Anılış, Şerh); Uşan, Eşit Davranma, s. 65.

⁶⁷²Tuncay, Eşit Davranma I, s. 24, 25, 108; Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008, (Anılış, Eşit İşlem), s. 65; Süzek, Eşit Davranma, s. 25. Anayasanın 10. maddesinde hem ayırım yapma yasağı hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcu düzenlenmiştir (Süzek, Eşit Davranma, s. 26). Anayasada ve kanunlarda düzenlenmemiş olsaydı da eşitlik, hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığı için iş ilişkilerinde de uygulanması gerekirdi (Tuncay, Eşit Davranma I, ss. 11 – 13; Süzek, Eşit Davranma, s. 26).

⁶⁷³ Y. 11.09.1967, E. 8479, K. 7519 (Taşkent, Yönetim Hakkı, s. 83; Tuncay, Eşit Davranma, s. 53).

Yine Yargıtay'ın bir kararına⁶⁷⁴ göre:

“ Eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. ... Eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil, tesisine hizmet eder.”.

Eşit davranma borcu, işverenin haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, keyfi davranışlardan kaçınması; haklı nedenler varsa ayırımda bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder⁶⁷⁵.

Eşit davranma borcu, işverenin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamasından dolayı, ancak işçinin korunmasını sağladığı ölçüde mevcut olmalıdır. Eşit davranma borcu, işçi açısından söz konusu olmaz⁶⁷⁶.

İşverenin eşit işlem yapma borcu, tüm işçilere mutlak biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. İşverenin eşit işlem yapma borcu, nispi niteliktedir. Eşit işlem yapma borcu, aynı nitelikte veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için geçerlidir. İşveren, işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, örgenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere veya çalışkanlık, yetenek gibi subjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir. İşverenin her durumda işçilere mutlak anlamda eşit davranma borcundan söz edilmesi ise, işverenin sözleşme özgürlüğüne kabul edilemeyecek müdahale teşkil eder⁶⁷⁷. Yargıtayın kararına⁶⁷⁸ göre de:

“Bu ilkenin amacı aynı durumdaki işçiler arasında, gerek objektif gerek subjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları, vs. nedenlerle farklı

⁶⁷⁴ Y. 9. HD., 01.06.2010, E. 21080, K. 15389 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt: VIII, Sayı: 30,2011, s. 786 – 790).

⁶⁷⁵ Tuncay, Eşit Davranma I, ss. 5 – 6; Tunçomağ ve Centel, s. 133; Uşan, s. 1627; Mollamahmutoğlu, s. 536; Süzek, Eşit Davranma, ss. 25 – 26. Eşit davranma borcu, işverenin işçileri arasında ayırım yapmamam yükümlülüğü olarak dar biçimde anlaşılmalıdır. İşveren kimi zaman objektif olarak işçileri arasında ayırım yapmasını gerekli kılan bazı durumlar olabilir, bu durumda şekli eşitlik, eşitsizliğe yol açabilir (Uşan, Eşit Davranma Borcu, s. 1627).

⁶⁷⁶ Kılıçoğlu ve Şenocak, Şerh, s. 168.

⁶⁷⁷ Tuncay, Eşit Davranma I, s. 25; Narmanlıoğlu, s. 248; Uşan, Eşit davranma Borcu, s. 1627; Kübra Doğan Yenisey, “ İşverenin Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin iki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **SİCİL**, Sayı: 1, Haziran 2006, s. 61(Anılış, Eşit Davranma); Süzek, Eşit Davranma, s. 27.

⁶⁷⁸ Y. 9. HD., 20.05.1985, E. 2546, K. 5437 (Süzek, Eşit Davranma, s. 27).

ücret, prim, veya sosyal hak ödemesi(nin) eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir.”.

İşveren, ölçülülük ilkesi gereği, işçiler arasında ayırım yapmada haklı bir amaç izlemişse, bu davranışını haklılaştırabilir ve yapılan ayırım izlenen bu haklı amaçla orantılı ise, eşit davranma borcu ve ayırım yapma yasağı ihlal edilmiş olmaz⁶⁷⁹.

İşverenin eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı konular olarak, farklı işçiler arasında işe alma, ücretlerin belirlenmesi, iş sözleşmesinin feshi halleri gösterilebilir. Eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanacağı konular ise, kişi, hak ve özgürlüklerine mutlak olarak uyulmasını gerektiren durumlar, işyeri düzenine ilişkin işlemlerde, sosyal yardım konularıdır⁶⁸⁰.

İşverenin eşit davranma borcu, hukuken işverenin kolektif nitelikteki davranışları bakımından geçerlidir. İşverenin münferit nitelikteki işlem ve uygulamaları açısında işverenin eşit davranma borcu doğmaz⁶⁸¹. İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için, birden fazla işçinin iş sözleşmesi feshedilmesi gerekmektedir. Bir tek işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde, eşit davranma borcu objektif karakterli bir borç olduğu için gündeme gelmez⁶⁸².

Eşit davranma borcu, işverenin aynı işyerindeki işçilerine karşı yüklediği bir borçtur. İşyerinde işçi olarak çalışmakla birlikte başka işverenin işçisi olanlar yani, geçici iş ilişkisi içindeki işçilere, taşeron işçilere karşı ya da işverenin birden fazla işçi çalışmakla birlikte kendisine iş sözleşmesiyle bağlı bir işçisi olduğu durumlarda işverenin eşit davranma borcu yoktur. Farklı işverenlere ait farklı

⁶⁷⁹ Kübra Doğan Yenisey, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Oranlık İlkesi”, **Legal İHSGHD**, 2005 / 7, (Anılış, Eşit Davranma İlkesi), ss. 996, 1001; Süzek, Eşit Davranma, s. 27.

⁶⁸⁰ Tunçomağ ve Centel, s. 135 – 136; Uşan, Eşit Davranma Borcu, s. 1627; Çelik, Eşit Davranma, s. 5; Süzek, Eşit Davranma, s. 27 vd; Çelik, ss. 180 – 184.

⁶⁸¹ Tuncay, Eşit Davranma I, ss. 149 – 150; Tunçomağ ve Centel, ss. 135 – 136; Mollamahmutoğlu, s. 544; Kılıçoğlu ve Şenocak, Şerh, s. 171; Baysal, Eşit Davranma, s. 68.

⁶⁸² Tuncay, Eşit Davranma I, ss. 149 - 150; Tuncay, Eşit Davranma II, s. 28; Çelik, Eşit Davranma, s. 5; Yenisey, Eşit Davranma, s. 62. Eşitlik veya eşitsizlik kavramlarının doğası gereği birden fazla süje arasındaki karşılaştırmaya dayandığından, eşit davranma, aynı işyerinde birden fazla işçinin, yani bir işçi topluluğunun mevcudiyetini gerekli kılar (Tuncay, Eşit Davranma I, s. 149; Tunçomağ ve Centel, s. 133. Yargıtay’ın konu ile ilgili kararına göre:

“ ... Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.” (Y. 9. HD., 01.06.2010, E. 21080, K. 15389 (**LEGAL İHSGHD**, Cilt: VIII, Sayı: 30, 2011, ss. 786 – 790).

işyerleri ya da aynı işverenin farklı işyerlerindeki uygulamalar bakımından eşit davranma borcu söz konusu olmaz⁶⁸³.

İş sözleşmesinin devamı sırasında işveren eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun davranmak zorundadır (Anayasa madde 10-, İş Kanunu madde 5 / f. I, III, VI). İşveren, ücret ve tüm çalışma koşullarının uygulanmasında bu ilkeye uygun davranmalıdır. Fakat ayırımı haklı kılan nedenler varsa işverenin bu konularda farklı işlem yapması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz⁶⁸⁴. İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim, soysa yardımı ilişkin hükümleri işverenin eşit davranma borcuna bir istisna oluşturur⁶⁸⁵.

İş sözleşmesinin feshinde⁶⁸⁶, doktrinde işverenin eşit işlem yapma borcu olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki bir görüşe göre, iş sözleşmesinin feshinde işveren, eşit işlem ilkesine uygun davranmalıdır⁶⁸⁷. TUNCAY' a göre, "Eşit davranma ilkesi, her türlü ayırımı değil, keyfi ayırımları yasaklayan bir ilkedir. Fesihle işçiler arasında ayırım yapılmasını haklı kılan neden var ise, işveren bir kısım işçilerin iş sözleşmesini feshederken diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshetmeyebilir. Önemli olan işveren fesih hakkını kullanırken, iş sözleşmesi feshedilecek işçiler arasında keyfi olarak ayırım yapmamasıdır⁶⁸⁸."

Bir diğer görüşe göre, iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, eşit davranma ilkesi mutlak olarak uygulanamaz⁶⁸⁹. YENİSEY'e göre, "Eşit işlem ilkesi, iş sözleşmesinin feshinde sınırlı bir uygulama alanı bulur. Kural olarak işveren hangi işçinin sözleşmesini sona erdireceğini belirlemekte serbesttir. Bu sözleşme

⁶⁸³ Mollamahmutoğlu, s. 544; Tunçomağ ve Centel, s. 134; Uşan, Eşit Davranma Borcu, s. 70.

⁶⁸⁴ Süzek, Eşit Davranma, s. 28. Yargıtay, işverenin işçiye daha az ücret zammı vermesini haklı ve objektif nedenlere dayandırılmaması halinde, eşit davranma borcunu ihlal ettiğine karar vermiştir (Y. 9. HD., 18.02.2003, E. 13208, K. 1836 (Süzek, Eşit Davranma, s. 28).

⁶⁸⁵ Süzek, Eşit Davranma, s. 29. Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 23 / f. II' e göre: "İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır." Bu hükme göre, toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinde işçileri arasında bir ayırım yapılabilecek, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girenlere farklı ücret zamları veya ikramiyeler öngörülebiyecek, parasal konular dışındaki toplu iş sözleşmesi hükümleri eşit davranma borcuna uygun olarak işyerindeki tüm işçilere uygulanacaktır. (Süzek, Eşit Davranma, s. 29).

⁶⁸⁶ İş sözleşmesinin fesih halleri olan: süreli fesih (iş güvencesinin kapsamında olan işçileri için; geçerli nedenlerle yapılan fesihler: işçinin yeterliliği veya davranışı nedeniyle ya da işletmenin, işyerininim veya işin gereklerinden kaynaklanan; iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin süreli feshinde) ve haklı nedenle fesihlerde.

⁶⁸⁷ Tuncay, Eşit Davranma I, ss. 213 – 214; Ekonomi, ss. 157 – 158; Süzek, Eşit Davranma, ss. 31 – 32; Yıldız, Eşit İşlem s. 257.

⁶⁸⁸ Tuncay, Eşit Davranma I, ss. 213 – 214.

⁶⁸⁹ Yenisey, Eşit Davranma, ss. 64 – 65; Mollamahmutoğlu, s. 545; Manav, s. 142.

özgürlüğünün bir gereğidir. Ancak işveren objektif bir nedene dayanmaksızın, keyfi veya kötü niyetli olarak bazı işçilerin sözleşmelerini sona erdirip diğerlerinin sözleşmelerini sona erdirmemişse, bu durumda eşit işlem ilkesi uygulama alanı bulacaktır⁶⁹⁰.” İş Kanununun 20. maddesine ve 5. maddesine göre, iş sözleşmesinin eşitlik ilkesine aykırı olarak işçinin iddia etmesi halinde, ispat yükümlülüğü işçiye ait olacaktır⁶⁹¹.

Bir diğer görüşe göre ise, iş sözleşmesini feshi hallerinde eşit işlem yapma borcu yoktur⁶⁹². UŞAN’ a göre, “Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iş ilişkisi kurma hakkına sahip olan işveren, yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu ilişkiyi sona erdirebilme imkânına da sahip olmalıdır. İşyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde işveren seçim / takdiri hakkı vermek, emredici düzenlemeler ve sözleşmesel kayıtlar saklı kalmak kaydıyla uygundur⁶⁹³.” ÇELİK’ e göre de, “İş sözleşmesinin feshi hallerinde eşit işlem yapma borcu söz konusu edilemez. İşveren fesih hakkının geçersiz bir sebeple veya kötüye kullanılması dışında, aynı durumdaki işçilerden istediği işçinin iş sözleşmesini, süreli fesih bildirim yolu ile son verebilir. Sözleşmenin haklı nedenle feshinde de durum aynıdır⁶⁹⁴.”

Yargıtay kararlarında iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit işlem yapma borcu olduğuna karar vermiştir. Yargıtay kararına⁶⁹⁵ göre:

“ Yönetim kurulu kararı gereği yapılan organizasyon değişikliği sebebiyle Yalnız davacının hizmet akdinin feshedildiği görülmüştür. Mahkemece yapılacak iş davacı ile aynı görevi yapan merkez şube müdürlüklerinin kapanması nedeniyle işverenin diğer bir işinde görevlendirilen 34 eski merkez müdürünün durumu ile

⁶⁹⁰Yenisey, Eşit Davranma, s. 61; Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik ilkesi Ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2006 / 11, (Anılış, Ayrımcılık Yasağı), s. 69.

⁶⁹¹ Çelik, Eşit Davranma, s. 9 – 11. İspat yükümlülüğünün işverene ait olduğu konusunda ise bkz. Y. 9. HD. 03.03.2006, E. 4878, K. 8253 (Çelik, Eşit Davranma, s. 9).

⁶⁹² Tunçomağ ve Centel, s. 136; Uşan, Eşit Davranma Borcu, s. 1630; Çelik, s. 181.

⁶⁹³ Uşan, Eşit Davranma Borcu, s. 1630.

⁶⁹⁴ Çelik, s. 181. GÜVEN ve AYDIN’ a göre de, “ fesih hakkının kötüye kullanılması hali dışında, işverenin dilediği işçinin iş sözleşmesini gerek bildirimli fesihle gerekse derhal fesih yolu ile her zaman feshedebilir. Önemli olan işverenin fesih hakkını kötüye kullanmaması gereğidir.” (Ercan Güven ve Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2004, s. 125).

⁶⁹⁵ Y. 9. HD., 11.12.2003, E. 20222, K. 20664 (Süzek, Eşit Davranma, s. 32). Yargıtay’ ın benzer yöndeki kararları için bkz. Y. 9. HD., 04.11.2004, E. 8413, K. 24957 (Karar ve kararın incelemesi için Uşan, Eşit Davranma Borcu, s. 1624 vd.); Yargıtayın bu kararı, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenlerle fesih hali ile ilgilidir. Ayrıca diğer fesih hallerinde işverenin eşit davranma borcu ile ilgili bkz. (Y. 9. HD., 04.11.2004, E. 8413, K. 24857 ve UŞAN ‘ın incelemesi (Uşan, Eşit davranma Borcu, ss. 1624 – 1632); Y. 9. HD., 24.05.2005, E. 11204, K. 14365 ve YENİSEY’in incelemesi (Yenisey, Eşit Davranma, s. 60 – 65).

karşılaştırılarak tek davacı hakkında akdin feshi yoluna gidilmesinin haklı nedeni bulunup bulunmadığı araştırılmalı, tüm dosya birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.”.

Toplu iş sözleşmelerine, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle işverence yapılacak fesihlerde, feshe muhatap olacak işçilerin nasıl seçileceğine ilişkin hükümler konulabileceğini belirtmiştik. Toplu iş sözleşmesinde feshe muhatap olacak işçilerin seçimi için genel kurallar veya bir sistem belirlenebilir. Böylelikle işveren seçime ilişkin kurallara uymak suretiyle ileride ortaya çıkabilecek eşit davranma borcuna aykırılık iddialarından kurtulabilecektir. Örneğin, kişinin bakmakla yükümlü olduğu insan sayısının sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde temel ölçüt olacağı kararlaştırılmışsa, bakmakla yükümlü oldukları insan sayısı daha az olduğu için kadınların feshe maruz kalması eşit davranma borcuna aykırılık olarak kabul edilmemelidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi Bu durumlarda denetlenecek olan işverenin bu kuralları, objektif ve genel olarak uygulayıp uygulamadığıdır⁶⁹⁶.

Eşit davranma ilkesine ilişkin Anayasanın 10 maddesi, İş Kanununun 5. maddesi ve 18. maddesinin /f. III, a, b, d bentleri ve Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25’te düzenlenmiş bulunan iş ilişkisinde dil, din, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, sendikal ve benzeri sebeplere dayalı olarak iş sözleşmesini feshederek ayırım yasaklarını ihlal eden işveren eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur⁶⁹⁷. Bu **ayırım yasağı hallerinde** eşitlik ilkesinin uygulanacağı kuşkusuzdur⁶⁹⁸. Yargıtayın kararına⁶⁹⁹ göre:

“Dosya içeriğine göre, davalı işverenin herhangi bir norm kadro çalışması yapmadığı, davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine tabi davacıya, kapsam dışı personele uygulanması gereken yönetmelik hükümlerini uyguladığı, sadece çalışan işçilerden bayan işçileri çıkardığı anlaşılmaktadır. Nitekim davalı işveren

⁶⁹⁶ Baysal, Eşit Davranma, s. 88 – 89. Ayrıca işverenin bu tür uygulamaları objektif ve genel anlamda uygulaması ile ilgili açıklamalar için bkz. “Sosyal Seçim İlkesi” başlıklı kısımdaki açıklamalara.

⁶⁹⁷ Tunçomağ ve Centel, s. 134; Süzek, Eşit Davranma, s. 30; Çelik, s. 181.

⁶⁹⁸ Çelik, Eşit Davranma, s. 6; Süzek, Eşit Davranma, s. 32; Çelik, s. 181. İş Kanununun ayırım yasağı hallerini düzenleyen 5. maddenin I. fıkrasında, ‘*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*’, “benzeri sebepler” ifadesi ile ayırıcılık yasaklarının tahdidi (sınırlı sayıda) olmadığı belirtilmiştir.

⁶⁹⁹ Y. 9. HD., 11.09.2006, E. 18576, K. 21357 (**Kamu – İş Bilgi Bülteni**, Sayı: 53, 2007, s. 22, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/bb1.pdf>, (05.03.2013); Süzek, Eşit Davranma, s. 30; Çelik, s. 181, dn. 220).

hakkında Dairemiz incelemesinden geçen emsal davalarda, bu tespitler yanında, davalı işverenin aynı işi daha düşük ücretli işçilere yaptırmak amacı ile yüksek ücretli işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği, işyerlerinde geçici sözleşme ile sürekli işte çalışan işçilerin çalışmaya devam ettikleri, norm kadro uygulamasında öncelikle bunların çıkarılmasının gerektiği, davalı işverenin sadece bayan işçileri çıkarmasının eşit davranma borcuna aykırı davranmış olduğu belirlenmiştir. Davalı işveren işgücü fazlalığını kanıtlayamadığı gibi işten çıkarılacakların seçiminde objektif kriterlere uymamış eşit davranma borcuna aykırı davranmıştır. Feshin son çare olması ilkesine de uyulmamıştır. Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı bulunmuştur.

SONUÇ

“İş Güvencesi Ve İşletmesel Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi” başlıklı çalışmamızın genel olarak değerlendirmesi ve çalışmamızdan çıkardığımız sonuçlar aşağıda açıklanmıştır.

Hem ülkemizde hem de uluslararası alanda iş hukukunda en çok tartışılan ve üzerinde durulan konu, işçinin, feshe karşı korunması olmuştur. İşçinin feshe karşı korunması, sadece işçiyi ilgilendirmekle kalmamakta, hem işçinin ailesini ilgilendirmekte hem de toplumsal açıdan toplum çıkarlarıyla da yakından ilgilidir.

Ülkemizde uzun yıllardır iş güvencesi sisteminin eksikliği üzerinde durulmuş, bu konuda düzenlemeler yapılması ihtiyacı dile getirilmiştir. 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanunumuzun kabul edilmesiyle, ilk kez iş sözleşmesinin feshedilmesinde bildirim süreleri kabul edilmiş ve iş güvencesi ilk kez yasal düzenlemede yerini almıştır. Tam anlamıyla iş güvencesi olmasa da iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde bildirim süreleri öngörülerek bu konuda önemli adımlar atılmıştır. Birçok ülkede kanunen düzenlenmiş olan ve uzun yıllardır uygulanan iş güvencesi sisteminin, ülkemizde kanuni düzenlemesinin olmaması, birçok tartışmaları da beraberinde getirmiştir. ILO tarafından hazırlanan Uluslararası sözleşme niteliğinde olan “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme”, Türkiye tarafından da 1994 yılında uygun bulma kanunu ile onaylanarak, Bakanlar Kurulu kararnamesi ile Resmi Gazetede yayımlanarak, Türkiye, iç mevzuatını sözleşme hükümleri ile uyumlu hale getirme konusunda taahhüt altına girmiştir. 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren, 4773 sayılı “ İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Basın Mesleğinde Çalışanlar Ve Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, ile 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesi değiştirilmiş ve 13. maddeden sonra gelmek üzere yeni hükümler eklenmiştir. Böylelikle Türk İş Hukukunda ilk defa iş güvencesi kurumuna yer verilmiştir. Böylelikle iç mevzuatımızın ILO normlarına uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır. 4773 sayılı Kanun, kamuoyunda çok fazla ses getirmiştir. 10 Haziran 2003 tarihinde ise, 4857 sayılı İş Kanunumuz yürürlüğe girmiştir ve kanunun 18. maddesinde, feshin geçerli sebebe dayandırılması ile ilgili hükümler yer almıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre, “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.”. Madde de yer alan “ 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri” ibaresi iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanını daralttığı için tartışmalara yol açmıştır. 30 işçi sayısının tespitinde, işverenin yurt dışında da şirketinin /şirketlerinin olması durumunda bu işyerlerinde çalışan işçilerin de 30 işçi sayısının tespitinde dikkate alınıp alınamayacağı konusunda doktrinde tartışmalar yaşanmıştır. Bir kısım yazarlar ise, 30 işçi sayısının tespitinde işverenin yurt dışındaki işyerlerinde çalışanların dikkate alınmaması gerektiğini savunmuşlardır. Bir kısım yazarlar ise, dikkate alınması gerektiği şeklinde görüş bildirmişlerdir. **Kanaatimizce**, 30 işçi sayısının tespitinde işverenin yurtdışındaki işyerlerinde çalışan işçilerin hesaba katılmaması gerektiği görüşündeyiz. İşverenin yurtdışındaki işyerlerinde çalışan işçilerin de 30 işçi sayısının tespitinde dikkate alınacağı hususu kanun koyucunun amacı olsaydı, bu konuyu açıkça düzenlerdi düşüncesindeyiz. Ayrıca 18. maddedeki, “işverenin aynı işkolunda” ifadesindeki işkolunun belirlenmesinde, Türkiye ile başka ülkelerdeki işkollarının belirlenmesinde sorun yaratabilecektir.

Ayrıca iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için işçinin iş sözleşmesi belirsiz süreli olması gerekmektedir.

Ekonomik bakımdan güçsüz konumda olan işçiyi işverenin keyfi fesihlerine karşı korumayı amaçlayan iş güvencesi sisteminde, iş güvencesi sağlayan hükümlerden bazıları işçi lehine de olsa değiştirilemeyen mutlak emredici nitelikte, bazıları ise işçi lehine olmak kaydıyla sözleşmelerle değiştirilebilen nitelikte yani nispi emredici niteliktedir.

İş güvencesi sistemi kısaca, işverenin, keyfi işten çıkarmalarına karşı, işçiyi koruyucu hükümler getirilerek, işverenin fesih hakkının sınırlanması olarak tanımlanabilir. İş güvencesi sisteminde işveren, işçilerin iş sözleşmesini feshetmek istediğinde İş Kanunu madde 18’de belirtilen geçerli sebeplerden birine dayanmak zorundadır.

İş güvencesinin olmadığı bir sistemde işçiler, işten çıkarılma korkusu ile kendilerine tanınan hakları kullanamama ile karşı karşıya kalmışlardır. İş güvencesi sistemi ile artık işçiler kendilerine anayasa ve yahut kanunlar ile tanınmış olan haklarını özgürce kullanabilmektedirler. Örneğin, işçiler sendikalara daha rahat üye olabilmektedirler ve sendikal nedenlerle işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde İş Kanununun 18. maddesinde de belirtildiği gibi bu durum geçersiz fesih sebebi olacaktır. Ücretini zamanında alamayan ya da eksik alan işçi yıllardır işten atılma korkusu ile işvereni aleyhine dava açamamaktaydı. İş güvencesi ile işçi böyle bir durumda işveren aleyhine yargısal yollara başvurduğu için iş sözleşmesi feshedilirse, işveren geçersiz fesih yaptırımı ile karşılaşacaktır.

İş güvencesi, ayrı bir kanun ile düzenlenmemiştir. Basın İş Kanununun 6. maddesi gereği, İş Kanunundaki iş güvencesi hükümleri, basın mesleğinde çalışanlara da kıyasen uygulanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu ve Deniz İş Kanununa tabi olarak çalışanlar için İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümlerinden yararlanma söz konusu değildir. Bu durumda eleştirilere sebep olmuştur ve bu konuda gereken düzenlemelerin bir an önce yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Geçerli sebep kavramı, 18. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır. Geçerli sebep, haklı nedenle derhal fesih hakkı veren durumlar kadar ağır olmayan fakat işin, işyerinin normal işleyişini etkileyen, iş ilişkisinin devamını olanaksız kılan nedenlerdir. İş Kanununun 18. maddesinde belirtilen geçerli nedenlerden işyeri, işletme ve işin gereklerinden kaynaklanan (kısaca işletmesel nedenler – işletme gerekleri) geçerli fesih, işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan, ekonomik sebepler, teknolojik yenilik ve değişiklikler, rekabet gerekleri gibi nedenlerle işyerinde oluşan işgücü fazlalığının işçi ihtiyacına uyarlanmasıdır.

Kısaca işletmesel nedenlerle fesih, işyeri, işletme, işin içinden veya dışından kaynaklanabilmektedir. Madde 18'in gerekçesinde de, işyeri içi sebepler olarak yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daralması ya da bazı bölümlerin kapatılması, yeni teknolojilerin uygulanması gibi sebepler gösterilmiştir. İşyeri dışı sebepler ise, ekonomik kriz, piyasada durgunluk, talep ve sipariş azalması gibi sebepler gösterilmiştir.

İşveren işletmesi ile ilgili her konuda karar verme yetkisine sahiptir. İşveren yönetim hakkına dayanarak işletmesi ile ilgili kararlar alabilmektedir. İşyerindeki

işgücü fazlalığının, işçi ihtiyacına uyarlanması kararı da işverenin işletmesel kararıdır. İşletmesel kararın, Anayasal temeli, işverenin girişim özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğüdür. İşletme içinden veya işletme dışından kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihler muhakkak işletmesel karara dayanmak zorundadır. Yargıtay da uygulamada da işletmesel nedenlerle yapılan fesihlerin işletmesel karara dayanması zorunluluğunu aramaktadır.

İşveren, işletmesi ile ilgili konularda serbestçe karar alabilmektedir. İşverenin almış olduğu işletmesel kararlarda, mahkemeler amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapamazlar. Mahkemeler kararın amaca uygun olup olmadığı, kararın doğru ya da yararlı olup olmadığı yönünde incelemem yapamazlar. Aksi halde işverenin Anayasa ile tanınmış olan girişim özgürlüğüne müdahale teşkil eder. Mahkemeler işletmesel kararları, keyfilik, gereklilik, tutarlılık ve gereklilik yönünden denetleyebilirler. Gereklilik denetimi, feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünden işletmesel kararın gerekliliğinin denetlenmesi şeklinde anlamak gerekmektedir.

Ayrı bir başlık altında incelenen “emekliliğe hak kazanmış bulunan işçilerin iş sözleşmesinin feshi” konusu uygulamada çok karşılaşılan bir durumdur. Kural olarak, bir işçinin emekliliğe hak kazanmış olması ya da belli bir yaşa gelmiş olması kural olarak iş sözleşmesinin feshi için fesih sebebi oluşturmaz. Uygulamada toplu iş sözleşmelerine ya da personel yönetmeliklerine emekliliğe hak kazanmış işçinin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemelerin konulmasına rastlanılmaktadır. Yargıtay böyle durumlarda bu düzenlemelerin genel ve objektif olarak uygulanması” şartı ile geçerli olacağını kabul etmektedir.

İşletmesel nedenlerle yapılan fesihlerde uygulanan bazı ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler, ölçülülük ilkesi, feshin son çare olması ilkesi, sosyal seçim kriteri, menfaatlerin tartılıp değerlendirilmesi ilkesi, eşitlik ilkesidir. Bu ilkelerden olan ölçülülük ilkesi, genel olarak kamu hukuku alanında uygulanmaktadır ve hukuki dayanağı Anayasada yer almaktadır. Ölçülülük ilkesi, özel hukuk alanında özellikle iş hukuku alanında iş mücadelesi ve iş sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulmaktadır. Ölçülülük ilkesi ile işverenin fesih hakkı sınırlanmaktadır. Ölçülülük ilkesi iş hukuku alanında uygulanırken, İş kanununun amacı da göz

önünde bulundurulmalıdır. Her hak gibi fesih hakkı da Medeni Kanun madde 2 'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır.

Feshin son çare olması ilkesi, Kanunda açıkça düzenlenmiş olmamasına rağmen İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde ve uygulamada benimsenmiş bir ilkedir. Bu ilkeye göre, sözleşmeyle bağlılık esas, fesih durumu ise istisnaidir. Mümkün oldukça iş sözleşmesini ayakta tutmak amaçlanmaktadır. Feshe başvurulacak en son araç olarak bakılmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi kapsamında, işveren işçinin iş sözleşmesini feshetmek yerine işçiyi, işyerinde başka bir işyerinde çalıştırmalıdır. Feshin son çare olması ilkesi kapsamında işverenin işçiyi başka yerde çalıştırması konusunda holding veya şirketler topluluğu kapsamında düşünülüp düşünülemeyeceği tartışmalara yol açmıştır. **Kanaatimizce**, işverenin feshin son çare olması ilkesi kapsamında işçiyi başka yerde çalıştırma yükümlülüğü, işçinin çalıştığı işyeri ve işletme ile sınırlı düşünülmelidir. Holdingler ya da şirketle topluluğuna dâhil her şirketin bağımsız bir işvereni bulunmaktadır ve ayrı bir istihdam politikaları, ayrı tüzel kişilikleri bulunmaktadır. Şirketler topluluğu ya da holdinglerin bazen yurtdışında da şubeleri bulunabilmektedir. Bu durumda işçinin yurt dışındaki şubede çalıştırılması ve bu imkânının araştırılması güçlükler yaratabilecektir. Ayrıca şirketler topluluğundaki diğer şirketin işverenine işçiyi işe alması için baskı yapılması, işverenin yönetim hakkına müdahale teşkil edeceği de açıktır.

Feshin son çare olması ilkesi kapsamında, işveren çalışma koşullarında esaslı değişiklikler yaparak işçinin işyerindeki işi korunabilmektedir. İşverence yapılacak olan çalışma koşullarında değişiklikler hem işçinin aleyhine hem de esaslı olması gerekmektedir. İşçi işverenin esaslı değişiklik teklifini, 6 iş günü içerisinde onaylar ise, iş sözleşmesi değişen koşullar ile devam eder. Eğer onaylamazsa işveren ya işçinin iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalacak ya da işçiyi mevcut olan şartlarla çalıştırmaya devam edecektir.

Feshin son çare olması ilkesi kapsamında alınabilecek diğer tedbirler ise şunlardır, kısa çalışmalar yaptırılabilir, mesailer kaldırılabilir, ücretsiz izin uygulaması yapılabilir. Ayrıca işçi mesleki eğitime tabi tutulabilir.

İşletmesel nedenlerle yapılan fesihlerde bazen birden fazla işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi gündeme gelebilir. Yargıtayın eski görüşüne göre, bu

gibi durumlarda, işveren için verim, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuklu olma, iş görme edimini yerine getirmede istekli olma, hastalık nedeniyle işe gelmeme gibi kriterlerden oluşan sosyal seçim kriterleri öngörmüştü. Yargıtay daha sonra “Kanunen işvereni bağlayan herhangi bir sosyal seçim kriteri bulunmamaktır, toplu iş sözleşmesi ile ya da işçi ve işveren arasında belirlenen sosyal seçim kriterlerini var ise, bunlar geçerli kabul edilmektedir.” diyerek eski görüşünden dönmüştür.

İşverenin eşit davranma borcu ilkesi, Anayasada ve İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin eşit davranma borcu, işverenin haklı bir neden yokken işçileri arasında farklı uygulamalar yapması, keyfi davranışlardan kaçınması, fakat haklı nedenler var ise farklı uygulamalarda bulunması yükümlülüğünü ifade eder. İşverenin eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanıp uygulanamayacağı haller vardır. Mutlak olarak uygulanamayacağı konular, ücret, iş sözleşmesinin feshi gibi konulardır. Mutlak olarak uygulanacağı konular ise, kişi, hak ve özgürlüklerine uyulmasını gerektiren konular, sosyal yardım konuları gibi konulardır.

İş sözleşmesinin feshinde, eşit davranma ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda **kanaatimiz**, iş sözleşmesinin feshinde kural olarak işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Her hakkın kullanılmasında olduğu gibi, işveren iş sözleşmesinin feshinde de Medeni Kanun madde 2 ‘de düzenlenen “dürüstlük kuralı” na uygun davranmalıdır. Fakat işveren dürüstlük kuralına aykırı olarak, keyfi olarak bazı işçilerin iş sözleşmesini feshediyorsa bu durumda işverenin eşit davranma borcu ilkesi uygulanmalıdır. Eşit davranma borcunun temelinde, ayrımı haklı kılan nedenler olmadıkça işverenin, işçilere eşit davranması esası yatmaktadır

KAYNAKÇA

Ağer, İlker. **Türk Çalışma Hayatında İş Güvencesi**, Adalet Yayınevi, İstanbul 2006.

Aktay, Nizamettin A., Kadir, Arıcı ve E. Tuncay Senyen Kaplan. **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Ve Yenilenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2007.

Aktuğ, Semih Serkant. **İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri Ve Türkiye Değerlendirmesi**, Kamu – İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara 2010.

Aktuğ, Semih Serkant. **Türk Hukukunda İş Güvencesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, (Anılış, İş Güvencesi), http://www.turkhukuksitesi.com/makale_103.htm, 11.03.2012.

Akyiğit Ercan. **Açıklamalı Ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

Akyiğit, Ercan. **İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları**, Cilt: I, Ethemler Yayıncılık, İstanbul 2003 (Anılış, Emsal Kararlar).

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

Alp, Mustafa. “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **DEÜHFD**, Cilt: V, Sayı:1, İzmir 2003, (Anılış, İş Güvencesi), ss. 1 – 40.

Alp, Mustafa. “Personel Yönetmeliği İle Yaş Sınırı Getirilmesi”, **LEGAL YKİ**, Sayı: 4, 2007, (Anılış, Yaş Sınırı Getirilmesi), ss. 171 – 189.

Alp, Mustafa. “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk Ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması”, **Yasa Hukuk İçtihat Ve Mevzuat Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı: 205 / 12, Ocak 1999, (Anılış, Ölçülülük İlkesi), ss. 1519 – 1534.

Alp, Mustafa. “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Bölünme, Birleşme Ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178, 158, 190)”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2012 / 1, (Anılış, Bölünme, Birleşme, Tür Değiştirme Ve İş İlişkilerine Etkisi), ss. 33 – 74.

Alpagut, Gülsevil. **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Türk Ağır Sanayii Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara 1998.

Alpagut, Gülsevil. “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Mercek Dergisi**, Ocak 2004, (Anılış, Belirli Süreli), ss. 73 – 91.

Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik Ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 5, Eylül 2004, (Anılış, Esaslı Şartlar), ss. 52 – 62.

Alpagut, Gülsevil. “İşletme Gereklere İle Fesih Kavramı Ve Hukuki Sonuçları”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi**, 3 – 4 Nisan 2010, (Anılış, İşletme Gereklere), ss. 124 – 156.

Alpagut, Gülsevil. **İşyerinin Devri Ve İş Sözleşmesini Devir Hakkı**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2010, (Anılış, İşyerinin Devri).

Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **SİCİL**, Y. 1, Sayı: 4, Aralık 2006, (Anılış, Sosyal Seçim), ss. 95 – 105.

Ardoğan, Recep. “İnsan Haklarının İki Tasnifine İlişkin Şerh, İnsan Hakları Araştırmaları”, 4 (6), <http://www.belgeler.com/blg/2ggm/insan-haklarinin-tasnifi->

aktif-statu-negatif-statu-pozitif-statu-haklari-i-ii-iii-kusak-haklar-dayanisma-haklari,
(29.02.2012).

Atabek, Reşat. **İş Akdinin Feshi**, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.

Atay, E. Ethem: İdare Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara 2006.

Ateşoğulları, Kamil. “Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ – ILO) Türkiye İlişkileri Belgeler”, **Sosyal İş Sendikası Eğitim Yayınları 2**, ss. 1 – 60, http://www.sosyal-is.org.tr/yayinlar/uco_ilo.pdf, 16.05.2012.

Aydın, Ufuk. “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler Ve Değişiklik Feshi”, **SİCİL**, Sayı: 23, Eylül 2011, ss. 22 - 36.

Aygül, Musa ve Fatih Uşan. “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?”, **Legal YKİ Dergisi**, Sayı: 3, Mart 2007, ss. 75 – 78.

Baycık, Gaye. **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011.

Baysal, Ulaş. “Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması Ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik”, **SİCİL**, Sayı: 28, Aralık 2012, ss. 146 – 154.

Baysal, Ulaş. “ İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **LEGAL İHSGHD**, Cilt: VII, Sayı: 25, 2010, (Anılış, Eşit Davranma), ss. 60 – 97.

Birben, Erhan. **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafında Feshinde Ölçülülük İlkesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006.

Birben, Erhan. “İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi Ve Sınırları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 2, 2006, (Anılış, Seçim Serbestisi), ss. 7 – 25.

Cengiz, İftar. **Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Centel, Tankut. **İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku**, Cilt: I, B. 2, Beta Basım Yayın, İstanbul 1994.

Centel, Tankut. **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012 (Anılış, İş Güvencesi).

Centel, Tankut. “Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma” (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren Dergisi**, Ekim 2003, Sayı: 286, (Anılış, Ekonomik Neden), ss. 32 – 35.

Centel, Tankut. “ İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı”, (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren Dergisi**, Mart 2004, s. 291, <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mart/hukuk.html>, (28.03.2012).

Çankaya, Osman Güven, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş. **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

Çelik, Çağrı. **İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi Ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007 (ÇELİK, Ç).

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 23. Baskı, İstanbul 2010.

Çelik, Nuri. “Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde Ve Fesih Bildirim Sürelerinin Arttırılmasında Karşılaşılan Sorunlar”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2011 / 4 (11), (Anılış, Süreler), ss. 11 – 23.

Çelik, Nuri. “İş Güvencesi Kapsamı İle İlgili Otuz İşçi Sayısını Düzenleyen İş Kanunu Kuralının İptali İsteminin Anayasa Mahkemesince Reddi Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 12, 2007 / 2, ss. 1 – 6, <http://www.iticu.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00184.pdf>, (06.03.2012).

Çelik, Nuri. “İşletmenin, İşyerinin Ve İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **SİCİL**, Sayı: 4, 2006, (Anılış, Eşit Davranma), ss. 5 – 11.

Çenberci, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**, 5. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1984.

Çil, Şahin. **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, (9. Hukuk Dairesi'nin 2008, 2009, 2010 Yılları)**, 3. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2011.

Demir, Fevzi. **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Ve Uygulaması, İş Güvencesi Yasasıyla Yeniden Düzenlenmiş 2. Baskı**, Anadolu Matbaacılık, İzmir 2002.

Demir, Fevzi. **İş Güvencesi Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir 1999 (Anılış, İş Güvencesi).

Demir, Fevzi. “Geçerli Sebep Fesih Kavramı Ve Uygulama”, **LEGAL İHSGHD**, Sayı: 10, 2006, (Anılış, Geçerli Sebep), ss. 469 – 498.

Ekmekçi, Ömer. “Yargıtayın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **LEGAL İHSGHD**, Sayı: 1, 2004, ss. 167 – 180.

Ekonomi, Münir. **İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku**, Cilt: I, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayını, İstanbul 1984.

Ekonomi, Münir. “İşsizliğin İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Açısından Sorunları”, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, Ankara 2003, (Anılış, İşsizlik), ss. 235 – 367.

Ekonomi, Münir. “İş Akdinin Feshi Ve İş Güvencesi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Özel Eki, Cilt: XVII, Mart 2003, (Anılış, İş Güvencesi), ss. 1 – 40.

Ekonomi, Münir ve Öner Eyrenci. “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul, Cilt: II, 2001, ss. 1199 – 1223.

Engin, Murat. **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.

Engin, Murat. “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, **İÜHFİM**, Sayı:1 -2, 2003, (Anılış, Esaslı Değişiklik), ss. 313 – 326.

Engin, Murat. “İşletme Gerekleri İle Fesih Ve Ücretsiz İzin”,(Yargıtay Kararı Değerlendirmesi), **LEGAL İHSGHD**, Sayı: 2, Nisan – Mayıs – Haziran 2004, (Anılış, Ücretsiz İzin), ss. 537 – 544.

Eren, Erol. **Stratejik Yönetim Ve İşletme Politikası**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002.

Eren, Erol: **İşletmelerde Stratejik Planlama**, Beta Basım Yayın, İstanbul 1979 (Anılış, Planlama).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.

Ertürk, Şükran. **İş Mücadelesinde Denge İlkesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999.

Eyrenci, Öner. “Avrupa Sosyal Şartı Kapsamında Türk Mevzuatı”, **İÜHFİM**, Cilt: XXXXXIII, Sayı: 1 – 4, 1991, ss. 225 – 236, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/4213/3803>, (16.02.2012).

Eyrenci, Öner. “Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Güvencesi Ve İşe İade Davaları, **Seminer 29 Mayıs 2010**, İstanbul 2010, (Anılış, Ölçülülük İlkesi), ss. 33 – 53.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

Gerek, Nüvit Hasan: “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Erdirilmesi”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2011, ss. 43 – 58.

Göktaş, Seracettin. “ İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Ve İş Güvencesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2008, ss. 16 – 43.

Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar Ve Türk Anayasa Hukuku**, Güncellenmiş Ve Düzeltilmiş Tıpkı Ek Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2012.

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku**, C. 1, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, (Anılış, İdare Hukuku).

Gülmez, Mesut. “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na Uyum Sağlayacak Mıyız?” **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2007 / I, ss. 27 – 52, <http://www.calismatoplum.org/sayi12/Gulmez2.pdf>, (16.02.2012).

Günay, İlhan Cevdet. **İş Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 2. Bakı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Günay, İlhan Cevdet. **İş Davaları**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008 (Anılış, İş Davaları).

Güven, Ercan ve Ufuk Aydın. **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2004.

Güzel, Ali. **İşçi Kavramı, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi Ve İşveren Kavramları Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997.

Güzel, Ali. İhbar Tazminatı Miktarını Arttıran Toplu Sözleşme Hükümünün Geçersizliği, İHU, İş K. 13, No. 12 (İHU, İş K. 13, No 12), s. 25 vd. (Anılış, İHU, İş K. 13).

Güzel, Ali. "ILO Normlarının İş Hukuka Etkisi Ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı", **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri**, Ankara 1997, (Anılış, ILO Normları), ss. 3 – 49.

Güzel, Ali. "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke Ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", **İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosunca Düzenlenen Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı**, İstanbul 2001, (Anılış, İş Güvencesi), ss. 19 – 49.

Güzel, Ali. "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukukuna Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", **2004 İstanbul Barosu Yayını**, Eylül 2004, (Anılış, Yasal Esaslar), ss. 5 – 145.

Güzel, Ali. "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle feshinde Ultima ratio (Son Çare) İlkesi Ve Uygulama Esasları", A. Can Tuncay' a Armağan, 2005, (Anılış, Son Çare), ss. 57 – 90.

Güzel, Ali. “İşletmesel Kararın Keyfilik Denetimine Tabi Olması Ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, (Karar İncelemesi), **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, 2005 / I, (Anılış, Keyfilik Denetimi), ss. 159 – 182.

Güzel, Ali ve Emre Ertan. “Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **LEGAL İHSGHD**, Sayı: 16, 2007, ss. 1219 – 1305.

Hakkı, Kızıloğlu. “Toplu İş Sözleşmesinde Fahiş Şekilde Belirlenen İhbar Önellere Hâkimin Müdahalesi Gerektiği”, **SİCİL**, Sayı: 7, Eylül 2007, ss. 77 – 82.

Hatman, Ülkü. “2003 Türkiye’inde Esnekliğin İş Yasası Ve Sendikal Harekete Etkileri”, ss. 1 – 25, arsiv.petrol-is.org.tr/yayinlar/yillik/2003_yillik/17_yasa/, (23.02.2012).

Kabaoğlu, İbrahim Özden. **Özgürlük Hukuku**, 6. Bası, Afa Yayınları, Ankara 2002.

Kalkandelen, Hayrettin. **Örgütlerde Yeniden Yapılanma Ve Norm Kadro**, Anı Yayıncılık, Ankara 1997.

Kaplan, Tuncay Emine. **İşverenin Fesih Hakkı – Sınırları, Hüküm Ve Sonuçları**, Han Kitabevi, Ankara 1987.

Kar, Bektaş. **İş Güvencesi Ve Uygulaması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Kar, Bektaş. “Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması”, **SİCİL**, Eylül 2009, (Anılış, Ölçülülük), ss. 60 – 70.

Kar, Bektaş. “İşletme, İşyeri Ve İşin Gereklere Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim”, **Çalışma Ve Toplum Dergisi**, Sayı: 17, 2008 / 2, (Anılış, Yargısal Denetim), ss. 101 – 129.

Kaya, Pir Ali. “İş Güvencesi – Türk Çalışma Mevzuatındaki Düzenleme – 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Ve 2000 Tarihli İş Güvencesi Yasa Taslağının Kısaca Değerlendirilmesi”, **İş Güç Endüstri İlişkileri Ve İnsan Kaynakları Dergisi**, Cilt: III, Sayı:1, 2001, ss. 1 – 5, www.isguc.org/?p=article&id=114&cilt=3&sayi=1&yil, Kenar, Necdet. “Yeni İş Kanununun İstihdama Muhtemel Etkileri”, **Mercek**, Temmuz 2003, s. 71 vd.

Keser, Hakan. **İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Kılıçoğlu, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Legal Yayıncılık, Ankara 2002.

Kılıçoğlu, Mustafa. Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, (Anılış, İş Güvencesi), ss. 1207 – 1229.

Kılıçoğlu, Mustafa. **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu Ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005 (Anılış, Yargıtay Uygulaması).

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği Ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, (Anılış, Ölçülülük İlkesi), ss. 181 – 211.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. “İş Güvencesinde Tahmin İlkesi”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 34, Sayı: 1 – 2, Ocak – Nisan 2008, (Anılış, Tahmin İlkesi), ss. 97 – 110.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal, Şenocak. **İş Kanunu Şerhi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008 (Anılış, Şerh).

Koç, Muzaffer. **Tüm Yönleriyle İş Güvencesi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2005.

Koç, Yıldırım. “İş Güvencesi Yasa Tasarıları (1979 – 2001)”, **Mülkiye Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 228, Mayıs – Haziren 2001, ss. 1 – 11, <http://www.yildirimkoc.com.tr/usrfile/1325537411a.pdf>, (23.02.2012) (KOÇ, Y).

Köseoğlu, Ali Cengiz. **İşyerinin Kapatılmasının İş Sözleşmesine Etkisi**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2004.

Köseoğlu, Ali Cengiz. “İşyerinin Kapanması”, **SİCİL**, Sayı: 4, Aralık 2006, (Anılış, İşyerinin Kapanması), ss. 43 – 68.

Kutal, Metin. “İş Güvencesi Kavramı Ve Uluslararası Dayanağı”, **MERCEK**, Nisan 2003, Sayı: 30, ss. 4 – 9.

Kutal, Metin. İş Saatlerinde Değişiklik Yapılması Nedeniyle Hizmet Akdinin Feshi, İHU, İş K. 16 (No: 4) (Anılış, Değişiklik).

Laçiner, Levent. “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, **Yönetim Bilimleri Dergisi**, 2005, ss. 141 – 161, <http://ybd.comu.edu.tr/sites/ybd.comu.edu.tr/files/alman%20feshe%20kar%C5%9F%C4%B1%20koruma.pdf>, (24.07.2012).

Makal, Ahmet. Cumhuriyet’in 80. Yılında Türkiye’de Çalışma İlişkileri, ss. 2 - 4, http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dosyalar/tm/SBF_WP_62.pdf, (23.02.2012).

Manav, Eda. **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm Ve Sonuçları**, Turhan Yayınevi, Ankara 2009.

Mess. “İş Güvencesi Kanun Tasarısı Hakkındaki Gerçekler”, İş Güvencesinde Çağdaş Ve Dengeli Çözüm Arayışları, MESS Yayınları, İstanbul 2001, No: 361, s. 2 vd.

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

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş İlişkileri)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Muhittin Astarlı. **İş Hukuku (Genel Kavramlar – Bireysel İş İlişkileri)**, Turhan Yayınevi, Ankara 2011.

Mutlu, Seçkin. **İş Güvencesi Açısından Kıdem Tazminatı ve Kıdem Tazminatı Fonu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri**, B.3, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1998.

Odaman, Serkan. “Yurt Dışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi”, **SİCİL**, Sayı: 6, Haziran 2007, ss. 82 – 86.

Oğurlu, Yücel. **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Oğuzman, Kemal. **Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi**, İstanbul, İstanbul 1955.

Okur, Ali Rıza. **Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi**, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1985.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Özcan, Durmuş. **İş Sözleşmesinin Feshi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Özdemir, Erdem. “ Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 2, Mayıs 2012, ss. 204 – 231.

Özgen, Gülhan. “Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesi’nin İç Hukuk Düzenlemelerimize Etkisi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 2, Nisan 1995, ss. 18 – 26.

Özkan, Sungurtekin Meral. “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, ss. 177 – 204.

Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2005.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammed Özekes. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku**, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003.

Sağlam, Fazıl. “Sosyal Devlet İlkesi Ve Duyarsızlaşma”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008.

Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlaması Ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982 (Anılış, Temel Haklar).

Serozan, Rona. **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1975.

Sevimli, Ahmet. “4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Yeknesak Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar”, **Çimento – İşveren Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 6, Kasım 2004, ss. 4 – 22.

Sipahi, İsmet. “İş Kanunu Tasarısı’nın Çalışma Hayatına Getireceği Yenilikler Ve Muhtemel Etkileri”, **İşveren Dergisi**, Mart 2003, ss. 15 – 21, http://tiskweb.com/isveren_yazdir.asp?yazi_id=682&id=41&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=, (28.02.2012).

Soyer, Polat. “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi Ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **LEGAL İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı**, 2005, ss. 26 – 69.

Sur, Melda. **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, Beta Basım Yayın, İzmir 1995.

Sümer, Haluk Hadi. **İş Hukuku Uygulamaları**, Mimoza Yayıncılık, Konya 2010.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku (Genel esaslar – Bireysel İş Hukuku)**, 3. Bası (Tıpkı Bası), Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

Süzek, Sarper. “İş Akdinin Türleri”, **Mercek**, Nisan 2001, (Anılış, Türler), ss. 17 – 35.

Süzek, Sarper. **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara 1976 (Anılış, Fesih Hakkı).

Süzek, Sarper. “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, **Kamu – İş**, Cilt: VI, 2002, Sayı:4, (Anılış, Fesih Hakkının Sınırlandırılması),ss. 73 – 94.

Süzek, Sarper.”Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **LEGAL İHSGHD**, Cilt: VII, Sayı: 25, 2010, (Anılış, Alt İşveren), ss. 11 – 29.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, **AÜHFD**, Cilt: XXXXIV, 1995, (Anılış, İç Yönetmelikler).ss. 183 – 191.

Süzek, Sarper. İşverenin Yönetim Hakkı Ve Sınırları, 1998, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, s. 225 - 232 (Anılış, Yönetim Hakkı).

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **SİCİL**, Sayı: 12, Aralık 2008, (Anılış, Eşit Davranma), ss. 24 – 39.

Şahlanan, Fevzi. “Fahiş İhbar Tazminatına Yargıcın Müdahalesi Ve Üst Sınır Getirilmesi”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 364, Temmuz 2010, ss. 2 – 8, http://www.tekstilisveren.org/ttsis//index.php?option=com_frontpage&lang=tr&Itemid=1, (06.02.2012).

Şahlanan, Fevzi. Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri Ve Temel Kavramları, Yeni İş Yasası Sempozyumu, **İstanbul Barosu Yayınları**, 2003 (Anılış, Yeni İş Kanunu).

Şahlanan, Fevzi. “Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması”, (Karar incelemesi), **Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk Eki, Sayı: 329, Haziran 2007, (Emekliliğin Geçerli Neden Olması), ss. 2 – 8.

Şahlanan, Fevzi. “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Akdinin Feshi”, **SİCİL**, Aralık 2006, (Anılış, Şirket Birleşmeleri), ss. 15 – 19.

Şakar, Müjdat. “İş Hukukunun Yeni meselesi: Bozma (İkale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu”, **Yaklaşım Dergisi**, Aralık 2009, ss. 1 – 3.

Şen, Murat. **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Tandoğan, Haluk. **Türk Mesuliyet Hukuku (Akid Dışı – Akdi Mesuliyet)**, Ajans – Türk Matbaası, Ankara 1961.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.

Tarcan, Nurseli. “Avrupa Sosyal Şartı’ndan, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na”, **SİCİL**, Sayı: 4, Aralık 2006, ss. 217 – 236.

Taşkent, Savaş. “Boşta Geçen Sürenin Ücreti”, **Kamu – İş, İş Hukuku Ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 3, 2004, ss. 1 – 6.

Taşkent, Savaş. **İş Güvencesi Ve Yeni Yasal Düzenleme**, Türkiye Belediye İş Sendikası, Ankara 2002 (Anılış, İş Güvencesi).

Taşkent, Savaş. “Otuz İşçi Ölçütü Ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu”, Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, (Anılış, Otuz İşçi Ölçütü), ss. 715 – 724.

Taşkent, Savaş. İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), **Türkiye Belediye İş Sendikası**, İstanbul, 1991 (Anılış, Feshe Karşı).

Taşkent, Savaş. “Alt İşveren”, **LEGAL İHSGHD**, Nisan – Haziran 2004, (Anılış, Alt İşveren), s. 363 vd.

Taşkent, Savaş. **İşverenin Yönetim Hakkı**, Metler Matbaası, İstanbul 1981 (Anılış, Yönetim Hakkı).

Topal, Güneş. **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih Ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Tulukçu, N. Binnur. “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Sözleşmesinin Feshi”, **SİCİL**, Haziran 2010, Sayı: 18, ss. 129 – 143.

Tuncay, Aziz Can. “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu”, **SİCİL Dergisi**, Sayı: 6, Haziran 2007, ss. 75 – 81.

Tuncay, Aziz Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul 1982 (Anılış, Eşit Davranma I).

Tuncay, A. Can. “Eşit Davranma İlkesi”, **İş Hukukuna Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri**, İstanbul 2007, ss. 21 - 38 (Eşit Davranma II).

Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım Yayın, İstanbul 2003.

Uçum, Mehmet. “Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal Ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması – Sempozyum**, İstanbul 18 – 19 Mayıs 2001, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 161 – 224.

Ulucan, Devrim. “4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi Ve Geçerli Neden Kavramı”, **İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi İş Güvencesi Temel Kavramlar Ve Uygulamadan Öneriler Semineri**, İstanbul 2003, ss. 17 – 48.

Ulucan, Devrim. “158 Sayılı ILO Sözleşmesi Ve Türkiye’nin Uyumu”, **ILO Normları Ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri**, Ankara 1997, (Anılış, ILO), ss. 159 – 169.

Ulucan, Devrim. “İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması Ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, **LEGAL İHSGHD**, Sayı: 14, 2007, (Anılış, Sosyal Seçim), ss. 497 – 508.

Ulucan, Devrim. “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi Ve Uygulaması”, Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2010, (Anılış, Eşitlik İlkesi), ss.191 – 202.

Uşan, Fatih. “4857 Sayılı İş Yasası’nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları”, **DEÜHFD**, Cilt: IX, Özel Sayı, 2007, ss. 211 – 271.

Uşan, Fatih. “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır?”, **Legal İHSGHD**, 2005 / 8, (Anılış, Eşit Davranma Borcu), ss. 1624 – 1632.

Yenisey, Kübra Doğan. **İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

Yenisey, Kübra Doğan. “Çalışma Koşullarının Değişikliğinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi Ve Sonuçları”, **III. Çalışma Ve Yaşam Kongresi**, 3 - 4 Nisan 2010, (Anılış, Çalışma Koşullarında Değişiklik), ss. 135- 156.

Yenisey, Kübra Doğan. “İşverenin Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin iki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **SİCİL**, Sayı: 1, Haziran 2006, (Anılış, Eşit Davranma), ss. 60 – 66.

Yenisey, Kübra Doğan. “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Oranlilik İlkesi”, **Legal İHSGHD**, 2005 / 7, (Anılış, Eşit Davranma İlkesi), ss. 974 – 1003.

Yıldız, Gaye Burcu. “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmamsında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği”, **Legal İHSGHD III**, 11 (2006), ss. 901 – 912.

Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2008 (Anılış, Eşit İşlem).

Yılmaz, Kürşad ve Güven Özdem. “Norm Kadro Çalışmalarının Üniversitelerde Uygulanabilirliği: Nitel bir Araştırma”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, Cilt: 37, Sayı: 2, 2004, ss. 115 – 136, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/660/990.pdf>, (05.06.2012).

Yuvalı, Ertuğrul. “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, **Kamu – İş**, Cilt: XII, Sayı: 3, 2012, ss. 1 – 30.

Zevkliler, Aydın. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.